

---

## DEVOLUÇÃO DE QUANTIAS PAGAS INDEVIDAMENTE A SERVIDORES PÚBLICOS: ANÁLISE E FIXAÇÃO DE CRITÉRIOS PARA A APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 106 E 235 DO TCU

---

Lucas Rocha Furtado<sup>1</sup>

Trata-se de questão tormentosa a de saber como deve proceder a Administração Pública na eventualidade de terem sido efetuados pagamentos indevidos em favor de servidores públicos. O próprio TCU possui duas Súmulas – 106 e 235 – aparentemente contraditórias.<sup>2</sup> Essa, repetimos, aparente contradição tem levado inúmeros administradores a propugnar pela pura e simples revogação da Súmula 235.<sup>3</sup> Examinaremos, aqui, especialmente a aplicação de referidas súmulas aos casos de débitos decorrentes de atos de concessão de aposentadorias ou pensões.

Outro elemento a ser considerado nessa discussão relaciona-se à aplicação do prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/99.

Entendemos ainda importante estabelecer a distinção entre “erro no cálculo de proventos e pensões pagas”, e errônea interpretação ou aplicação de norma legal, bem como examinar a possibilidade de a Administração rever, com efeitos futuros, os valores das aposentadorias e pensões concedidas há mais de cinco anos, tendo em vista o prazo decadencial fixado no § 1º do art. 54 da Lei nº 9.784/99 e distinguir entre os atos já apreciados e os não apreciados por este Tribunal, tendo em vista que, de acordo com a orientação do Supremo Tribunal Federal, a redução dos valores de concessões resultante de ilegalidades detectadas pela Administração após manifestação do Tribu-

---

<sup>1</sup> Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU. Professor de Direito da Universidade de Brasília e da Fundação Getúlio Vargas. Mestre em Direito Público pela Universidade de Brasília.

<sup>2</sup> Súmula nº 106: “o julgamento pela ilegalidade, das concessões de reforma, aposentadoria e pensão, não implica por si só a obrigatoriedade da reposição das importâncias já recebidas de boa-fé, até a data do conhecimento da decisão pelo órgão competente”; e Súmula nº 235: “os servidores ativos e inativos, e os pensionistas, estão obrigados, por força de lei, a restituir ao Erário, em valores atualizados, as importâncias que lhes forem pagas indevidamente, mesmo que reconhecida a boa-fé, ressalvados apenas os casos previstos na Súmula nº 106 da Jurisprudência deste Tribunal”.

<sup>3</sup> Essa tese – da necessidade de revogação da súmula nº 235 do TCU – foi defendida pelo Analista de Controle Externo do TCU Renato Monteiro da Rezende em artigo publicado na Revista do TCU, Brasília, v. 32, n. 90, out/nov 2001.

nal de Contas pela legalidade somente produziria efeito após nova apreciação do Tribunal.

A relevância da matéria é indiscutível, uma vez que a adoção de qualquer das teses apresentadas acerca do tema poderá definir o procedimento a ser seguido nos casos de erros detectados em atos de aposentadorias e pensões relacionados a todos os servidores públicos.

Examinada a questão do ponto de vista principiológico, teremos de ponderar adequadamente, de um lado, o respeito à segurança jurídica e à boa-fé do servidor aposentado ou do pensionista e, de outro, a observância da legalidade e da isonomia.

## II

### Principais questões a serem enfrentadas

A presente matéria está longe de ser trivial e envolve a sempre tormentosa ponderação ou composição entre o princípio da legalidade – basilar da Administração – e os princípios da segurança jurídica e do respeito à boa-fé do administrado – também fundamentais na estruturação do Estado Democrático de Direito.

A questão diz respeito à possibilidade e aos limites da revisão de atos administrativos concessórios de aposentadorias ou pensões, tendo em vista o prazo decadencial fixado no art. 54 da Lei nº 9.784/99, e os efeitos dessa revisão – se apenas futuros ou, mais amplos, com a possibilidade de a Administração exigir do beneficiário o que foi anteriormente pago a maior, nos termos da Súmula TCU nº 235.

Além do Enunciado 235, relacionam-se ainda à matéria as seguintes súmulas da jurisprudência do TCU:

105 – “*a modificação posterior da Jurisprudência não alcança aquelas situações constituídas à luz de critério interpretativo anterior*”;

106 – “*o julgamento, pela ilegalidade, das concessões de reforma, aposentadoria e pensão, não implica por si só a obrigatoriedade da reposição das importâncias já recebidas de boa-fé, até a data do conhecimento da decisão pelo órgão competente*”; e

199 – “*Salvo por sua determinação, não podem ser cancelados pela autoridade administrativa concedente, os atos, originários ou de alterações, relativos a aposentadorias, reformas e pensões, já registrados pelo Tribunal de Contas, ao apreciar-lhes a legalidade, no uso da sua competência constitucional*”

### Do Supremo Tribunal Federal, interessam ao tema as seguintes súmulas:

6 – “*a revogação ou anulação, pelo Poder Executivo, de aposentadoria, ou qualquer outro ato aprovado pelo Tribunal de Contas, não produz efeitos antes de aprovada por aquele Tribunal, ressalvada a competência revisora do Judiciário*”,

346 – “*a Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos*”; e

473 – “*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 apreciação judicial”.*

Em termos práticos, procuraremos, pretensiosamente, apresentar respostas para as seguintes questões:

1ª) Em que situações a Administração pode rever um ato de concessão de aposentadoria ou pensão, e declarar a nulidade total do ato ou a nulidade parcial, com redução de parcela do benefício?

2ª) Nas situações em que seja possível a revisão, em que casos o ato revisor terá apenas efeitos futuros, com a suspensão total ou parcial do pagamento do benefício sem exigência de devolução dos pagamentos anteriores?

3ª) Nas situações em que seja possível a revisão, em que casos o ato revisor terá, além dos efeitos futuros, também efeitos retroativos, com a exigência de devolução dos benefícios pagos indevidamente pela Administração?

Para responder a essas questões, deve ser considerado, em primeiro lugar, se o ato de concessão já foi ou não apreciado pelo Tribunal de Contas, nos termos do inciso III do art. 71 da Constituição Federal, tendo em vista as determinações constantes das Súmulas nº 6 do Supremo Tribunal Federal e 199 do Tribunal de Contas da União.

Tendo o ato já sido apreciado e registrado pelo TCU, caberá perquirir as seguintes questões:

1ª) Em que situações o Tribunal pode rever o seu próprio ato de controle?

2ª) O Tribunal pode rever de ofício o seu ato de controle externo (previsto no art. 71, inciso III da Constituição) pelo qual apreciou a legalidade do ato de concessão praticado pela Administração?

3ª) Se puder rever de ofício o seu ato, sujeita-se o Tribunal ao prazo decadencial de cinco anos fixado no art. 54 da Lei nº 9.784/99?

4ª) Nas situações em que seja possível a revisão, em que casos o ato revisor terá apenas efeitos futuros, com a suspensão total ou parcial do pagamento do benefício sem exigência de devolução dos pagamentos anteriores?

5ª) Nas situações em que seja possível a revisão, em que casos o ato revisor terá, além dos efeitos futuros, também efeitos retroativos, com a exigência de devolução dos benefícios pagos indevidamente pela Administração?

Essas cinco últimas indagações, mais do que nunca, exigem confrontar, de um lado, os princípios da segurança jurídica e do respeito à boa-fé do administrado e, de outro, os princípios da legalidade e da isonomia. Exigem, ainda, a análise da natureza jurídica do ato pelo qual o Tribunal aprecia o ato de concessão praticado pela Administração.

### III

#### Equilíbrio entre os princípios da segurança jurídica e da legalidade

Iniciamos nossa análise, pela busca do ponto de equilíbrio entre os dois grandes princípios que se contrapõem de maneira quase inconciliável quando se trata de rever um ato administrativo em prejuízo do beneficiário. O princípio da segurança jurídica e o princípio da legalidade.

No Direito positivo brasileiro, em período recente, duas leis, em especial, introduziram regras concretas de respeito à segurança jurídica e à estabilidade das relações jurídicas: a Lei nº 9.784/99 e a Lei nº 9.868/99.

A Lei nº 9.868/99, ao disciplinar o processo e julgamento das ações de controle de constitucionalidade (Adin e ADC), abriu para o Supremo Tribunal Federal, “tendo em vista razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social”, a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade de ato normativo “com eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado” (art. 27). Dessa forma, procurou-se romper com o dogma do Direito Constitucional brasileiro que associa a declaração de inconstitucionalidade à nulidade *ex tunc* do ato viciado, com vistas a garantir a intangibilidade dos atos concretos praticados com fundamento na norma viciada antes da declaração pelo Supremo. Percebe-se claramente a mitigação do princípio da legalidade, pela possibilidade do Supremo decidir sobre a conveniência de se preservarem as relações jurídicas constituídas à luz de lei posteriormente declarada inconstitucional.

A Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, elencou a “segurança jurídica” como princípio a ser observado pela Administração, ao lado de outros, como a legalidade, a moralidade, a motivação. Nos artigos 53 a 55, inseridos no capítulo XIV, a lei tratou da anulação, da revogação e da convalidação dos atos administrativos. O art. 54 fixou em 5 anos o prazo decadencial para que a Administração anule os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, salvo nos casos de comprovada má-fé.

O art. 53 utilizou o verbo “dever”, aparentemente para deixar claro que a anulação do ato ilegal não é mera faculdade da Administração, mas um dever. Isso não significa, todavia, prevalência absoluta do princípio da legalidade. Nos artigos seguintes, o princípio é mitigado: o art. 54 estabelece o prazo de decadência dentro do qual a Administração poderá anular; e o art. 55 prevê as circunstâncias em que o ato poderá – ou “deverá”, segundo alguns autores, como Weida Zancaner<sup>4</sup> – ser convalidado.

A fixação de prazo dentro do qual a Administração exerça o seu poder-dever de anular os seus próprios atos eivados de ilegalidade e dos quais decorram efeitos favoráveis para os administrados era exigência antiga de considerável parte da doutrina e da jurisprudência, que não admitiam que o destinatário do ato vivesse em eterno sobressalto, à espera de possível mudança de posicionamento da Administração.

Ainda em 1987, em artigo publicado na Revista de Direito Público com o sugestivo título “Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo”, o Professor Almiro do Couto e Silva analisou com profundidade a questão relativa ao conflito entre os princípios da legalidade e da segurança jurídica, e criticou a excessiva valorização do primeiro em detrimento do segundo, especialmente no âmbito do Direito Administrativo<sup>5</sup>. Esse artigo foi fon-

<sup>4</sup> Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos, Malheiros, 2ª edição, 1993.

<sup>5</sup> RDA nº 84 – out.-dez. de 1987, pp. 46/63.

te fundamental para outro mais recente, de 1997, do Professor Márcio Nunes Aranha,<sup>6</sup> intitulado “Segurança jurídica *stricto sensu* e legalidade dos atos administrativos: convalidação do ato nulo pela imputação do valor de segurança jurídica em concreto à junção da boa-fé e do lapso temporal” (grifamos). Esse último artigo fez referência ao então projeto de lei, que seria posteriormente convertido na Lei nº 9.784/99.

A questão – diga-se uma vez mais – não é trivial e envolve o sentimento de justiça e de respeito ao princípio da isonomia. Por que, por exemplo, uma aposentadoria concedida pela Administração com flagrante ofensa à lei, cujos proventos sejam muito superiores aos que determina a lei, não poderia ser revista em razão do simples transcurso do tempo? Por que perpetuar uma situação ilegal ou mesmo não exigir o ressarcimento de uma pessoa que receba proventos muito superiores aos de todos que se aposentaram na mesma situação? Por que deveria a sociedade sustentar tais pagamentos, quando evidenciada a irregularidade do ato de concessão? É justo manter um pagamento ilegal pelo simples fato dos servidores estarem com suas remunerações ou proventos defasados?

### **Essas questões práticas devem ser respondidas com equilíbrio.**

Assim como a legalidade e a isonomia, a segurança jurídica é bem jurídico e princípio a ser respeitado.

Valemo-nos de algumas passagens do artigo do Professor Almiro do Couto e Silva a que nos referimos.

*“Se é antiga a observação de que justiça e segurança jurídica freqüentemente se completam, de maneira que pela justiça chega-se à segurança jurídica e vice-versa, é certo que também freqüentemente colocam-se em oposição. Lembre-se, a propósito, o exemplo famoso da prescrição, que ilustra o sacrifício da justiça em favor da segurança jurídica, ou da interrupção da prescrição, com o triunfo da justiça sobre a segurança jurídica. Institutos como o da coisa julgada ou da preclusão processual, impossibilitando, definitivamente o reexame dos atos do Estado, ainda que injustos, contrários ao Direito ou ilegais, revelam igualmente esse conflito. [...]”*

*No fundo, porém, o conflito entre justiça e segurança jurídica só existe quando tomamos a justiça como valor absoluto, de tal maneira que o justo nunca pode transformar-se em injusto e nem o injusto jamais perder essa natureza. A contingência humana, os condicionamentos sociais, culturais, econômicos, políticos, o tempo e o espaço – tudo isso impõe adequações, temperamentos e adaptações, na imperfeita aplicação daquela idéia abstrata à realidade em que vivemos, sob pena de, se assim não se proceder, correr-se o risco de agir injustamente ao cuidar de fazer justiça. Nisso não há nada de paradoxal. A tolerada permanência do injusto ou do ilegal pode dar causa a situações que, por arraigadas e consolidadas, seria iníquo desconstituir, só pela lembrança ou pela invocação da injustiça ou da ilegalidade originária.*

<sup>6</sup> *Revista de Informação Legislativa* nº 34, abril/junho 1997, pp. 59/73.

*Do mesmo modo como a nossa face se modifica ou se transforma com o passar dos anos, o tempo e a experiência histórica também alteram, no quadro da condição humana, a face da justiça. Na verdade, quando se diz que em determinadas circunstâncias a segurança jurídica deve preponderar sobre a justiça, o que se está afirmando, a rigor, é que o princípio da segurança jurídica passou a exprimir, naquele caso, diante das peculiaridades da situação concreta, a justiça material. Segurança jurídica não é, aí, algo que se contraponha à justiça; é ela a própria justiça. Parece-me, pois, que as antinomias e conflitos entre justiça e segurança jurídica, fora do mundo platônico das idéias puras, alheias e indiferentes ao tempo e à história, são falsas antinomias e conflitos. Nem sempre é fácil discernir, porém, diante do caso concreto, qual o princípio que lhe é adequado, de modo a assegurar a realização da Justiça: o da legalidade da Administração Pública ou o da segurança jurídica? A invariável aplicação do princípio da legalidade da Administração Pública deixaria os administrados, em numerosíssimas situações, atônitos, intranquilos e até mesmo indignados pela conduta do Estado, se a este fosse dado, sempre, invalidar seus próprios atos – qual Penélope, fazendo e desmanchando sua teia, para tornar a fazê-la e tornar a desmanchá-la – sob o argumento de ter adotado uma nova interpretação e de haver finalmente percebido, após o transcurso de certo lapso de tempo, que eles eram ilegais, não podendo, portanto, como atos nulos, dar causa a qualquer consequência jurídica para os destinatários. [...]*

*Faz-se, modernamente, também, 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 das conquistas liberais obtidas no final do século XVIII e início do século XIX, e decorrentes, igualmente, da ênfase excessiva no interesse do Estado em manter íntegro e sem lesões o seu ordenamento jurídico.*

*A noção doutrinariamente reconhecida e jurisprudencialmente assente de que a Administração pode desfazer seus próprios atos, quando nulos, acentua este último aspecto, em desfavor das razões que levaram ao surgimento do princípio da legalidade, voltadas todas para a defesa do indivíduo perante o Estado. Serve à concepção de que o Estado tem sempre o poder de anular seus atos ilegais a verdade indiscutida no Direito Privado, desde o Direito Romano, de que o nulo jamais produz efeitos, convalida, convalesce ou sana, sendo ainda insuscetível de ratificação. Se assim efetivamente é, então caberá sempre à Administração Pública revisar seus próprios atos, desconstituindo-os de ofício, quando eivados de nulidade, do mesmo modo como sempre será possível, quando válidos, revogá-los, desde que inexista óbice legal e não tenham gerado direitos subjetivos.*

*Aos poucos, porém, foi-se insinuando a idéia da proteção à boa-fé ou da proteção à confiança, a mesma idéia, em suma, de segurança jurídica cristalizada no princípio da irretroatividade das leis ou no de que são válidos os atos praticados por funcionários de fato, apesar da manifesta incompetência das pessoas de que eles emanaram.*

*É interessante seguir os passos dessa evolução. O ponto inicial da trajetória está na opinião amplamente divulgada na literatura jurídica de expressão alemã do início do século [século XX] de que, embora inexistente, na órbita da Administração Pública, o princípio da res judicata, a faculdade que tem o Poder Público de anular seus próprios atos tem limite não apenas nos Direitos Subjetivos regularmente gerados, mas também no interesse em proteger a boa-fé e a confiança (Treut und Glaube) dos administrados. É o que admite expressamente Fritz Fleiner, nas suas Instituições do Direito Administrativo Alemão (cuja primeira edição é de 1911) [...]*

*Mais incisivo é Walter Jellinek. Dizia ele: 'O agente público pode expressamente ratificar um ato defeituoso e renunciar, assim, à faculdade de revogá-lo. Pode, também, tacitamente ratificá-lo, pois agiria contra a boa-fé se quisesse valer-se da irregularidade longamente tolerada'.*

*Apesar de Jellinek aludir a revogação (Wiederruf) de atos irregulares, o que hoje seria tecnicamente inaceitável, compreende-se claramente que se cuida, na verdade, de anulamento. Entretanto, Jellinek via ainda o problema só pelo lado do Poder Público, salientando apenas a faculdade que teria a Administração de renunciar ao poder de anular, se entendesse que é o que melhor consultaria ao interesse público. O anulamento não seria, pois, um dever, mas um poder e o ato que o decretasse não teria a natureza de ato vinculado, mas sim de ato facultativo ou discricionário.*

*Foi este, todavia, o primeiro degrau para que se atingisse o entendimento de que a invalidade, longamente tolerada pela Administração Pública, convalida, convalidesce ou sana, como é indiscrepantemente aceito pela doutrina germânica moderna, tendo em vista, especialmente, a jurisprudência firmada pelos Tribunais alemães, na metade da década de 50, que eliminou a faculdade de invalidar os atos administrativos nulos por ilegais, quando, com a prolongada e complacente inação do Poder Público, hajam produzido benefícios e vantagens para os destinatários.*

*Esclarece Otto Bachof que nenhum outro tema despertou maior interesse do que este, nos anos 50, na doutrina e na jurisprudência, para concluir que o princípio da possibilidade de anulamento foi substituído pelo da impossibilidade de anulamento, em homenagem à boa-fé e à segurança jurídica. Informa ainda que a prevalência do princípio da legalidade sobre o da proteção da confiança só se dá quando a vantagem é obtida pelo destinatário por meios ilícitos por ele utilizados, com culpa sua, ou resulta de procedimento que gera sua responsabilidade. Nesses casos não se pode falar em proteção à confiança do favorecido.*

*Embora o confronto entre os princípios da legalidade da Administração Pública e o da segurança jurídica resulte que, fora dos casos de dolo, culpa etc., o anulamento com eficácia ex tunc é sempre inaceitável e o com eficácia ex nunc é admitido quando predominante o interesse público no restabelecimento da ordem jurídica ferida, é absolutamente defeso o anulamento quando se trata de atos administrativos que concedam prestações em dinheiro, que se exauram de uma só vez ou que apresentem caráter duradouro, como os de índole social, subvenções, pensões ou proventos de aposentadoria. É este, com algumas críticas, formuladas pelas autorizadas vozes de*

*Forsthoff e Bachof, o status quaestionis na Alemanha, como se pode ver dos manuais mais recentes*".<sup>7</sup>

A influência do Direito alemão para a evolução do Direito Constitucional brasileiro, sobretudo no que se refere às técnicas de controle de constitucionalidade das normas e dos efeitos das declarações de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, é indiscutível, sendo flagrante na Lei nº 9.868/99. Ao extrapolar o campo do controle de constitucionalidade, essa influência se faz sentir também no Direito Administrativo, sendo evidente na Lei nº 9.784/99.

Ao examinar o Direito francês, Almiro do Couto e Silva destaca que, desde o *affaire Dame Cachet*, de 1923, os atos maculados de nulidade só podem "*ter seu anulamento decretado pela Administração Pública no prazo de dois meses*" – "*mesmo prazo concedido aos particulares para postular, em recurso contencioso de anulação, a invalidez dos atos administrativos*". Enfatiza que, do caso *Cachet* até hoje, nada se alterou no **Direito francês** em matéria de revogação e anulamento dos atos administrativos. "*Rivero esclarece que a razão disto está em que 'a jurisprudência considera a segurança jurídica mais importante do que a própria legalidade'*. Completamente uniformes, sobre este tema, são as opiniões de *Laubadere, Francis-Paul Benoit, George Vedel e Marcel Waline*" (grifamos).<sup>8</sup>

O Professor Almiro do Couto e Silva prossegue suas incursões no Direito comparado, e cita as soluções para o conflito entre os princípios da legalidade e da segurança jurídica no Direito italiano e no Direito português.

Em seguida, antes de analisar o problema no Direito brasileiro, analisa a solução dada para a antinomia entre os princípios da legalidade e da segurança jurídica no Direito Constitucional norte-americano, e conclui que, mesmo naquele sistema, do qual herdamos o dogma de que a lei declarada inconstitucional seria "*null and void*", cresce a preocupação com a segurança jurídica, admitindo-se muitas exceções ao princípio da nulidade da lei inconstitucional:

*"É o que exprimiu a Suprema Corte americana ao sentenciar que 'nem sempre o passado pode ser apagado por uma nova declaração judicial. Estas questões situam-se entre as mais difíceis das que atraíram a atenção das cortes, estadual e federal, e resulta manifesta de numerosas decisões que a afirmação inteiramente abrangente do princípio de uma invalidez absolutamente retroativa não pode ser justificada'*.

*A orientação tradicional, como atesta o magnífico repositório do Direito norte-americano, que é o Corpus Juris Secundum, é a de que 'uma decisão de um Tribunal competente no sentido de que uma lei é inconstitucional tem o efeito de tornar essa lei null and void; o ato, sob o ponto de vista legal, é tão inoperante como se nunca tivesse sido exarado ou como se nunca tivesse sido escrito, é tido como inválido ou irritado, desde a data de sua emissão, e não apenas da data na qual foi declarada inconstitucional'*.

<sup>7</sup> RDA nº 84 – out.-dez. de 1987, pp. 54/56

<sup>8</sup> RDA nº 84 – out.-dez. de 1987, pp. 56/57

*Mas logo adiante registra a orientação mais recente, referindo numerosas decisões que têm apreciado a questão: 'de outro lado, tem sido sustentado que esta regra geral não é universalmente verdadeira ou nem sempre absolutamente verdadeira; que comporta muitas exceções; que é afetada por muitas considerações; que uma visão realista tem erodido essa doutrina; que tão amplo princípio deve ser entendido como [com] temperamentos e que mesmo uma lei inconstitucional é um fato operativo, pelo menos antes da declaração de inconstitucionalidade e que deve ter consequências as quais não podem ser ignoradas'.*

*Cresce de ponto o significado da penetração do princípio da segurança jurídica no Direito norte-americano, em tema de inconstitucionalidade das leis, quando é sabido que lá prepondera, em matéria de efeito retro-operante das decisões dos Tribunais, a ficção de Blakstone, segundo a qual o juiz não faz outra coisa senão exprimir a verdadeira regra jurídica tal como sempre existiu, desde as suas origens, mas que temporariamente não se havia reconhecido".<sup>9</sup>*

Na parte final de seu artigo, o Professor Almiro do Couto e Silva passa à análise do problema no Direito brasileiro.

Inicia afirmando que, salvo poucas exceções, a doutrina silencia-se quanto à solução a ser dada a *"situações irregulares, nascidas de atos administrativos inválidos, mas que são, por considerável lapso de tempo, toleradas pela Administração Pública"*.

Em seguida, cita Seabra Fagundes, para quem *"a infringência legal no ato administrativo, se considerada abstratamente, aparecerá sempre como prejudicial ao interesse público. Mas, por outro lado, vista em face de algum dado concreto pode acontecer que a situação resulte do ato, embora nascida irregularmente, torne-se útil àquele mesmo interesse. Também as numerosas situações alcançadas e beneficiadas pelo ato vicioso podem aconselhar a subsistência dos seus efeitos"*. Nessas situações, *"duas alternativas poderiam abrir-se ao administrador, conforme as circunstâncias: praticar novo ato, sem as deficiências do anterior, ou manter-se em silêncio, renunciando tacitamente ao direito de invalidá-lo"*. Observa o Professor Almiro do Couto e Silva que Seabra Fagundes ainda não cogitara da *"sanatória do nulo, pelo transcurso do tempo conjugado à complacência do Poder Público, o que daria ao destinatário, eventualmente atingido pelo anulamento tardio, o Direito Subjetivo de rebelar-se contra esta última medida, pois seu pressuposto, ou seja, a invalidade, não mais existia"*.

O Professor Almiro do Couto e Silva continua seu trabalho e destaca o pensamento de Frederico Marques e Miguel Reale. Destaca a obra *"Revogação e Anulamento do Ato Administrativo"*, especialmente o capítulo *"Nulidade e Temporalidade"*, em que Reale defende a sanatória ou convalidação dos atos nulos, em respeito à boa-fé do administrado conjugada com o transcurso de razoável lapso temporal em que a Administração tenha tolerado o ato viciado sem qualquer manifestação no sentido de desconstituir o ato ou seus efeitos:

---

<sup>9</sup> RDA nº 84 – out.-dez. de 1987, pp.58/59

“José Frederico Marques, em artigo in *O Estado de S. Paulo*, em 1964, e referido por Miguel Reale no seu primoroso livro sobre *Revogação e Anulação do Ato Administrativo* sustentou que o exercício do poder anulatório, que cabe à Administração Pública, está sujeito a um prazo razoável, como exigência implícita no due process of law. Explica Reale, comentando a posição de José Frederico Marques, ‘que haverá infração desse ditame fundamental toda vez que, na prática do ato administrativo, for preterido algum dos momentos essenciais a sua ocorrência; foram [fo-rem] destruídas sem motivo plausível, situações de fato cuja continuidade seja economicamente aconselhável, ou se a decisão não corresponder ao complexo de notas distintas da realidade social tipicamente configurada em lei’. Propunha José Frederico Marques que, no Brasil, adaptando-se à nossa realidade a solução que o Conselho de Estado deu ao caso Cahet, no Direito francês, o prazo concedido ao Poder Público para anular seus atos fosse idêntico ao fixado em lei para a impetração do mandado de segurança: 120 dias. Reale, ao meu ver com inteiro acerto, critica a adoção de um prazo rígido, julgando mais prudente verificar, concretamente, em cada caso, se o tempo transcorrido seria ou não de molde a impedir o anulamento. Miguel Reale é o único dos nossos autores que analisa com profundidade o tema, no seu mencionado *Revogação e Anulamento do Ato Administrativo* em capítulo que tem por título ‘Nulidade e Temporalidade’. Depois de salientar que ‘o tempo transcorrido pode gerar situações de fato equiparáveis a situações jurídicas, não obstante a nulidade que originariamente as comprometia’, diz ele que ‘é mister distinguir duas hipóteses: a) a de convalidação ou sanatória do ato nulo e anulável; b) a perda pela administração do benefício da declaração unilateral de nulidade (le benefice du préalable)’.

Creio, no entanto, que essas duas hipóteses são como dois lados de uma mesma moeda. Ao dar-se a convalidação do inválido, opera-se ipso facto, a preclusão do direito a decretar o anulamento, ou como diz Reale, **a preempção de seu poder-dever de policiamento da legalidade**. Uma coisa está indissolivelmente ligada à outra”.<sup>10</sup>

Continua o Professor Almiro, passando da doutrina brasileira à jurisprudência, especialmente do Supremo Tribunal Federal, e mostra casos em que o Supremo mitigou a aplicação da Súmula 473, em função da segurança jurídica e do respeito à boa-fé do administrado:<sup>10</sup>

“[...] É o que afirmava José Neri da Silveira, em 1965, quando Consultor-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, em parecer, no qual examinou precisamente a possibilidade de anulamento de atos administrativos há muito praticados e em conformidade, ainda, com jurisprudência administrativa então dominante: ‘se é certo, em princípio, que não há direito contra a lei e que a administração pode anular os seus atos com infrações a dispositivos legais, consoante ficou largamente analisado acima (itens 38 e 39), não menos exato é que a atividade administrativa possui, em seu favor, uma presunção de legitimidade, e cada ato do Poder Público, oriundo de autoridade competente, há de ter-se, em princípio, como válido, perante os cidadãos, má-

<sup>10</sup> RDA nº 84 – out.-dez. de 1987, pp. 59/60

*xime quando, por estes aceito, produza conseqüências de direito, em prol dos mesmos, de forma pacífica, iterativamente, no decurso de muitos anos, com inquestionada aparência de regularidade’.*

*Nesse Parecer lembrava José Neri da Silveira a opinião do Ministro Orozimbo Nonato, expressa em voto no Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos: ‘O que se geralmente aceita é que o ato nascido da ilegalidade, revogável se mostra pela administração ou por ela é anulável. Mas, se o ato tem aparência regular e originou direito subjetivo, não pode a revogação ter efeitos’.*

*Depois disso, no entanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se em favor da preponderância do princípio da legalidade da Administração Pública sobre o da segurança jurídica, cristalizado na conhecida Súmula 473, com este enunciado: ‘A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, por que 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 apreciação judicial’.*

*Bem se vê que a faculdade de anulamento dos atos administrativos inválidos por ilegais não comporta, nos termos desta Súmula, como também na de nº 346 (‘A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos’) qualquer exceção.*

*Pronunciamentos isolados do STF modificaram essa posição extremamente conservadora e que se poderia qualificar até mesmo de atrasada, se posta em confronto com as adotadas em outros países. Assim é que no RMS 13.807, da Guanabara (RTJ 37/248), a 3ª Turma do STF (ao decidir caso relacionado com situação de aluno que se formou e passou a exercer profissão amparado em medida liminar em mandado de segurança, depois revogada na sentença), guiada pelo voto do Min. Prado Kelly, entendeu que a liminar dera causa a uma situação de fato e de direito que não conviria fosse inovada. Não era isso outra coisa do que o reconhecimento da sanatória do nulo. No RMS 17.144, da Guanabara (RTJ 45/589), reiterou-se, em caso semelhante ao anterior, a mesma orientação.*

*Mas o leading case nessa matéria é o apreciado pela 1ª Turma do STF no RE 85.179, do Rio de Janeiro, Rel. Min. Bilac Pinto.*

*Nesse acórdão, que também trata, como os anteriores, de efeitos gerados por medida liminar em mandado de segurança, são invocados os precedentes jurisprudenciais aqui já referidos e a lição de Miguel Reale, também já exposta, para afirmar-se, em conclusão, a impossibilidade de tardio desfazimento do ato administrativo, ‘já criada situação de fato e de direito, que o tempo consolidou’, como se lê na ementa” (RDA nº 84 – out.-dez. de 1987, pp. 60/61).*

*A conclusão do trabalho tem dois aspectos. O primeiro no sentido de que tanto a anulação quanto a convalidação são deveres da Administração, que deverá optar por uma das duas atitudes, de acordo com o que melhor atenda ao interesse público, no caso concreto. O segundo no sentido de que o princípio da legalidade*

não é absoluto nem pode ser aplicado com total esquecimento do princípio da segurança jurídica:

*“Finalizando e em síntese: os atos inválidos praticados pela Administração Pública, quando permanecem por largo tempo, com a tolerância do Poder Público, dando causa a situações perfeitamente consolidadas, beneficiando particulares que estão em boa-fé, convalidam, convalescem ou sanam. Diante do ato inválido no nosso sistema jurídico, não me parece que tenha a Administração Pública, de regra, como é afirmado na doutrina, o **poder** e não o **dever** de anular o ato. O anulamento não é uma faculdade, mas algo que resulta imperativamente do ordenamento jurídico. Tanto isso é certo que, se do ato inválido resultou prejuízo para o patrimônio ou para os cofres públicos, como ordinariamente sucede, pode a autoridade que o praticou vir a ser responsabilizada pela via da ação popular. Se o ato de anulamento fosse facultativo ou discricionário, essa consequência jamais poderia produzir-se.*

*A dificuldade no desempenho da atividade jurídica consiste muitas vezes em saber o exato ponto em que certos princípios deixam de ser aplicáveis, cedendo lugar a outros. Não são raras as ocasiões em que, por essa ignorância, as soluções propostas para problemas jurídicos têm, como diz Bernard Schwartz, ‘toda a beleza da lógica e toda a hediondez da iniquidade’.*

*A Administração Pública brasileira, na quase generalidade dos casos, aplica o princípio da legalidade, esquecendo-se completamente do princípio da segurança jurídica. A doutrina e jurisprudência nacionais, com as ressalvas apontadas, têm sido muito tímidas na afirmação do princípio da segurança jurídica.*

*Ao dar-se ênfase excessiva ao princípio da legalidade da Administração Pública e ao aplicá-lo a situações em que o interesse público estava a indicar que não era aplicável, desfigura-se o Estado de Direito, pois se lhe retira um dos seus mais fortes pilares de sustentação, que é o princípio da segurança jurídica, e acaba-se por negar justiça.*

*Este trabalho não tem outro objetivo senão o de, modestamente, contribuir para que a injustiça não continue a ser feita em nome da legalidade” RDA nº 84 – out.-dez. de 1987, pp. 61/62.*

A idéia de que os princípios da segurança jurídica e da legalidade devem ser ponderados continuou e continua atualíssima na doutrina brasileira, estando evidente no conhecido estudo de Weida Zancaner, “Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos”:

*“Com efeito, atos inválidos geram conseqüências jurídicas, pois se não gerassem não haveria qualquer razão para nos preocuparmos com eles. Com base em tais atos certas situações terão sido instauradas e na dinâmica da realidade podem converter-se em situações merecedoras de proteção, seja porque encontrarão em seu apoio alguma regra específica, seja porque estarão abrigadas por algum princípio de Direito. Estes fatos posteriores à constituição da relação inválida, aliados ao tempo, podem transformar o contexto em que esta se originou, de modo a que fique vedado à Administração Pública o exercício do dever de*

invalidar, pois fazê-lo causaria ainda maiores agravos ao Direito, por afrontar a segurança jurídica e à boa-fé”.<sup>11</sup>

**No mesmo sentido, o artigo de Márcio Nunes Aranha, já mencionado:**

*“A concepção de segurança jurídica expressa no presente estudo é reflexo de um seu aspecto mais restrito de garantia da boa-fé ou confiança do particular frente aos atos emanados do Poder Público, o que os alemães, desde há muito tempo, chamavam Treu und Glaube (lealdade e confiança). [...]*

*Preenchidas as condições de boa-fé do particular e do razoável transcurso de tempo, torna-se imperativa a preservação do ato administrativo para salvaguarda da segurança jurídica. Intenta-se, pois, um esforço, nunca demais, de lembrar que, no direito, a aplicação rígida de um princípio, muitas vezes, leva a injustiças, e que, nos casos de complacência do Poder Público, ou mesmo de entendimento seu modificado, há outro princípio a ser levado em conta para que não persista a injustiça em nome de uma pretensa legalidade. Tal princípio é a manifestação concreta da segurança jurídica, razão fundamental do direito, que, sem desprezo do perigo de supervalorização da autoafirmação, detém seu significado em preservar, manter, salvar, dar sobrevida àquilo que se perpetuou no tempo pelo simples fato deste, auxiliado pela inexigibilidade de comportamento diverso – boa-fé –, galgar posição digna de proteção jurídica. O problema tem sua significação mais profunda nas questões de Maurice Hauriou:*

*‘Mas será que o poder de desfazimento ou de anulação poderá exercer-se indefinidamente e em qualquer época? Será que jamais as situações criadas por decisões desse gênero se tornarão estáveis? Quantos perigos para a segurança das relações sociais encerram essas possibilidades indefinidas de revogação (...)?’*

*É pensando nessas questões angustiantes que vale a pena debruçar-se, com maior cuidado e respeito, sobre as situações de fato que, evoluindo com o sistema jurídico, integraram sua própria razão de ser”.<sup>12</sup>*

A influência de todas essas idéias da doutrina nacional e estrangeira e do direito positivo estrangeiro é evidente na Lei nº 9.784/99, que fez menção expressa à segurança jurídica como princípio a ser observado pela Administração (art. 2º) e fixou o prazo decadencial de 5 anos para que a Administração anule os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, salvo nos casos de comprovada má-fé (art. 54).

A solução adotada pelo legislador brasileiro para fixar o prazo de decadência dentro do qual a Administração pode exercer o seu dever de autotutela é, essencial-

<sup>11</sup> Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos, 2ª edição, 1993, Malheiros, pp.61/62.

<sup>12</sup> “Segurança jurídica stricto sensu e legalidade dos atos administrativos > convalidação do ato nulo pela imputação do valor de segurança jurídica em concreto à junção da boa-fé e do lapso temporal”, Revista de Informação Legislativa nº 34, abril/junho 1997, p.66

mente, a mesma adotada pelo Conselho de Estado da França, desde o caso *Cachet*, de 1923. A diferença está apenas no dimensionamento do prazo, significativamente maior no Direito brasileiro, de 5 (cinco) anos, quando, na França, é de apenas 2 (dois) meses.

Nos dois sistemas, contudo, o critério foi o de fixar o prazo para a Administração anular os seus atos dos quais decorram benefícios indevidos para o administrado idêntico ao prazo que o administrado tem para impugnar o ato administrativo que considere que lhe é indevidamente prejudicial. No caso francês, o particular tem apenas dois meses para impugnar o ato no Contencioso administrativo. No caso brasileiro, a lei fixa, como regra geral, o prazo de 5 anos das ações judiciais contra atos do Poder Público (Decreto 20.910, de 6/1/32, art. 1º, com força de lei).

Aliás, no Direito brasileiro, esse prazo de cinco anos tende a se estabelecer como regra geral tanto para o cidadão quanto para o Estado. Além dos dois normativos já mencionados, podem ser citados o Código Tributário Nacional, que fixa no art. 174 o prazo prescricional de 5 anos das ações judiciais do Poder Público para cobrança de tributos e, no art. 173, igual prazo para a decadência do direito de constituir o crédito tributário; a Lei nº 9.873/99, que fixa “*em cinco anos a prescrição da ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor [..]*”; a Lei nº 4.717/95 fixa em 5 anos o prazo de prescrição da Ação Popular; a Lei 9.494/97, que fixa os mesmos 5 anos para a ação visando à indenização por danos causados por pessoas jurídicas de Direito Público ou de Direito Privado prestadora de serviços públicos. Há exceções, como o prazo para impugnar atos referentes a concursos públicos, que é de 1 ano, nos termos da Lei nº 7.144/83.

Natureza jurídica do ato administrativo de concessão e da apreciação de sua legalidade pelo Tribunal de Contas; impossibilidade de a Administração rever ato já aprovado pelo Tribunal de Contas; possibilidade de o Tribunal de Contas rever de ofício o seu próprio ato

Questão intrincada é classificar o ato administrativo que concede aposentadoria, reforma ou pensão e o ato do Tribunal de Contas que aprecia a legalidade do ato concessório. As duas manifestações – da Administração e do Tribunal de Contas – concorreriam para a formação de um ato complexo? A apreciação feita pelo Tribunal de Contas seria um ato de controle simples, que não integra o ato de concessão praticado pela Administração nem é necessário para a eficácia do ato concessório? O ato de concessão está sujeito à condição de ser considerado legal pelo Tribunal de Contas? Se o ato de concessão estiver sujeito à condição de ser considerado legal pelo Tribunal de Contas, a condição seria suspensiva ou resolutiva?

Embora essa polêmica seja conhecida da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde, pelo menos, a Constituição de 1934, não foi ela elucidada de forma satisfatoriamente sistematizada, clara e, sobretudo, consistente.

A classificação teórica do ato de concessão e do ato de apreciação da legalidade pelo Tribunal de Contas, embora não seja indispensável, é relevante para que se analisem as conseqüências e as possibilidades jurídicas de revisão tanto do ato da Administração quanto do ato do Tribunal.

Ao longo da história e em face de diversos textos constitucionais (federais e estaduais), vários foram os julgados em que o Supremo Tribunal Federal considerou como atos complexos as concessões de aposentadorias, reformas e pensões, assim como outros atos que a Administração deveria submeter aos Tribunais de Contas.

Entretanto, na maior parte desses julgados, o tema “ato complexo” não foi aprofundado e, em alguns casos, percebe-se alguma incongruência porque os atos são considerados complexos, mas admite-se que tenham eficácia mesmo antes da manifestação do Tribunal de Contas.

Mesmo não tendo aprofundado a análise quanto à natureza jurídica dos atos de concessão, o Supremo Tribunal Federal, com fundamento em vários outros aspectos, firmou entendimento no sentido de que os atos administrativos já aprovados e registrados pelo TCU podem ser revogados ou anulados pela Administração, mas, nesses casos, a revogação ou a anulação pela Administração somente produz efeitos depois de referendada pelo TCU.

A Súmula do Supremo Tribunal Federal registra como precedentes do Enunciado nº 6 os seguintes recursos de mandado de segurança: RMS 8.657 (DJ de 9/11/61, p. 2.495; RTJ 20-01, p. 69); RMS 9.076 (DJ de 9/11/61; RTJ 20-01, p. 85); RMS 9.225 (DJ de 30/11/61, p. 2.714); RMS 8.610 (DJ de 17/04/62, p. 717; RTJ 22-01, p. 91); e RMS 10.454 (DJ de 18/04/63, p. 167; RTJ 26-01, p. 281).

Antes desses, porém, contribuíram decisivamente para a jurisprudência que, afinal, restou sumulada no enunciado nº 6 a Apelação Cível 8.442 (RDA 7, jan-mar/1947, pp. 201/215), o RMS 4.452 (RDA 53, jul-set/1958, pp. 224/229) e o RMS 3.881 (RDA 53, jul-set/1958, pp. 216/223).

Para clareza, dividimos o presente tópico em três subtópicos, aos quais passaremos em seguida. No primeiro subtópico, repassamos as principais decisões que alicerçaram a Súmula nº 6 da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e frisamos as razões, os motivos, os princípios e os valores que conduziram o Supremo àquele enunciado. No segundo, analisamos o conceito de ato complexo e evidenciamos sua inadequação ao ato de concessão praticado pela Administração e ao ato posterior de controle efetuado pelo Tribunal de Contas. No terceiro, apresentamos uma síntese conclusiva sobre os atos de concessão, os atos do TCU que apreciam as concessões, a possibilidade de revisá-los e os limites a que se submetem as revisões.

#### IV.I

##### Evolução histórica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – Fundamentos da Súmula nº 6

Ainda sob a égide da Constituição do Estado Novo, de 1937, apreciou o Supremo Tribunal Federal a Apelação Cível nº 8.442, em julgamento encerrado na sessão de 3/7/1944. Disputava-se direito ao montepio militar instituído por general falecido. Litigavam, de um lado, a viúva do militar (apelante) e, de outro, a irmã do general (apelada). Também apelante, ao lado da viúva, a União. Na instância *a quo*, a irmã do general movera ação contra a União questionando a anulação do ato que, inicialmente, lhe concedera o montepio. A irmã alegou que vinha recebendo o montepio deixado

por seu irmão militar desde 1934 e que, em 1941 – 7 anos depois, portanto – a Administração, atendendo ao pleito da viúva, anulou o ato pelo qual o montepio havia sido deferido a ela (irmã) e concedera o benefício à viúva.

O caso, decidido pelo Supremo em 1944, é de relevância inquestionável até os dias de hoje. Atualmente, poderia o ato concessório inicial ser anulado pela Administração? Se a viúva pleiteasse junto ao TCU a revisão do ato, já apreciado pelo Tribunal, poderia o TCU rever sua decisão anterior? Poderia o TCU rever sua decisão ainda que a deliberação houvesse sido publicada há mais de 5 anos? Ou a competência, em tal circunstância seria exclusiva do Judiciário? Responderemos a essas questões no momento adequado. Por enquanto, vejamos a solução adotada pelo Supremo Tribunal Federal em 1944.

Travou-se frutífero debate em relação ao tema que nos interessa: a possibilidade de revisão pela própria Administração do ato administrativo já apreciado pelo Tribunal de Contas e a possibilidade de o próprio Tribunal rever, provocado pela Administração, sua decisão anterior.

### **O Ministro Castro Nunes (Revisor) sustentou:**

“Sr. Presidente, fiquei, apenas num aspecto preliminar, que, a meu ver, é tão decisivo no caso que me dispensei de fundamentar o meu voto, abordando outros aspectos.

*A espécie vem a ser a seguinte: perante as autoridades uma das partes se habilitou à pensão e estava no gozo da mesma quando o Tesouro lha cancelou, porque a outra parte apresentara documento mais hábil.*

*Ora, a que estava no gozo desse direito, como pensionista, sê-lo-ia em virtude de decisão do Tribunal de Contas, que é a jurisdição constitucional e legal competente para se pronunciar sobre título declaratório de pensão.*

*Assim, já depois disso, não poderia mais o Tesouro insurgir-se contra a decisão do Tribunal ou desconhecê-la, para atribuir o direito a quem quer que fosse, mesmo o outro parente, ainda que este outro parente tivesse melhor direito.*

*Essa subordinação decorre da hierarquia mesma do Tribunal de Contas, no mecanismo, porque ele não é órgão administrativo; é órgão estabelecido pela Constituição, de permeio entre os poderes executivo e legislador – e é essa a teoria do instituto – e destinado a controlar a execução do orçamento. As autoridades administrativas estão subordinadas às decisões do Tribunal de Contas. Se ele defere a um dado parente a pensão, esta decisão poderá não ser conclusiva para o Judiciário mas terá de sê-lo, necessariamente, para a administração.*

*E há precedentes nesse sentido” (grifamos).*

Após essa manifestação seguiu-se debate entre o Ministro Castro Nunes (Revisor) e o Ministro Aníbal Freire (Relator), para quem o fato de o Tribunal de Contas já haver apreciado a legalidade da concessão inicial à irmã do general não constaria dos autos nem teria tamanha relevância.

A votação foi suspensa com providencial pedido de vista do Ministro Laudo de Camargo, Presidente, quando já haviam votado o Relator – favorável à possibilidade

de a Administração anular a concessão inicial, o Revisor, contrário, uma vez que o ato já houvera sido apreciado pelo TCU, e os Ministros Filadelfo Azevedo e Barros Barreto, com o Relator.

Retomados os debates e a votação na sessão de 3/7/44, manifestou-se o Presidente Laudo de Camargo:

*“[...] Faltava competência ao Tesouro para o ato [de anulação da concessão inicial], pois, expedido o título em favor da Autora [a irmã do general, apelada], que vinha percebendo o montepio durante longo tempo, só se poderia atacá-lo perante a justiça.*

O direito adquirido da Autora e já feito parte do seu patrimônio, não podia assim ser desfeito administrativamente, pois não se tratava de ato “nulo por vício fundamental de fundo ou de forma” (grifamos).

O Presidente, Ministro Laudo de Camargo, prosseguiu seu voto e analisou as questões de mérito. Não examinou a questão levantada por Castro Nunes, relativa à impossibilidade de a Administração rever (anular ou revogar) ato já apreciado pelo Tribunal de Contas. Entretanto, o Presidente fundamentou seu voto com importante argumentação relativa à **segurança jurídica**, e afirmou que, **uma vez criados direitos subjetivos para outros, não pode o ato, não sendo “nulo por vício fundamental de fundo ou de forma” ser revisto administrativamente, mas tão-somente na via judicial.**

Passou então o Relator, Aníbal Freire, a aditamento e explicação de seu voto, admitindo a importância de se saber se o Tribunal de Contas houvera ou não se pronunciado quanto à legalidade da concessão inicial e se houvera ou não se pronunciado quanto à revisão daquela mesma concessão inicial.

No “aditamento de voto”, consignou o Relator:

*“Ao proferir o eminente Sr. Ministro Revisor o seu voto, declarei não constar das contra-razões de apelação nem da sentença a matéria argüida.*

*Devo retificar pequeno engano [...]*

*No mérito, o essencial é o exame das deliberações do Tribunal de Contas na sua atividade jurisdicional.*

*[...]*

*Seabra Fagundes, no seu trabalho, já hoje consagrado pelo consenso da opinião jurídica, esclarece com limpidez:*

*‘A grande massa das atribuições do Tribunal é de natureza tipicamente administrativa. É o que se dá quando chamado a intervir na questão financeira da administração de que resultem obrigações de pagamento pelo Tesouro Nacional ou por conta deste, como sejam concessões de aposentadoria, de jubilação, de reforma, contratos, ajustes, despesas de vencimentos, ajudas de custo, etc.’ (Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, 1941, nº 52).*

**O Decreto-lei nº 7 é peremptório:**

*‘Compete ao Tribunal de Contas quanto à despesa:*

*Efetuar diretamente ou por suas delegações registro prévio sobre qualquer ato da administração pública, de que resulte obrigação de pagamento pelo Tesouro Nacional ou por conta deste, como sejam:*

*a) as concessões de aposentadoria, jubilação e reforma de civis e de militares, bem como as de montepio civil ou militar, e meio soldo, para verificação da legalidade da concessão e do direito a vencimentos estipulados (art. 2º).*

*Tais atos são e continuam a ser atos administrativos, verificados legais pelo órgão competente.*

*Diante de novos elementos de informação, à administração pública é facultado rever tais atos, submetendo a revisão ao conhecimento do Tribunal.*

*Na hipótese dos autos, o cancelamento da pensão foi levado ao tribunal, que não se considerou atingido nas suas funções e verificou ser legal o ato administrativo.*

[...]” (grifamos)

**Na “explicação”, o Ministro Relator mencionou:**

*“[...] Logo, a decisão do Tesouro conformou-se com a orientação administrativa dominante. Esta foi a decisão. Verificou-se que o fundamento único da concessão dada à irmã do de cujus tinha sido a anulação de um casamento, anulação fraudulenta, efetuada em comarca de Minas Gerais. **Diante desses elementos de fato, o Tesouro reconsiderou o seu voto [ato], cancelou a aposentadoria concedida [o montepio concedido] e submeteu o caso ao Tribunal de Contas que homologou a decisão do Tesouro**”.*

Diante dessa afirmação, o Ministro Castro Nunes, imediatamente, questionou se os atos subseqüentes do Tesouro (o de cancelamento da concessão inicial à irmã do militar e o de concessão à viúva) haviam sido aprovados pelo Tribunal de Contas. Ao ser informado de que sim, procedeu à retificação de seu voto:

*“[...] O Tribunal de Contas, desde a sua criação sob a primeira Constituição republicana, tem caráter de instituto posto de permeio entre poderes, para a fiscalização do orçamento e das leis de despesa e receita, intervindo em matéria de tomada de contas [...] – e somente nessa parte ele é considerado tribunal de justiça. Desde a primeira lei que o instituiu – se não me engano, de 1896 –, distingue-se no Tribunal de Contas, o órgão incumbido de vigiar a execução do orçamento e o órgão a que a lei chama de tribunal de justiça, quando julga a tomada de contas dos responsáveis para com a Fazenda Pública. [portanto, não é, de todo, novidade as propostas contemporâneas de criação de uma Justiça Especial de Contas]*

[...]

*Somente quanto à tomada de contas é que pode haver o que nem todos admitem; o Supremo Tribunal nem sempre o admitiu – decisões definitivas nos pronunciamentos do Tribunal de Contas. [hoje é pacífico: não tem o Poder Judiciário competência para “julgar contas” ou proceder ao seu reexame de mérito – prerrogativa dos*

*Tribunais de Contas] É o caso do alcance dos responsáveis: se o funcionário pode ser processado por peculato antes de julgado seu alcance pelo Tribunal de Contas. – Quanto à cobrança executiva do alcance, igualmente houve acórdãos nesse sentido: podia ela operar-se antes do julgamento do alcance. Divergi – digo-o, no meu artigo – e divergiria, se se apresentasse caso desses, da jurisprudência respeitabilíssima, como sempre assentada pelo Supremo Tribunal, porque entendo que não é possível instaurar ação penal contra funcionário enquanto não julgado alcançado pelo Tribunal de Contas; segundo, que o julgado que o libera, que o declara não alcançado, desautoriza e mata, de início, a qualquer ação penal; terceiro, que somente depois de julgado o funcionário alcançado é que pode a União propor ação executiva.*

*Há acórdãos recentes, de alguns anos para cá, sendo que um deles da lavra do eminente Sr. Ministro Costa Manso, sustentando esse ponto de vista, mais razoável, no sentido de que o julgado das contas constitui prejudgado para o pronunciamento judiciário.*

*Todavia, conforme V. Excia. Observou, não é esta a questão. O caso foi decidido pelo Tribunal de Contas em sua jurisdição, digamos administrativa e não de tomada de contas, em que existe essa assemelhação judiciária.*

*Entretanto, quanto aos casos de pensão, de montepio, de meio soldo, de aposentadoria, o que digo, no seu [meu] artigo, aliás repetindo Viveiros de Castro, é que, praticamente, o Tribunal de Contas esgota essas questões, pois elas só raramente vêm a juízo. São decididas às centenas, todos os anos, pelo Tribunal de Contas. Ele julga habilitado esse ou aquele pensionista, profere suas decisões, que são praticamente definitivas, o que não exclui, em linha de princípio, que o prejudicado possa vir a juízo pedir a anulação delas, conforme veio este, cujo caso estamos julgando” (grifamos).*

Seguem-se, então, os trechos mais significativos da retificação de voto do Ministro Castro Nunes, cujas idéias seriam consubstanciadas, mais tarde, no Enunciado nº 6 da Súmula da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

*“Mas aí, Sr. Presidente, há distinção que peço vênia ao eminente Sr. Ministro Relator para salientar e acentuar: é que, se essa decisão, iniludivelmente administrativa, é suscetível de apreciação judiciária e pode, portanto, vir a juízo e ser anulada pelos tribunais, não o pode fazer o Tesouro, porque o Tribunal de Contas – órgão posto de permeio entre os poderes para vigiar a execução das leis de meios, é o fiscal constitucional daqueles que as aplicam, dos que têm poder de despender, isto é, do Poder Executivo – é tribunal sobranceiro à própria Administração. A Administração não pode invalidar os seus atos [os atos do Tribunal de Contas].*

[...]

*Também o que me impressionou foi a alegação constante da inicial, de que se tratava de pensionista habilitada e cuja habilitação fora aprovada pelo Tribunal de Contas, porque ao Tesouro não competiria reexaminar esse assunto, para desconhecer a autoridade dessa decisão. Mas verifica-se dos autos, segundo informação que S. Ex<sup>ª</sup> acaba de dar, que o caso voltou ao Tribunal de Contas, porque se fez, então, revisão – suponho eu, pois teria sido este o caminho legal – do processo de habilitação*

*e, levada tal revisão ao Tribunal de Contas, este reconsiderou a sua primeira decisão, para atribuir a pensão à outra beneficiária. Assim, o meu argumento desaparece diante desse ponto de fato e sou obrigado a entrar na apreciação de outros aspectos, que julguei dispensáveis”.*

Estava estruturada a tese que, quase vinte anos mais tarde, seria enunciada na Súmula nº 6 do Supremo Tribunal Federal: **a revisão dos atos de concessão já apreciados pelo Tribunal de Contas somente tem efeitos depois que o Tribunal se pronuncie sobre o ato revisor.** Nos exatos termos do Enunciado nº 6: *a revogação ou anulação, pelo Poder Executivo, de aposentadoria, ou qualquer outro ato aprovado pelo Tribunal de Contas, não produz efeitos antes de aprovada por aquele Tribunal, ressalvada a competência revisora do Judiciário.*

Quais os fundamentos da tese sustentada por Castro Nunes?

Não fez ele qualquer alusão a ato complexo. Fundamentou-se no fato de que a **Administração subordina-se ao Tribunal de Contas, não podendo descumprir suas decisões. Tal subordinação decorre da posição constitucional do Tribunal, que não integra a própria Administração, mas é o seu fiscal.** Se a Administração não concorda com o que decidiu o Tribunal de Contas, pode recorrer ao Poder Judiciário, mas não pode pura e simplesmente desconhecer o que lhe foi determinado (*“Essa subordinação decorre da hierarquia mesma do Tribunal de Contas, no mecanismo, porque ele não é órgão administrativo; é órgão estabelecido pela Constituição, de permeio entre os Poderes Executivo e Legislativo – e é essa a teoria do instituto – e destinado a controlar a execução do orçamento. As autoridades administrativas estão subordinadas às decisões do Tribunal de Contas. Se ele defere a um dado parente a pensão, esta decisão poderá não ser conclusiva para o Judiciário, mas terá de sê-lo, necessariamente, para a administração”*).

Essa a interpretação natural. Se a Constituição institui órgão de controle externo a quem incumbe a função de fiscalizador da Administração, atribuindo-lhe, inclusive, poderes de apenar o gestor faltoso, é evidente que suas determinações devem ter eficácia. As decisões do Tribunal de Contas podem ser questionadas pelo administrador junto ao Poder Judiciário, mas o administrador não pode ignorá-las por si só, num “exercício arbitrário das próprias razões”.

Ou seja: **o Tribunal de Contas tem a palavra final sobre a Administração, com a ressalva de que a Administração pode levar a questão ao Poder Judiciário.**

Assim, se o ato de concessão já foi apreciado pelo órgão constitucional fiscalizador, a revisão pela Administração, sem que o mesmo órgão aprecie o ato revisor, significaria descumprimento da palavra final dada pelo Tribunal.

Ao relatar o RMS 8.657, assim se manifestou Victor Nunes:

*“As informações do Sr. Vice-Governador em exercício (f. 17) atribuíram-me prioridade na tese da irrevisibilidade, pela Administração, dos próprios atos, quando aprovados pelo Tribunal de Contas, e acrescentam que minhas conclusões sobre o assunto não eram peremptórias. Não me cabe essa prioridade. No mencionado estudo, que data de 1948 (vd. Problemas de Direito Público, p. 223), eu ficara um tanto hesitante entre duas soluções: de um lado, a revisibilidade do ato administrativo, com o*

**assentimento do Tribunal de Contas (o que fora aceito pelo Supremo Tribunal em um caso concreto – RDA 7-712) [refere-se ao caso do montepio militar apreciado na AC 8.442]; de outro, o reexame do ato apenas pelo Judiciário).**

*Minha preferência tendia para esta segunda solução, mais de lege ferenda do que de iure constituto. Achava estranho que o Tribunal de Contas, cuja função é julgar da legalidade de certos atos administrativos, como a aposentadoria, pudesse, ‘indefinidamente, rever suas próprias decisões, sem qualquer limitação. (...) Parece-me mais razoável – dizia eu – que, em tais casos, o prejudicado ou a própria administração recorram ao judiciário (...)*

*[...] decidi-me depois pela possibilidade da revisão, por motivo de ilegalidade, contanto que o ato corretivo logre o assentimento do Tribunal de Contas (conclusão que defendi na Bahia, em 1960); caso contrário, a via própria, mesmo para a administração, há de ser a judiciária.*

Fui levado a esta solução pela peculiaridade dos atos administrativos sujeitos a aprovação; pela jurisprudência sobre o poder de anulação da administração pública; pelo precedente, há pouco citado, do Supremo Tribunal; finalmente pelo conhecimento mais íntimo, que as circunstâncias me proporcionaram, do mecanismo e funcionamento dos Tribunais de Contas.

[...]

No citado precedente do Supremo Tribunal (RDA 7-212), o eminente Relator, Ministro Castro Nunes [Castro Nunes era o revisor], negava ao Tesouro Nacional, isto é, à Administração, anular o ato de aposentadoria aprovado pelo Tribunal de Contas, por ser este o ‘fiscal constitucional (...) do Poder Executivo’, por ser um ‘tribunal sombanceiro à própria Administração.’ E afirmava, peremptório: ‘A Administração não pode invalidar os seus atos.’

*Entretanto, o mesmo Castro Nunes, esclarecido pelos colegas, concordou em dar validade ao ato anulatório, porque também ele fora aprovado pelo Tribunal de Contas” (grifamos).*

Tendo, portanto, acolhido a argumentação apresentada por Castro Nunes, Victor Nunes Leal passa à defesa da tese de que a anulação pela Administração de ato seu já apreciado pelo Tribunal de Contas não tem qualquer eficácia até que o Tribunal de Contas referende o ato de anulação. **É importante frisar que Victor Nunes não menciona uma vez sequer a expressão “ato complexo”:**

“Seabra Fagundes, a cuja lição eu recorrera, ensina (RDA 3-9): ‘Em alguns casos, o poder de revogar ou anular se extingue para a autoridade inferior logo que praticado o ato. Tal sucede, por exemplo, se ele depende de autorização ou aprovação do superior hierárquico. A autorização, uma vez utilizada, impede o desfazimento da medida sem reexame do caso pelo agente que a autorizou. A aprovação converte o ato em procedimento da autoridade que o outorga fazendo extinguir-se a competência do autor originário.’

As considerações anteriores, especialmente a análise do referido precedente do Supremo Tribunal, levaram-me a não aceitar as conseqüências da premissa do consagrado especialista [Seabra Fagundes]. S. Ex<sup>a</sup> [Seabra Fagundes] impugnava, ao Tri-

bunal de Contas, 'o poder de revogamento ou anulação', o que seria, no seu autorizado modo de ver, 'negar a própria missão daquele órgão.' Pareceu-me razoável, como já disse, admitir a possibilidade da anulação com o assentimento do Tribunal de Contas.

*Nesse mesmo sentido parece ter-se manifestado, em outro caso, o Supremo Tribunal, sendo Relator o eminente Ministro Nelson Hungria, que assim se expressou: '... julgar da legalidade não é apenas apreciar a regularidade formal do ato administrativo (...): é julgar de todas as condições intrínsecas e extrínsecas da sua legalidade. Assim, a decisão do Tribunal de Contas, quando aprobatória, não apenas dá executoriedade ao ato, como cria uma situação definitiva na órbita administrativa. Depois dela, não pode o Executivo, que não tem hierarquia sobre o dito Tribunal, declarar unilateralmente (grifo nosso [grifo de Victor Nunes]), a nulidade do ato' (cit. por Carlos Casimiro Costa, RT 275-25).*

Essa foi a doutrina que, embora vencido, já havia sustentado, nesta Casa, o eminente Ministro Hahnemann Guimarães: '... entendo que, havendo sido a aposentadoria registrada pelo Tribunal de Contas, não é possível a sua revogação por ato unilateral do Governo. Assim já votei em casos anteriores' (RMS 4.404, de 22-11-57, Rev. For. 191-96).

O Tribunal de São Paulo tem decidido nessa conformidade (RT 253-301, 287-177), como também o Departamento Administrativo do Serviço Público (cf. Pinto Pessoa, Manual dos Servidores do Estado, II-819 ss).

Assentado o princípio, acima enunciado, segue-se que o ato anulatório, originário da autoridade fiscalizada (no caso, o Sr. Governador do estado), constitui apenas a primeira fase do *processus* de anulação, que só se completa com a aprovação do órgão de controle.

Neste ponto, devemos distinguir, para exame das conseqüências, entre a decisão do Tribunal de Contas, que julga legal a aposentação e, por isso, a aprova, e a decisão posterior, do mesmo Tribunal, que aprova o ato anulatório da aposentadoria.

*No primeiro caso, o ato é da competência da autoridade administrativa que o pratica; depois de consumado, é submetido à chancela do Tribunal, para que possa ter execução definitiva. A aprovação do Tribunal não integra o ato mesmo; em relação a ele é um plus, de natureza declaratória quanto à sua legitimidade em face da lei. Não é a validade mas a executoriedade, em caráter definitivo, do ato que fica a depender do julgamento de controle do Tribunal de Contas.*

*Este é o ensinamento, entre nós, de Francisco Campos, que analisou o problema com aguda visão. Observou ele que a eficácia de certos atos administrativos, em razão do interesse público, fica suspensa, até que outro órgão o aprove, mas este 'nada acrescenta ao ato: declara-lhe, apenas, a conformidade com a lei', e dessa declaração 'decorre, para o ato em foco, uma força nova, a saber a aptidão a gerar efeitos.' Tal é a natureza da função de controle, que não integra nem completa o ato já anteriormente acabado e perfeito, diversamente da função de aprovação, pela qual 'a autoridade, a quem é cometida a aprovação do ato, colabora com a sua vontade no acabamento ou aperfeiçoamento do mesmo.' A função de controle, portanto, não sendo integrativa do ato, constitui 'apenas condição de sua executoriedade'*