

**FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO
FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS**

DANIEL MIRANDA BARROS MOREIRA

**NATUREZA JURÍDICA DA DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS QUE
APRECIA OS ATOS DE CONCESSÃO DE APOSENTADORIA**

BRASÍLIA, OUTUBRO DE 2017.

FESMPDFT

Curso Ordem Jurídica e Ministério Público

DANIEL MIRANDA BARROS MOREIRA

**NATUREZA JURÍDICA DA DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS QUE
APRECIA OS ATOS DE CONCESSÃO DE APOSENTADORIA**

Projeto de TCC apresentado ao Curso de Especialização Ordem Jurídica e Ministério Público da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, como quesito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito.

Professor Orientador: Dr. Valter Shuenquener

BRASILIA, OUTUBRO DE 2017.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E OS REGISTROS DOS ATOS DE PESSOAL	3
1.1. ATRIBUIÇÕES DO TCU	3
1.2. ATO SIMPLES, COMPLEXO E COMPOSTO.....	5
1.3. SIGNIFICADO DO TERMO “REGISTRO”	8
2. INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O REGISTRO DOS ATOS DE PESSOAL	11
2.1 IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DO ATO JÁ APRECIADO PELO TRIBUNAL DE CONTAS	11
2.2 IRREDUTIBILIDADE DE PROVENTOS	15
2.3 CONTROVÉRSIA SOBRE A DEVOLUÇÃO DE PROVENTOS	19
2.4 APLICAÇÃO DO PRAZO DECADENCIAL DA LEI 9784/1999	23
3. AS APOSENTADORIAS SÃO ATOS COMPLEXOS?	26
3.1 DISPENSA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA	26
3.2 AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DOS ATOS COMPLEXOS	32
3.3 APOSENTADORIA COMO ATO SUJEITO A CONDIÇÃO RESOLUTIVA	35
CONCLUSÃO	44
Referências bibliográficas	47

INTRODUÇÃO

Na sistemática atual, após receber um pedido de aposentadoria, o órgão público analisa o pleito e, se entender assistir razão ao requerente, emite um ato e o publica no Diário Oficial, momento a partir do qual o servidor já se afasta do serviço público. O ato, então, é remetido ao órgão de controle interno competente que, na esfera federal, corresponde ao Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle (CGU). O controle interno emite parecer acerca da legalidade (ou da ilegalidade) do ato e o encaminha ao Tribunal de Contas.

Caso o Tribunal de Contas entenda que o pagamento de uma vantagem é indevido ou que o cômputo de determinado tempo de serviço é imprestável para a aposentadoria, a instituição de controle determina que o antigo órgão de lotação do servidor aposentado suprima parcela de seus proventos ou adote providências com vistas à correção do tempo de contribuição do servidor. Neste último caso, essa alteração pode trazer consequências significativas, como a alteração do fundamento da aposentadoria, que deixa de ser integral e passa a ser proporcional, ou o retorno do aposentado ao serviço público, para que trabalhe pelo período equivalente à glosa promovida pela Corte de Contas.

Neste trabalho, pretende-se discutir a suposta natureza complexa dos atos de aposentadoria, tal como vem defendendo o Supremo Tribunal Federal, e expor algumas consequências dessa interpretação, a exemplo da impossibilidade de revisão do ato já apreciado pelo tribunal de contas, da controvérsia sobre a devolução de proventos já percebidos ou que venham a ser auferidos durante a tramitação processual, da dispensa do contraditório e da ampla defesa, bem como da aplicação do prazo decadencial previsto na Lei 9784/1999.

Em paralelo, este trabalho pretende fazer uma análise da adequação entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e alguns princípios informadores da ordem constitucional, como é o caso da segurança jurídica, da proteção da confiança e da razoável duração do processo, consectário do devido processo legal.

Têm-se como foco algumas questões práticas. Exemplificando, não raro o exame feito pelo Tribunal de Contas leva anos para ser concluído, mesmo não sendo obrigatório, pelo menos em regra, ouvir o servidor aposentado. Nesses casos, diversos questionamentos vêm sendo feitos ao Poder Judiciário acerca de eventuais violações aos princípios constitucionais da segurança jurídica, da proteção da confiança e da

razoável duração do processo.

Ganham importância os debates em torno da existência de um prazo decadencial para que o Tribunal de Contas venha a modificar o ato de aposentadoria dos servidores públicos. Nesse contexto, torna-se ainda mais relevante definir a natureza jurídica da decisão do Tribunal de Contas. A resposta a essa pergunta influencia diretamente na aplicação, ou não, de um prazo decadencial para o exame do ato pela Corte Administrativa.

Não sem razão, já existe um Recurso Extraordinário na Suprema Corte brasileira, de número 636.553, cujo relator é o ministro Gilmar Mendes, com repercussão geral já reconhecida, que tem por objetivo rediscutir a natureza da decisão do Tribunal de Contas da União que aprecia atos de aposentadoria de servidores públicos.

Antes de concluir, cabe uma observação: quase todos os casos submetidos ao STF decorrem de decisões do TCU. Isso porque, em face dos acórdãos do TCU, é cabível mandado de segurança originariamente perante a Suprema Corte (art. 102, I, “d”, da Constituição), não sendo possível manusear tal remédio contra as decisões dos Tribunais de Contas Estaduais (TCE) que, em regra, só poderiam ser questionadas no STF pela via excepcional e restrita do recurso extraordinário. Dificilmente as decisões das Cortes Estaduais chegam ao STF, ante a vedação do reexame de questões fáticas.

1. O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E OS REGISTROS DOS ATOS DE PESSOAL

1.1. ATRIBUIÇÕES DO TCU

É inegável que a Constituição Federal de 1988 ampliou significativamente o rol de atribuições do Tribunal de Contas da União. É dito “atribuições” porque se entende haver uma imprecisão técnica e terminológica no artigo 71 do texto constitucional, que aborda as “competências” da Corte de Contas, termo que deve ser entendido como o exercício da jurisdição pelo Estado-juiz.

Faltam, no processo administrativo, algumas das principais características da tutela jurisdicional, a saber: inércia e definitividade¹. Em primeiro lugar, o processo de controle externo não está condicionado à provocação dos interessados, podendo ser iniciado de ofício. Pode o Tribunal de Contas, por exemplo, identificando que determinada instituição retarda ou simplesmente não envia os atos de concessão de aposentadoria, determinar a remessa imediata dos dados para apreciação, instaurando, desde logo, o devido processo. Por outro lado, as decisões da Corte de Contas não se revestem da definitividade e da imutabilidade, podendo ser questionadas, mesmo exauridas as instâncias administrativas, no âmbito do Poder Judiciário. Por essa razão, diz-se que a coisa julgada material é fenômeno privativo das decisões jurisdicionais².

Retomando, foi mencionada a ampliação do rol de atribuições do TCU prevista na Constituição de 1988. A despeito disso, cabe ressaltar que a carta constitucional atual não inovou no tocante ao registro dos atos de aposentadoria, pois, desde 1934, tal função já vinha sendo desempenhada pelo Tribunal de Contas. Na década de 1930, tal atribuição não era explícita, dependendo de interpretação. O jurista precisava estar atento ao fato de que a aposentadoria gerava (e ainda continua gerando) despesa permanente ao Estado. Transcreve-se o art. 101 da Carta de 1934:

Art 101 - Os contratos que, por qualquer modo, interessarem imediatamente à receita ou à despesa, só se reputarão perfeitos e acabados, quando registrados pelo Tribunal de Contas. A recusa do registro suspende a execução do contrato até ao pronunciamento do Poder Legislativo.

¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil – Volume único*. 8 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. P. 22-27.

² NEVES, *op cit.*, p. 27.

§ 1º - Será sujeito ao registro prévio do Tribunal de Contas qualquer ato de Administração Pública, de que resulte obrigação de pagamento pelo Tesouro Nacional, ou por conta deste.

§ 2º - Em todos os casos, a recusa do registro, por falta de saldo no crédito ou por imputação a crédito impróprio, tem caráter proibitivo; quando a recusa tiver outro fundamento, a despesa poderá efetuar-se após despacho do Presidente da República, registro sob reserva do Tribunal de Contas e recurso *ex officio* para a Câmara dos Deputados.

§ 3º - A fiscalização financeira dos serviços autônomos será feita pela forma prevista nas leis que os estabelecerem.

Como se percebe, o escopo de ações sujeitas, naquela época, a registro é muito maior que o atual. Até os contratos geradores de receita estavam submetidos ao exame do Tribunal de Contas. Obviamente que tal exigência foi revogada ao longo do tempo, sobretudo diante da dinamicidade e da desburocratização que se exige do Estado brasileiro.

A Constituição de 1937, mais uma vez, trouxe tal atribuição de forma implícita, devendo seu intérprete rememorar que os proventos de aposentadoria, para serem exigíveis e pagos, deveriam estar previstos no orçamento do poder público. Assim, como o Tribunal de Contas deveria acompanhar a execução orçamentária, subentende-se que tal função compreenderia também o exame dos atos de aposentadoria dos servidores públicos. Veja-se a redação do art. 114:

Art. 114 - Para acompanhar, diretamente ou por delegações organizadas de acordo com a lei, a execução orçamentária, julgar das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos e da legalidade dos contratos celebrados pela União, é instituído um Tribunal de Contas, cujos membros serão nomeados pelo Presidente da República, com a aprovação do Conselho Federal. Aos Ministros do Tribunal de Contas são asseguradas as mesmas garantias que aos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único - A organização do Tribunal de Contas será regulada em lei.

Para dirimir quaisquer dúvidas, foi editado à época o Decreto-Lei nº 7/1937, que conferiu ao Tribunal de Contas a prerrogativa de efetuar registro prévio dos atos da administração pública que resultem obrigação de pagamento pelo Tesouro Nacional, a exemplo das *“concessões de aposentadoria, jubilação e reforma de civis e militares, bem como as de montepio civil ou militar, meio soldo e outras pensões do Estado, para verificação da regularidade da concessão e do direito aos vencimentos estipulados”* (art. 2º).

A partir da década de 40, os textos constitucionais passaram a prever expressamente, sem a necessidade de interpretações e/ou digressões, a atribuição do Tribunal de Contas para apreciar os atos de aposentadoria. A bem da verdade, a redação foi sendo aperfeiçoada ao longo do tempo, ora acrescentando uma ou outra questão acessória, mas, de modo geral, a estrutura redacional manteve-se a mesma.

Assim, na Carta de 1946, foi dito que a Corte administrativa deveria julgar a legalidade dos atos de aposentadorias, reformas e pensões (art. 77, III). Por certo, trouxe uma inovação interessante: o registro poderia ser prévio ou posterior ao ato da Administração Pública que originou a obrigação de pagamento. Até então, a atuação do TCU deveria ser anterior à produção dos efeitos decorrentes da aposentadoria, isto é, o afastamento do servidor e a sua inclusão na folha de pagamento de inativos só poderia ocorrer com a anuência do Tribunal.

A Constituição de 1967, por sua vez, trouxe um novo detalhe: dispensava o exame, por parte do órgão de controle externo, das melhorias posteriores nas aposentadorias. Assim, por exemplo, se um agente público se aposentou e, no dia seguinte, os ativos foram beneficiados por uma lei que instituiu nova vantagem remuneratória, presumindo-se que haja paridade, essa parcela será estendida aos inativos, sendo prescindível nova análise por parte da Corte de Contas.

Ocorre que a regra posta poderia dar margem a fraudes na concessão de benefícios. Seria o caso, por exemplo, da modificação da natureza do afastamento (ex.: transformação da aposentadoria proporcional para a integral) após a apreciação pelo Tribunal do ato inicial que a concedeu. Para coibir essa possibilidade, a Constituição vigente restringe a dispensa para as hipóteses em que as melhorias posteriores não alterem o fundamento legal do ato concessório (parte final do art. 71, III).

1.2. ATO SIMPLES, COMPLEXO E COMPOSTO

A doutrina tradicional³ distingue os atos administrativos em simples, complexos e compostos.

Os atos complexos são aqueles que somente se tornam perfeitos quando houver a conjugação da vontade de órgãos diversos. Antes da manifestação de todos

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. No mesmo sentido: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

eles, não há ato administrativo. Por isso se diz que o ato simples e o ato complexo correspondem, na verdade, a um único ato.

Para diferenciá-los, é indiferente o número de pessoas que o pratica. Assim, é simples tanto o ato que tem como signatário um único agente público, quanto aquele exercido por um conjunto de pessoas. Uma decisão administrativa tomada pelos conselheiros do Conselho Nacional de Justiça, por exemplo, é entendida como um ato simples, assim como o decreto do Presidente da República que nomeia ministros de Estado.

Carvalho Filho⁴ destaca que *“a vontade dos órgãos colegiados se configura como ato simples coletivo. É que as vontades formadoras são interna corporis e se dissolvem no processo de formação, de modo que apenas uma é a vontade que se projeta no mundo jurídico”*.

A diferença entre eles seria, então, a manifestação de vontade: única, no ato simples; plural, no ato composto. No ato complexo, as vontades (no plural) possuem identidade de conteúdo e de fins, de forma que o ato só se considera perfeito a partir da participação de todos os órgãos que nele deveriam intervir. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello⁵:

Não se há de confundir o procedimento ou processo administrativo com os chamados “atos complexos”. Nestes, “vontades” provenientes de órgãos diferentes consorciavam-se em um ato único. Para dizê-lo com rigor técnico: há manifestações provindas de órgãos distintos que se fundem em uma só expressão, em um só ato, porquanto as “vontades” não cumprem funções distintas, tipificadas por objetivos particulares de cada qual; ou seja: nenhuma delas possui, de per si, identidade funcional autônoma na composição do ato.

Celso Antônio traz em sua obra um exemplo de ato complexo: o Decreto do Presidente da República que regulamenta determinada matéria prevista em lei. Neste caso, o ato, para existir, deve conter também a assinatura do Ministro de Estado responsável pela matéria tratada na norma infralegal⁶.

Outros exemplos podem ser dados, como as portarias editadas conjuntamente por órgãos da administração pública. Cita-se, nesse sentido, a Portaria Interministerial nº 127/2008 (já revogada) que dispôs sobre as normas relativas às transferências de recursos da União, mediante convênios e contratos de repasse, a

⁴ CARVALHO FILHO, *op cit.*, p. 89.

⁵ MELLO, *op cit.*, p. 485.

⁶ MELLO, *op cit.*, p. 485.

outros entes federados e a entidades privadas sem fins lucrativos. Tal norma só se aperfeiçoou com a anuência dos ministros do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Fazenda e do Controle e da Transparência.

Outros autores no Direito Administrativo, também, apresentam conceitos semelhantes. Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷ aduz que:

Atos complexos são os que resultam da manifestação de dois ou mais órgãos, sejam eles singulares ou colegiados, cuja vontade se funde para formar um ato único. As vontades são homogêneas; resultam de vários órgãos de uma mesma entidade ou de entidades públicas distintas, que se unem em uma só vontade para formar o ato; há identidade de conteúdo e de fins. Exemplo: o decreto que é assinado pelo Chefe do Executivo e referendado pelo Ministro de Estado; o importante é que há duas ou mais vontades para a formação de um ato único.

O ato composto, por sua vez, resulta da manifestação de uma só vontade. No entanto, para que produza efeitos, depende da emissão de outro ato por parte de pessoa/órgão/entidade diversa. Observa-se, portanto, que se está diante de dois atos, um principal, outro acessório, sendo que este pode ser prévio ou posterior.

É comumente dado como exemplo de ato composto a nomeação do Procurador-Geral da República, que deve necessariamente ser precedida de aprovação do Senado Federal, nos termos do art. 52, inciso III, alínea “e”, da Constituição. Trata-se de caso em que o ato acessório (a aprovação por uma das casas do legislativo) é prévio em relação ao principal (nomeação pelo Presidente da República).

Outros exemplos de atos compostos seriam as decisões de habilitação e de classificação das empresas que decidem participar de uma licitação promovida pelo poder público. Neste caso, os atos praticados pela comissão de licitação dependem da homologação da autoridade competente para que produzam efeitos, dentre os quais a celebração do contrato. Nestes casos, o ato acessório (homologação) é posterior ao ato principal (decisão de habilita ou classifica determinada licitante).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸ assim se posiciona no tocante ao ato composto:

Ato composto é o que resulta da manifestação de dois ou mais órgãos, em que a vontade de um é instrumental em relação a de outro, que edita o ato principal. Enquanto no ato complexo fundem-se vontades para praticar um

⁷ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 207-208.

⁸ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 207-208.

ato só, no ato composto, praticam-se dois atos, um principal e outro acessório; este último pode ser pressuposto ou complementar daquele. [...]

Os atos, em geral, que dependem de autorização, aprovação, proposta, parecer, laudo técnico, homologação, visto etc., são atos compostos.

Com base nessa premissa, de que os atos principais dependem dos atos instrumentais para produzirem efeitos, é possível entender a lógica por trás da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que constantemente reafirma que “*só há contraditório antecedendo a revogação [da licitação] quando há direito adquirido das empresas concorrentes, o que só ocorre após a homologação e adjudicação do serviço licitado*”⁹. Afinal, mesmo que a comissão de licitação ou o pregoeiro, a depender do caso concreto, afirme expressamente qual licitante apresentou a melhor proposta, ainda assim tal ato não produziu efeitos jurídicos, o que só ocorrerá com a homologação por parte da autoridade superior.

Essa classificação é importante para o presente trabalho, pois ela auxiliará na identificação da natureza jurídica da decisão do Tribunal de Contas que aprecia os processos de concessão de aposentadoria, reforma e pensão. Também se mostra relevante nas análises críticas que serão realizadas no terceiro capítulo deste trabalho, que tem como foco a exposição de algumas fragilidades na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

1.3. SIGNIFICADO DO TERMO “REGISTRO”

O Tribunal de Contas, na sua atribuição de registrar a aposentadoria, não pode acrescentar nada à substância do ato, sobretudo porque atua na condição de órgão de controle, não na de instância originária de concessão de benefícios. Dito de outro modo, não pode inserir parcela remuneratória, alterar o fundamento legal do afastamento, acrescentar tempo de serviço ou de contribuição, dentre outras coisas.

No entanto, identificada ilegalidade no ato, pode o órgão de controle, no exercício da atribuição conferida no art. 71, inciso IX, da Constituição, determinar a cessação de todo e qualquer pagamento. Neste caso, como anota Furtado¹⁰, se a autoridade administrativa não observar a ordem, estará sujeita à multa e ao

⁹ STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 200602710804, Rel. Eliana Calmon, DJE de 02.04.2008.

¹⁰ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 4ª edição revista e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2013. P. 924.

ressarcimento das quantias pagas indevidamente.

Ao julgar ilegal determinada aposentadoria, o órgão de controle sinaliza para a instituição de origem que todo o ato, ou apenas parcela dele, fere as normas vigentes ao tempo da concessão do benefício, sendo necessária a remessa de novo ato ao Tribunal de Contas sem os mesmos vícios.

O juízo a ser feito pela Corte de Contas é o de legalidade/constitucionalidade, isto é, deve verificar se todos os componentes do ato de aposentadoria estão em conformidade com o ordenamento jurídico. Por isso se diz que, uma vez registrado o ato, há maior presunção de legalidade do gasto¹¹. Não há espaço para julgamentos fundamentados em parâmetros de oportunidade e conveniência.

Como decorrência lógica, o Tribunal de Contas não tem por finalidade servir como uma espécie de tribunal de apelação, ou seja, não é o local adequado para se discutir eventual alteração dos benefícios concedidos pelos respectivos órgãos de lotação. Assim, caso o agente não concorde, por exemplo, com a exclusão de determinado tempo de contribuição para o cômputo da aposentadoria, deve recorrer ao próprio órgão de origem ou ao Poder Judiciário, não à Corte de Contas.

Esse entendimento foi perfilhado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança 20.615/RJ, Rel. Aldir Passarinho. Nesse precedente, discutia-se a possibilidade da companheira de um ex-militar da Marinha pleitear, no Tribunal de Contas, a divisão da pensão recebida pela esposa do falecido, mesmo tendo o órgão de origem negado o direito à impetrante.

Apesar de se tratar de pensão, o entendimento fixado pelo Pretório Excelso pode ser perfeitamente ajustado para os casos de aposentadoria, razão pela qual se dá destaque neste trabalho.

A segurança foi concedida, pois o Tribunal de Contas havia entendido que a pensão concedida à viúva do falecido deveria ser dividida, em partes iguais, entre ela e a ex-companheira do militar, contrariando entendimento do comando militar. Transcreve-se trecho da ementa do julgado, em que a Suprema Corte bem expressa sua posição:

A parte que se sentiu prejudicada poderia ter recorrido administrativamente da decisão que lhe foi desfavorável, se a disciplina administrativa do Ministério da Marinha o permitisse, ou, caso contrário,

¹¹ STF, Mandado de Segurança 20.615/RJ, Rel. Aldir Passarinho, DJ 20-09-1991.

dirigir-se ao Judiciário, mas não lhe cabia dirigir-se ao Tribunal de Contas da União para obter revisão do ato, e nem poderia aquela ilustre Corte deferir-lhe o benefício.

Mandado de Segurança concedido para tornar ineficaz o ato do Tribunal de Contas da União modificando a decisão da Pagadoria do Ministério da Marinha que atribuiu a pensão integralmente à ex-esposa do militar, sem embargo de poder a companheira usar dos meios administrativos ou judiciais cabíveis.

O delineamento do que vem a ser o registro é importante para se entender as críticas que serão feitas, no terceiro capítulo deste estudo, à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que assentou o entendimento de tratar-se de ato complexo. O segundo capítulo exporá algumas consequências práticas acerca da posição do Pretório Excelso, mostrando, até certo ponto, a coerência do sistema.

No entanto, a partir da complexidade das atividades estatais e da primazia de valores constitucionais, alguns deles incorporados ao texto constitucional a partir de emendas, como é o caso da duração razoável do processo, pretende-se mostrar, no terceiro capítulo, que a interpretação do STF não se mostra a mais adequada nos dias atuais.

Os debates acerca da natureza jurídica do registro do ato de aposentadoria vêm ganhando destaque no meio jurídico, principalmente diante de casos flagrantes de injustiça. A matéria, ao que tudo indica, será reexaminada pela Suprema Corte brasileira, que já reconheceu a repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 636553, cujo relator é o ministro Gilmar Mendes.

A principal questão colocada para apreciação dos ministros do STF diz respeito à incidência do prazo decadencial de 5 anos previsto na Lei 9.784/1999 para que o órgão de controle analise a legalidade do ato a ele submetido. Outras, porém, podem ser objeto de análise, como a obrigatoriedade do contraditório e da ampla defesa, independentemente do prazo de tramitação do processo no Tribunal de Contas.

Para não avançar muito nessas questões, que serão devidamente examinadas nos capítulos subsequentes, por ora, limita-se a transcrever a ementa da decisão que reconheceu a repercussão geral, *verbis*:

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

2. INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O REGISTRO DOS ATOS DE PESSOAL

Do pedido de aposentadoria feito pelo servidor até a análise de legalidade pelo Tribunal de Contas, é nítido existir duas manifestações de vontade: uma, do órgão de lotação do servidor, que analisa se os requisitos legais estão presentes no caso concreto e, em caso afirmativo, publica a aposentadoria; outra, do órgão de fiscalização, que revisa a análise feita pela instância inicial, comparando a decisão inicial com todos os requisitos intrínsecos e extrínsecos previstos no ordenamento jurídico.

O Supremo Tribunal Federal, como afirmado no capítulo anterior, vem entendendo que esse conjunto corresponde, na verdade, a um ato complexo, isto é, a aposentadoria só existe após publicação das duas manifestações, a do órgão de lotação do servidor e a do Tribunal de Contas.

Em pesquisa no sítio eletrônico do STF, é possível identificar que esse entendimento veio sendo construído a partir da década de 1950, em um primeiro momento com o propósito claro de proteger os interesses dos servidores contra abusos praticados pelo poder público. A partir do final da década de 1990, novas controvérsias foram surgindo, como a eventual incidência do prazo decadencial quinquenal para o registro da aposentadoria. Assim, para manter a coerência do sistema, que a todo momento reafirmava a natureza complexa da aposentadoria, as decisões do STF passaram a contrariar os interesses dos servidores, como será visto neste capítulo.

2.1 IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DO ATO JÁ APRECIADO PELO TRIBUNAL DE CONTAS

Para explicar como o conceito de ato complexo foi sendo construído, parte-se do seguinte caso concreto, que foi levado à apreciação do Supremo Tribunal Federal¹²: nas décadas de 30 e 40, era relativamente comum o acúmulo de cargos públicos. Com o advento da Constituição de 1946, as pessoas que acumulavam, com qualquer outro, o cargo de assistente na Faculdade de Farmácia e Odontologia da Universidade de São Paulo foram colocadas em disponibilidade na referida instituição de ensino.

Na época, a Constituição paulista exigia que o Tribunal de Contas julgasse

¹² RMS 3.881, Rel. Nelson Hungria, julgado em 18/11/1957.

a legalidade dos atos que acarretavam a disponibilidade. E assim foi feito, momento em que a Corte administrativa julgou legal o ato.

Anos depois, o Governador do Estado declarou nulas as disponibilidades, sob o fundamento de que os cargos de assistente são comissionados, isto é, não são efetivos, de modo que inexisteriam as condições para a obtenção do benefício da disponibilidade. A decisão do Poder Executivo não ouviu, nem submeteu o novo ato ao escrutínio do Tribunal de Contas. Em face dessa suposta nulidade, os servidores prejudicados impetraram mandado de segurança, sendo mais tarde a questão levada ao STF.

O relator do processo, Min. Nelson Hungria, defendeu que a decisão do Tribunal de Contas não, apenas, confere executoriedade ao ato, mas, também, cria uma situação definitiva na órbita administrativa. Arrematou Hungria:

Depois dela, não pode o Executivo, que não tem hierarquia sobre o dito Tribunal, declarar, unilateralmente, a nulidade do ato. O que se apresenta na espécie, é um ato complexo, isto é, como acentua Victor Nunes Leal (“Valor das decisões do Tribunal de Contas”, in Revista de Direito Administrativo,, vol. 12, pg. 422), um ato “que só se aperfeiçoa pelas manifestações convergentes de várias autoridades, não sendo admissível que qualquer delas, por si só, possa desfazer uma situação criada por sua ação conjunta”. (Grifo no original)

Os demais ministros do órgão Pleno acompanharam o relator, deram provimento ao recurso e, por consequência, concederam a segurança.

A decisão trata de benefícios decorrentes da disponibilidade, não da aposentadoria. Apesar disso, a semelhança com a situação dos inativos é enorme, pois ambos os casos demandam a atuação de duas instituições distintas, sendo uma delas o órgão de lotação do servidor e, do outro lado, o Tribunal de Contas.

Tese semelhante foi fixada em outros processos. Citam-se alguns¹³: a Assembleia Legislativa do Paraná, em 1953, aprovou uma lei de organização judiciária, na qual algumas comarcas (Guarapuava, Londrina e Ponta Grossa) foram equiparadas à Curitiba, isto é, consideradas como de 4ª entrância. Alguns juízes lotados nessas comarcas, cumprindo os requisitos da época, aposentaram-se, recebendo, com isso, vencimentos equivalentes aos dos desembargadores.

¹³ RMS 7523, Rel. Nelson Hungria, julgado em 18/7/1960; RMS 7543, Rel. Ribeiro da Costa, julgado em 14/12/1960; RMS 7539, Rel. Gonçalves de Oliveira, julgado em 24/8/1960; outros precedentes idênticos: RMS 4538 e RMS 6859.

Os atos foram registrados pelo Tribunal de Contas estadual. Posteriormente, com o veto do governador do Estado do Paraná ao dispositivo que equiparou as comarcas citadas à de Curitiba, o Tribunal de Justiça, em decisão administrativa, decidiu rever de ofício seu próprio ato, rebaixou diversos magistrados à categoria de terceira entrância, reduzindo, com isso, seus proventos de aposentadoria.

Mandados de segurança foram impetrados, havendo, ao final, a concessão da segurança. O Tribunal Pleno entendeu que o ato administrativo completado pela chancela do Tribunal de Contas não poderia ser desfeito unilateralmente pela instituição que concedeu inicialmente a aposentadoria. Seria necessária, no caso, a aprovação também do órgão de controle.

Nesses julgados, ainda que não se tenha defendido expressamente a natureza jurídica do ato, percebe-se a construção de uma linha argumentativa que indubitavelmente tem íntima relação com a natureza complexa do ato administrativo.

Em outro precedente¹⁴, discutiu-se situação bastante semelhante, qual seja, se seria possível à administração anular a aposentadoria, já registrada pelo Tribunal de Contas, de um inspetor de máquinas, servidor do Estado do Espírito Santo. Inicialmente considerou-se que o agente público perfazia o tempo de serviço exigido na lei estadual para sua inclusão na inatividade. Posteriormente, entendeu-se que parte do tempo computado seria imprestável para fins de aposentadoria.

Naquela assentada, reafirmou-se a impossibilidade de o governo estadual, unilateralmente, anular o benefício concedido. O relator do processo defendeu que haveria dois caminhos caso o Estado intentasse suprimir o benefício previdenciário: a revisão do ato administrativo, com a anuência do Tribunal de Contas, ou o reexame perante o Poder Judiciário. Dada sua importância, convém transcrever a ementa do julgado:

É inoperante o ato administrativo que anula outro já aprovado pelo Tribunal de Contas. O fiscalizador não pode converter-se em fiscal de seu próprio fiscal. O ato de anulação só produz efeitos depois que, por sua vez, fôr aprovado pelo Tribunal de Contas.

Em razão das sucessivas tentativas de desconstituição de benefícios previdenciários por parte dos entes federados, pode-se perceber a construção de uma jurisprudência sólida no STF, no sentido de que eventual alteração precisaria da

¹⁴ RMS 8.657/ES, Rel. Victor Nunes Leal, julgado em 6/9/1961.

concordância da Corte de Contas.

Ainda sobre o RMS 8.657 (Rel. Victor Nunes Leal), destaca-se o voto do ministro Pedro Chaves, para quem a aposentadoria seria um ato de origem dupla, ato complexo. Tal decisão destaca-se por ser, muito provavelmente, o primeiro caso em que se afirmou a natureza complexa do ato de aposentadoria.

A natureza complexa da aposentadoria foi reafirmada no julgamento do RMS 8610/ES, Rel. Cândido Motta Filho, julgado em 22/1/1962. É certo que a frase foi dita **en passant**¹⁵, o que não retira sua importância, sobretudo porque demonstra que os ministros do STF acolheram essa definição e sedimentaram, ao longo dos anos, tal tese jurídica. Há diversos julgados, a partir de então, que utilizaram dessa definição¹⁶.

Para fazer face aos reiterados casos submetidos ao Judiciário, o Supremo Tribunal Federal chegou, inclusive, a editar em 1963 uma súmula sobre a matéria (de nº 6). Ainda que não mencione expressamente o fato de a aposentadoria se tratar de ato complexo, é importante transcrevê-la, pois foi construída em precedentes que assumiram tal premissa. Ademais, retrata a posição atual da Corte¹⁷:

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.

Sintetizando, percebe-se que desde a década de 1950 existe uma prática administrativa que consiste em revisar unilateralmente atos de concessão de benefícios aos servidores, mesmo quando a decisão inicial já houver sido apreciada pelo Tribunal de Contas. Para coibir esses abusos, o Supremo Tribunal Federal passou a defender a

¹⁵ “Trata-se de uma aposentadoria devidamente registrada e que assim formada por um ato complexo não podendo ser assim unilateralmente revista. Por isso, dou provimento ao recurso, para conceder in totum a segurança. O ato administrativo perdeu sua forma inicial e completou-se com a intervenção do Tribunal de Contas. Desfazê-lo unilateralmente é impossível”. (Grifo no original)

¹⁶ Apenas a título ilustrativo, cita-se o Recurso em Mandado de Segurança nº 9.631/PR (Rel.: Ministro Cândido Motta Filho, sessão de 21.05.1962), o Mandado de Segurança 19.731/DF (Rel.: Ministro Amaral Santos, sessão de 09.06.1971),

¹⁷ “[...] [o agravante] alega que a súmula 06 do STF é muito antiga e que espera que a posição deste Tribunal seja alterada, porque a jurisprudência de outros Tribunais já vem considerando que a aposentadoria não é um ato complexo. [...] Anoto, por relevância, que a Súmula 06 deste Tribunal está em plena vigência, a despeito dos precedentes citados pelo recorrente”. (AI 805165 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgamento em 6.12.2011, DJe de 19.12.2011)

No mesmo sentido: “É certo que, uma vez aprovados pelo Tribunal de Contas da União, os atos de aposentação não podem ser unilateralmente revogados ou anulados pelo Poder Executivo, eis que efetuado o registro respectivo, tais atos passam a qualificar-se como manifestações estatais subjetivamente complexas”. (MS 20.882/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23.06.1994)

natureza complexa do ato de concessão do benefício da aposentadoria.

Neste ponto, a teoria do ato complexo consegue justificar a contento a solução vislumbrada pelo STF. Afinal, se a aposentadoria só se aperfeiçoou com a manifestação favorável e independente de duas instituições, eventual alteração do benefício deveria obedecer ao mesmo trâmite, em respeito à simetria que deve existir entre os atos constitutivos e os revisionais, bem como à necessidade de duas manifestações de vontade para a existência do ato.

Como anota Carvalho Filho¹⁸, “*as vontades formadoras são interna corporis e se dissolvem no processo de formação, de modo que apenas uma é a vontade que se projeta no mundo jurídico*”.

Não havendo consenso entre as instituições envolvidas acerca da eventual reforma do ato, a única solução possível com vistas à sua modificação seria a apreciação do caso pelo Poder Judiciário, hipótese que encontra guarita na ordem constitucional (art. 5º, inciso XXXV).

2.2 IRREDUTIBILIDADE DE PROVENTOS

Delgado¹⁹, ao analisar o princípio da intangibilidade salarial, estabelece que tal parcela justrabalhista goza de garantias dos mais variados tipos, como aquela para assegurar o valor nominal. Um dos fundamentos para tamanha proteção decorreria do fato de que tal verba tem natureza alimentar, isto é, o valor auferido com seu trabalho proverá o sustento próprio, da família e de seus dependentes.

A irredutibilidade salarial também encontra amparo em um dos pilares da República Federativa do Brasil consagrado na Constituição, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana, tal como previsto em seu art. 1º, inciso III. Isso porque o trabalho é, em alguma medida, um fator de realização pessoal e social. E, como tal, caminha em consonância com o bem-estar do trabalhador.

Em situações normais, a garantia da irredutibilidade salarial proporciona ao trabalhador a manutenção de um padrão econômico estável, alheio a oscilações bruscas na qualidade de vida. Nas palavras de Delgado²⁰:

¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 89.

¹⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. Ed. São Paulo: LTr, 2013. P. 198.

²⁰ DELGADO, *op cit.*, p. 198.

É claro que o reconhecimento social pelo trabalho não se resume ao salário, já que envolve dimensões muito amplas, ligadas à ética, à cultura, às múltiplas faces do poder, ao prestígio comunitário, etc.; mas é o salário, sem dúvida, a mais relevante contrapartida econômica pelo trabalho empregatício.

Por certo, a intangibilidade salarial não corresponde a uma garantia absoluta e imutável. Comporta restrições, tendo o texto constitucional elencado uma, ao afirmar ser garantia do trabalhador a irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo (art. 7º, VI).

O raciocínio aqui desenvolvido pode ser perfeitamente estendido aos proventos de aposentadoria. Afinal, estão intimamente relacionados com o trabalho, além de ter natureza inequívoca de verba alimentar.

Surge, então, o seguinte questionamento: o Tribunal de Contas, ao analisar a aposentadoria, se entender ilegal alguma parcela, poderia determinar ao órgão que concedeu o benefício a reedição do ato, agora livre da fração indevida? Dito de outro modo, a glosa do benefício violaria o princípio da irredutibilidade do subsídio?

Têm-se dois valores jurídicos contrapostos nesse problema. De um lado, há o princípio que impede a redução nominal das verbas alimentares. Deve-se lembrar que, até a apreciação pela Corte de Contas, o servidor permanece afastado da atividade, recebendo, em muitos casos há anos, a verba pretensamente ilegal. De outro, há valores de igual grandeza, como a legalidade e a moralidade administrativa. Afinal, não se cogita que os contribuintes arquem com salários e benefícios previdenciários ilegais, bem como contrários à moral e aos bons costumes.

Trata-se de um evidente conflito de normas de igual hierarquia. Neste ponto convém mencionar a teoria de Ronald Dworkin²¹, que identifica duas espécies de normas jurídicas. Para ele, a diferença entre as regras e os princípios decorre da natureza da orientação que oferecem.

As regras gozam de uma natureza binária (sim ou não, tudo ou nada), não podendo se falar em juízo de ponderação. O autor menciona²², como exemplo, a regra do testamento particular, que deve ser assinado por três testemunhas. Se o número de signatários for menor que três, o documento é inválido; se for maior ou igual a três, é válido. Na eventualidade de existirem duas regras conflitantes, a decisão sobre qual é válida pode passar por considerações tais como grau hierárquico da autoridade,

²¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

²² DWORKIN. Ob. cit. p. 40.

especificidade, temporalidade, dentre outras.

Os princípios, por sua vez, “não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas”²³. Apenas anuncia uma razão que conduz à argumentação para determinado sentido, não prevendo de antemão as situações em que devem ser aplicados, nem as exceções a eles. Daí decorre que os princípios diferem das regras, pois aqueles possuem uma dimensão de peso ou de importância, não presente nestas. Ou seja, o intérprete do direito deve sopesar os princípios envolvidos para então se chegar à solução da controvérsia. Sopesar não implica a retirada do princípio do sistema, mas, apenas, que, no caso concreto, havia outro de maior importância e com maior força relativa.

Diante de tal conflito aparente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem dado primazia ao princípio da legalidade e da moralidade administrativa. Citam-se dois precedentes.

No primeiro²⁴, analisou-se o caso de um juiz classista que se aposentou recebendo uma gratificação de adicional por tempo de serviço, no percentual de 10%. Ao apreciar o ato, o Tribunal de Contas devolveu os autos à corte trabalhista para avaliar eventual redução da gratificação para o patamar de 5%, correspondente ao tempo de contribuição na justiça trabalhista. Novo ato foi editado, desta vez acatando a orientação do órgão de controle. Excluiu-se, com isso, o percentual de 5% decorrente do período em que prestou serviços á iniciativa provada.

A Corte Suprema decidiu que não havia violação ao princípio da irredutibilidade de proventos do magistrado, na medida em que tal proteção constitucional dirige-se aos atos legais, não aos ilegais. O relator, assim, se pronunciou sobre a matéria:

Não se trata, igualmente, de vulneração ao princípio da irredutibilidade de vencimentos. Ocorreria, caso o impetrante estivesse sob o pálio de proteção de redução decorrente de ruptura de ordem legal. O que também não é a hipótese dos autos.

O segundo caso²⁵ é mais interessante para a temática abordada neste trabalho, pois um dos fundamentos para afastar a irredutibilidade de vencimentos foi exatamente a natureza complexa da aposentadoria.

²³ DWORKIN, *op cit.*, p. 40.

²⁴ MS 21.349/PB, Rel. Maurício Corrêa, julgamento em 26/10/1995.

²⁵ MS 21.732/DF, Rel. Maurício Corrêa, julgamento em 4/10/1995.

Examinou-se o caso de um juiz do trabalho que teria se aposentado percebendo um adicional de 20% a título de se tratar de ocupante da última classe da carreira. Recebido o ato no Tribunal de Contas, houve a devolução à corte trabalhista para que esta avaliasse a legalidade do fator de majoração, tendo em vista que o inativo não ocupava, ao tempo do afastamento, a última classe da carreira.

Percebendo o equívoco, a justiça trabalhista reeditou o ato sem os vícios. Novamente o STF reafirmou não haver violação ao princípio da irredutibilidade de subsídios, mas agora foi utilizada fundamentação diversa, qual seja, o fato de a aposentadoria ser considerada ato administrativo complexo. Transcreve-se trecho do voto proferido pelo relator:

Quanto ao princípio da irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados, há que se considerar o fato de que o ato concessório da aposentadoria é complexo, que se aperfeiçoa quando da verificação da sua legalidade pelo TCU para fins de registro. Assim, não tendo se aperfeiçoado o ato administrativo da concessão da aposentadoria com o benefício do art. 184, inciso II, este não chegou a fazer parte da órbita de disponibilidade do impetrante, não se configurando como direito.

Afinal, como já afirmado neste trabalho, para que o ato se repute perfeito, é necessária a manifestação de vontade das duas instituições (TRT e TCU). Antes disso, não há ato a ser questionado, nem se deve falar em efeitos provisórios daquilo que não existe. No entanto, o entendimento que se consagrou no STF é o de que existem efeitos meramente provisórios, como é o caso dos proventos auferidos até o registro do Tribunal de Contas. Por serem precários, estando sujeito a alterações de todo tipo, os efeitos financeiros da aposentadoria não chegam a integrar a órbita de disponibilidade do magistrado.

Cabe aqui outra observação: a Constituição estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inciso XXXV). Enquanto o Tribunal de Contas não apreciar a aposentadoria, de acordo com a teoria do ato complexo, está-se diante de apenas uma ameaça ao direito, pois sequer o ato prejudicial ao servidor foi editado. Nessa hipótese, haveria tão somente uma expectativa de violação de direito.

No entanto, a aplicação da teoria do ato complexo apresenta, aqui, uma inconsistência. Não se pode conceber que uma simples ameaça gere efeitos financeiros imediatos. Ou se trata de lesão, configurada pela diminuição do provento, ainda que de

forma provisória, ou se refere a uma simples ameaça, mas neste caso sem efeitos financeiros.

Vale ressaltar que os problemas decorrentes da adoção dessa teoria serão melhor explicitados e enfrentados no terceiro capítulo desta obra. Neste momento não se pretende esgotar as análises críticas, que serão reservadas para o momento oportuno.

2.3 CONTROVÉRSIA SOBRE A DEVOLUÇÃO DE PROVENTOS

Como visto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de ser possível reduzir os proventos de aposentadoria, caso o Tribunal constate a existência de alguma parcela ilegal. Trata-se de orientação voltada ao futuro, isto é, a partir da reedição do ato, a vantagem auferida pelo inativo será nominalmente menor, não havendo qualquer problema quanto a isso.

Surge agora a controvérsia relativa às parcelas já auferidas. A questão a saber é se, uma vez julgada ilegal determinada parcela, poderia o Tribunal de Contas exigir a devolução dos proventos recebidos desde a época em que o servidor se afastou da atividade.

Sob a perspectiva do ato complexo, termo utilizado de forma recorrente pelo STF²⁶, não haveria que se falar em efeitos financeiros provisórios, até porque a simples manifestação do órgão de lotação do servidor não é suficiente para que o ato se torne perfeito. Dependeria da análise do órgão de controle. A ilegalidade, uma vez identificada, deve ser suprimida de imediato do mundo jurídico, tornando sem fundamento a parcela que mais tarde ensejou a negativa de registro por parte do Tribunal de Contas.

Ao se afastar do serviço público, o profissional deve ter em mente a precariedade das parcelas que compõem seu provento, que somente se tornam definitivas após o registro. Na hipótese de existir alguma parcela ilegal, o corte deve retroagir até a data da primeira manifestação do poder público. Assim, entende-se que o mais correto seria a devolução por todo o período em que permaneceu afastado. Nas palavras do Min. Marco Aurélio, do STF²⁷:

²⁶ MS 25.112/DF, Rel. Marco Aurélio, julgamento em 3/8.2005; MS 25.409/DF, Rel. Sepúlveda Pertence, julgamento em 15/3/2007; MS 27965 AgR / DF, Rel. Edson Fachin, julgamento em 8/4/2016.

²⁷ MS 25.112/DF, Rel. Marco Aurélio, julgamento em 3/8.2005.

Ora, ou a aposentadoria é legal e os recebimentos contam com lastro maior, ou se mostra conflitante com o ordenamento jurídico e aí, diante do interesse público primário, cumpre obstar, por evidente improcedência, tais recebimentos, determinando-se a devolução dos valores aos cofres públicos.

Independente disso, formou-se, no TCU e no STF, o entendimento de que, entre a manifestação do órgão de origem e o registro pelo Tribunal de Contas, o servidor se afasta de suas atividades e passa a auferir proventos, de natureza provisória. A aposentadoria só passa a produzir efeitos definitivos a partir do registro pela Corte administrativa.

Por essa razão, antes mesmo da Constituição de 1988, o TCU tem se manifestado no sentido de que, na hipótese de alguma parcela ser considerada ilegal, não haveria a necessidade de devolução dos proventos recebidos até a decisão inicial do Tribunal de Contas, salvo se comprovada má-fé do inativo. Houve inclusive a edição da Súmula TCU nº 106, de 25 de novembro de 1976, *verbis*:

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.

Nessa súmula, deve-se destacar que, em regra, o termo inicial para devolução dos valores corresponde à data em que o inativo teve conhecimento da decisão que considerou ilegal a concessão de sua aposentadoria. Há decisões do STF que também fixam o mesmo termo inicial²⁸.

Entretanto, tal súmula está sujeita a críticas, na linha do que vem sendo defendido nesta obra. Afinal, ela insere um princípio com alta carga de subjetividade (boa-fé) e o eleva a patamares superiores a princípios constitucionais aplicáveis à administração pública, como é o caso da legalidade. Nas palavras do Min. Marco Aurélio, do STF: “*sob o ângulo do Verbete nº 106 da Súmula do Tribunal de Contas da União, surge a dificuldade até mesmo de conciliá-lo com o princípio da legalidade*

²⁸ Vide, por exemplo, o seguinte julgado: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA DECLARADA ILEGAL PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. NEGATIVA DE REGISTRO. BOA-FÉ DO SERVIDOR. DEVOLUÇÃO DOS VALORES INDEVIDAMENTE RECEBIDOS. TERMO INICIAL. DATA DA CIÊNCIA DA DECISÃO DO ÓRGÃO DE CONTAS. AGRAVO REGIMENTAL DA UNIÃO PROVIDO. 1. Havendo boa-fé do servidor público que recebe valores indevidos a título de aposentadoria, o termo inicial para devolução dos valores deve corresponder à data em que teve conhecimento do ato que considerou ilegal a concessão de sua aposentadoria. 2. Agravo regimental da União provido. (MS 26980 AgR, Rel. Teori Zavaski, Segunda Turma, julgamento em 22/04/2014).

estrita que preside a atuação da Administração Pública”²⁹.

Abstraindo a crítica, além da subjetividade inerente ao conceito de boa-fé, a fixação de tal termo inicial está longe de ser consenso no STF. No Mandado de Segurança 25.112/DF (Rel. Marco Aurélio), analisou-se a situação de um inativo que acumulava proventos de três cargos (procurador do Instituto Nacional do Seguro Social, professor da Universidade Federal da Paraíba e analista judiciário do Tribunal Regional do Trabalho).

Encaminhada a aposentadoria referente ao último cargo, o TCU considerou ilegal o benefício, em razão do acúmulo indevido de cargos públicos, e negou registro. Na decisão inicial, afirmou-se a má-fé do servidor, ante a flagrante ilegalidade. Pedido de reexame foi interposto, sendo dado provimento parcial, apenas para reconhecer a boa-fé até a decisão inicial, nos termos da Súmula TCU nº 106. Ou seja, o órgão de controle determinou a devolução dos proventos relativos ao analista judiciário, a contar da ciência do primeiro acórdão proferido pela Corte administrativa.

O assunto foi levado ao STF. O impetrante requereu o reconhecimento da boa-fé até o último pronunciamento do TCU, que foi a decisão do pedido de reexame. Após muita discussão, negou-se a segurança. No entanto, os ministros Cezar Peluso e Eros Grau propuseram a concessão da segurança, reconhecendo a boa-fé até a decisão do TCU quanto ao recurso. Os votos vencidos reconheciam que os valores auferidos até a decisão final do TCU não precisariam ser devolvidos.

Interessante que o pedido de reexame, no âmbito do TCU, foi admitido com efeito suspensivo. Apesar disso, considerou-se que, ao interpor recurso ou ao obter liminar no Poder Judiciário, o inativo assume o risco de, em caso de derrota, ter de devolver a parcela ilegal relativa ao período iniciado com a primeira decisão do TCU³⁰.

Cabe ressaltar que, apesar do julgado, o STF vem dando uma interpretação extremamente casuística, não sendo possível sistematizar o entendimento da Corte sobre a matéria.

Para contrastar com o decidido no citado Mandado de Segurança 25.112/DF, convém mencionar decisões que abordaram a parcela denominada unidade de referência padrão (URP)³¹. Trata-se de vantagem concedida pelo Poder Judiciário a

²⁹ MS 25.112/DF, Rel. Marco Aurélio, julgamento em 3/8.2005.

³⁰ Vide, nesse sentido: MS 25.112 (Rel. Marco Aurélio, DJ 3.2.2006), MS 26.085 (Rel. Carmen Lúcia, DJe 12.6.2008), MS 29.247 (Rel. Marco Aurélio, DJe 22.2.2013) e Súmula 405 do Supremo Tribunal Federal.

³¹ MS 27965 AgR/DF, Rel. Edson Fachin, julgamento em 15/3/2016; MS 25.430/DF, Rel. Eros Grau,

diversos servidores da União em razão da perda do poder aquisitivo causada pelos sucessivos planos econômicos editados no final da década de 1980.

O TCU, ao analisar os atos de aposentadoria dos servidores beneficiados com tal vantagem, tem julgado ilegal tal parcela, justificando reiteradamente a superveniente alteração dos pressupostos fáticos e jurídicos que deram suporte às decisões judiciais. Explicando, o Tribunal entende que as posteriores melhorias salariais incorporaram a URP, não fazendo mais sentido a manutenção de tal rubrica.

Abre-se parênteses para afirmar que a decisão do órgão de controle não viola a coisa julgada material³², pois esse instituto (coisa julgada) decorre da cláusula **rebus sic stantibus**, que não foi observada ante a alteração dos planos de carreira dos servidores.

Como houve negativa de registro das aposentadorias que continham a URP, muitos inativos ingressaram com mandado de segurança no STF. Em alguns casos, liminares foram concedidas, permitindo, assim, que se continuassem os pagamentos da referida parcela.

Ao examinar o mérito desses processos, o STF construiu o entendimento de que, na época da concessão das liminares, a orientação jurisprudencial da suprema corte respaldava a irresignação dos impetrantes, “*causando neles a justa expectativa de manutenção no pagamento das parcelas discutidas pela existência de entendimento firmado no sentido da irregular atuação do Tribunal de Contas da União em face do instituto da coisa julgada, sentimento reforçado pelo deferimento da liminar*”³³. Por essa razão, vem-se decidindo, no caso da URP, pela impossibilidade de se impor o ressarcimento dos valores indevidos³⁴.

Interessante observar que, no caso dos servidores públicos civis da União, a Lei 8.112/1990 prevê que as reposições/indenizações ao erário devem ocorrer mesmo na hipótese de recebimento de valores em decorrência de cumprimento a decisões liminares, a tutelas antecipadas ou a sentenças que venham a ser reformadas ou rescindidas (art. 46, § 3º). O STF, por sinal, já afirmou recentemente que tal norma não

Red. Edson Fachin, julgado em 26/11/2015; dentre muitos outros.

³² Vide, nesse sentido, MS 27965 AgR/DF (Rel. Edson Fachin, julgamento em 15/3/2016) e MS 25.430/DF (Rel. Eros Grau, Red. Edson Fachin, julgado em 26/11/2015). A ementa do MS 27965 contém passagem bastante elucidativa: “3. A eficácia temporal da sentença, cuidando-se de relação jurídica de trato continuado, circunscreve-se aos pressupostos fáticos e jurídicos que lhe serviram de fundamento, não se verificando ofensa ao princípio da coisa julgada quando o TCU verifica mudanças no conjunto fático que deu suporte à decisão”.

³³ Trecho de voto da Min. Cármen Lúcia proferido no MS 25.430/DF.

³⁴ MS 27965 AgR/DF, Rel. Edson Fachin, julgamento em 15/3/2016; MS 25.430/DF, Rel. Eros Grau, Red. Edson Fachin, julgado em 26/11/2015; dentre muitos outros.

foi declarada inconstitucional, devendo ser restituídos à administração os valores pagos por força da liminar revogada³⁵.

Por fim, na hipótese de se entender devida a devolução de recursos, deve-se atentar para os descontos obrigatórios que incidiram nas parcelas reputadas ilegais, sob pena de enriquecimento ilícito da União. Dito de outro modo, o provento do inativo incorporava inicialmente a rubrica que mais tarde foi considerada indevida. Sobre ela, incidia a contribuição previdenciária e o imposto de renda. Assim, não se mostra lícita a devolução integral da parcela “bruta”.

2.4 APLICAÇÃO DO PRAZO DECADENCIAL DA LEI 9784/1999

O instituto da decadência tem origem no direito romano e desde aquela época referia-se aos efeitos do transcurso do tempo sobre os direitos dos cidadãos. Nelson Rosenvald³⁶, citando Ricardo D. Rabinovich-Berkman, menciona que na Roma Antiga os pretores limitavam direitos subjetivos utilizando, para isso, alguns prazos pré-escritos.

A decadência está em íntima sintonia com o princípio da segurança jurídica. Pode tanto contribuir para a criação de um direito, consolidando situações jurídicas duradouras, de que são exemplos a aquisição da propriedade por usucapião e a proteção do possuidor ilegítimo que ocupa o bem por mais de ano e dia (posse velha), quanto para extinguir direitos, como o direito da Administração Pública de anular atos de que decorram efeitos favoráveis aos administrados.

Para que ocorra a decadência, faz-se necessário que o titular do direito não o exercite por um prazo pré-determinado, curso temporal que pode variar dependendo do direito em questão. No caso do mandado de segurança, por exemplo, a decadência ocorre em cento e vinte dias da ciência do ato que viola direito líquido e certo. Para anular a constituição das pessoas jurídicas de direito privado, por defeito do ato respectivo, o interessado deve agir no prazo de três anos, sob pena de decadência (art. 45, parágrafo único, do Código Civil).

Muito se discute se haveria um prazo para o Tribunal de Contas analisar a manifestação de vontade do órgão que concedeu o benefício. O debate ganha contornos

³⁵ MS 27811 AgR / DF, Rel. Teori Zavascki, julgamento em 7/10/2016.

³⁶ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito Civil – Teoria Geral**. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

interessantes, sobretudo porque, não raro, a análise demora dez, quinze anos. Nesses casos, muito se questiona se a ausência de um prazo razoável para o exame poderia violar uma série de princípios constitucionais, como o do devido processo legal, o da razoável duração do processo e o da segurança jurídica.

Em paralelo, a Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo na Administração Pública Federal, estabelece que o direito de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, incluindo aqui os servidores públicos, decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé (art. 54).

Apesar da importância dos mencionados princípios constitucionais e da plena vigência da Lei 9.784/1999, o STF tem reiteradas decisões nas quais se utiliza do conceito de ato complexo para concluir pela inexistência de um prazo limite para o Tribunal de Contas impugnar a aposentadoria. E a cúpula do Poder Judiciário desenvolve o seguinte raciocínio: se o ato complexo depende, para existir, da manifestação de dois órgãos, só após o registro pelo Tribunal de Contas é que haverá o aperfeiçoamento da aposentadoria. Assim, a aplicação do prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei 9.784/99 somente se opera a partir da publicação do acórdão proferido pelo órgão de controle³⁷.

Apenas para complementar, transcreve-se trecho de voto proferido pelo Ministro Eros Grau no MS 24.997/DF (julgamento em 2/2/2005):

5. No que diz respeito à decadência administrativa alegada pelo impetrante, a jurisprudência desta Corte tem entendido que o ato de aposentadoria configura ato administrativo complexo [RE 195.861, Relator o Ministro MARCO AURÉLIO, DJ 17.10.97; MS 19.875, Relator o Ministro ANTONIO NEDER, DJ 05.11.71; MS 19.873, Relator o Ministro AMARAL SANTOS, DJ 05.11.71; MS 19.861, Relator o Ministro THOMPSON FLORES, DJ 16.06.71 e MS 8.886, Relator o Ministro CANDIDO MOTTA, DJ 09.04.64.], aperfeiçoando-se somente com o registro perante o Tribunal de Contas. Submetido, pois, a condição resolutiva, não se operam os efeitos da decadência antes da integração da vontade final da Administração.

Na tentativa de afastar a incidência da Lei 9.784/1999, os inativos

³⁷ MS 26.132 AgR/DF, Rel. Dias Toffoli, julgamento em 18/11/2016. No mesmo sentido: MS 26.004 AgR/DF, Rel. Dias Toffoli, julgamento em 18/10/2016; MS 33561 AgR/DF, Rel. Luiz Fux, julgamento em 14/10/2016; MS 27811 AgR/DF, Rel. Teori Zavascki, julgamento em 7/10/2016; MS 33482 AgR/DF, Rel. Luiz Fux, julgamento em 16/8/2016; MS 27722 AgR/DF, Rel. Teori Zavascki, julgamento em 7/6/2016; MS 31704/DF, Rel. Edson Fachin, julgamento em 19/4/2016; MS 25551/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 29/3/2016; MS 27965 AgR/DF, Rel. Edson Fachin, julgamento em 15/3/2016; MS 31472/DF, Rel. Teori Zavascki, julgamento em 27/10/2015; dentre muitos outros.

normalmente argumentam que o Tribunal de Contas da União possui uma lei orgânica própria (Lei 8443/1992), norma especial em relação à Lei 9784/1999³⁸. O STF rebate afirmando que o art. 69 dessa última norma dispõe que os processos administrativos específicos, como é o caso daquele em trâmite no órgão de controle, continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhe subsidiariamente os preceitos da Lei 9784/1999.

Interessante notar que o STF sempre rejeitou a tese da existência de um prazo decadencial para a impugnação da aposentadoria pelo Tribunal de Contas. A despeito disso, ao enfrentar um caso em que o TCU determinou à Infraero a adoção de providências com vistas a regularizar admissões realizadas sem concurso público, a Suprema Corte acolheu a alegação de violação da segurança jurídica, tendo em vista o transcurso de mais de dez anos das contratações, bem como o fato de as contratações terem se realizado em conformidade com a legislação vigente à época³⁹. Assim, nesse julgado, entendeu-se que o TCU não mais poderia revisar o ato.

Ainda que o julgado acima faça menção à admissão de pessoal, esse mesmo raciocínio poderia ser utilizado nas aposentadorias, reformas e pensões. Mencionou-se tal precedente apenas para mostrar que, a despeito da posição majoritária da Suprema Corte, ela não é unânime.

³⁸ MS 25641/DF, Rel. Min Eros Grau, julgamento em 22/11/2007.

³⁹ MS 22357/DF, Rel. Gilmar Mendes, julgamento em 27/5/2004.

3. AS APOSENTADORIAS SÃO ATOS COMPLEXOS?

Neste capítulo pretende-se questionar o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da natureza da decisão que concede a aposentadoria a servidores públicos (ato complexo). Para se chegar ao epicentro deste trabalho, fez-se necessário apresentar as definições de ato simples, complexo e composto, mostrar o que vem a ser o registro e expor algumas consequências da posição do STF, como a inaplicabilidade de prazo decadencial para o registro, a não incidência do princípio da irredutibilidade de proventos e a impossibilidade de alteração unilateral, por parte da Administração, do ato já apreciado pelo Tribunal de Contas.

Dando continuidade ao presente estudo, como ponto de partida às críticas que serão feitas neste capítulo, serão expostas as reviravoltas em torno da necessidade, ou não, da observância do contraditório e da ampla defesa na análise a ser feita pelo Tribunal de Contas. Como será visto adiante, o STF, ao longo dos anos, evoluiu seu entendimento e passou a incorporar algumas variáveis casuísticas, dando ensejo a diversas críticas por parte da doutrina administrativista.

3.1 DISPENSA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

De forma inovadora, a Constituição de 1988 assegurou a observância do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, nos processos administrativos (art. 5º, inciso LV). Como anota Didier Jr.⁴⁰, tal princípio decorre do caráter democrático do processo, devendo-se permitir ao litigante tanto a garantia de participação como a possibilidade de influência na decisão.

O STF, atento à novidade constitucional, em um primeiro momento exigia a observância de tal princípio de forma indiscriminada nos processos administrativos, incluindo naqueles que tramitavam perante os Tribunais de Contas e que tinham por objeto o registro de aposentadoria⁴¹. Aventou-se a possibilidade de o contraditório ser feito apenas em relação a matéria fática⁴², o que foi logo superado. Nesse sentido,

⁴⁰ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 14ª Ed. rev. Ampl. E atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012. P. 56--60.

⁴¹ MS 24268 / MG, Rel. Ellen Gracie, julgamento em 5/2/2004.

⁴² RE 158543/RS, Rel. Marco Aurélio, julgamento em 30/8/1994. Vide voto do Min. Carlos Velloso: “[...] Nos casos em que tenho apreciado, em que o tema é ventilado, procuro verificar se o ato praticado é puramente jurídico ou se envolve questões de fato, em que se exige o fazimento de prova. Porque, se o ato é puramente jurídico, envolvendo, simplesmente, a aplicação de normas objetivas, mesmo não tendo

transcreve-se ementa do MS 24268/MG (Rel. Ellen Gracie):

3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica.

Posteriormente, ganhou força no STF a tese de que, por se tratar de ato complexo, haveria uma relação endo-administrativa entre o Tribunal de Contas e o órgão de gestão, não sendo necessária a observância do contraditório e da ampla defesa em relação ao servidor cujo ato de aposentadoria está sendo examinado⁴³. Afinal, se o ato só se torna perfeito e acabado após o registro pelo órgão de controle, antes disso não se faz necessário ouvir o interessado.

Situação distinta ocorre quando já houve o registro da aposentadoria pelo Tribunal de Contas. Neste caso, eventual revisão ou cancelamento só pode ocorrer se esses importantes princípios constitucionais forem observados. Como o ato já se aperfeiçoou, passando a irradiar seus efeitos plenos na esfera jurídica do inativo, a relação processual a ser travada pelo órgão de controle não é mais com o órgão que concedeu o benefício previdenciário, mas, sim, com o próprio ex-servidor⁴⁴.

Cabe ressaltar que o STF já anulou decisão do Tribunal de Contas da União que havia determinado ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a suspensão das pensões de filhas solteiras maiores de 21 anos que ocupassem cargo público efetivo. A justificativa do Pretório Excelso foi a ausência do contraditório e da ampla defesa por parte do TCU em processo que não examinava a concessão inicial do benefício⁴⁵.

sido assegurado o direito de defesa na área administrativa, pode a questão ser examinada, em toda a sua extensão, no Judiciário, na medida judicial contra o ato apresentada. Neste caso, portanto, não há se falar em prejuízo para o administrado, ou não resulta, do fato de não lhe ter sido assegurada a defesa, na área administrativa, qualquer prejuízo, dado que a questão, repito, pode ser examinada e discutida, em toda sua extensão, judicialmente”.

⁴³ MS 25440/DF, Rel. Carlos Velloso, julgamento em 15/12/2005; MS 26.085/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 7/4/2008; MS 24784/DF, Rel. Carlos Velloso, julgamento em 19/5/2004; MS 24728/DF, Rel. Gilmar Mendes, julgamento em 9/9/2005; MS 24754/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 18/2/2005; RE 163301/AM, Rel. Sepúlveda Pertence, julgamento em 28/11/1997.

⁴⁴ MS 24.742/DF, Rel. Marco Aurélio, julgamento em 8/9/2004.

⁴⁵ MS 27031 AgR-ED/DF, Rel. Luiz Fux, julgamento em 2/2/2016. No mesmo sentido: MS 31141 AgR/DF, Rel. Luiz Fux, julgamento em 29/9/2015.

Por sinal, a matéria foi objeto de uma súmula vinculante do STF (de nº 3), que tem a seguinte redação:

Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

Com todo respeito ao Supremo Tribunal Federal, não se pode conceber a supressão de parcelas remuneratórias ou de tempo de serviço sem que, antes, o próprio servidor venha a se manifestar, oportunidade em que poderá apresentar documentos que repute pertinentes a sua defesa. Primeiro porque o conceito de ato complexo não se adequa ao caso concreto, assunto que será visto na seção subsequente, pois, desde a manifestação de vontade do órgão gestor, há a produção dos efeitos típicos da aposentadoria, dentre os quais o afastamento do serviço e a percepção de proventos.

Em segundo lugar, a norma constitucional que assegurou a observância do contraditório e da ampla defesa nos processos administrativos tem eficácia plena, ou seja, não pode ser restringida por leis, tampouco por interpretações jurisprudenciais. Neste ponto, é de bom alvitre realçar que, se fosse a intenção de o poder constituinte originário restringir o âmbito de incidência da norma, haveria uma ressalva ao final do referido inciso, a exemplo da expressão “nos termos de lei”. No entanto, a reserva inexistente.

Poder-se-ia argumentar que a padronização do contraditório e da ampla defesa poderia gerar dificuldades operacionais aos Tribunais de Contas, dada a baixa quantidade de auditores, analistas e/ou técnicos para examinar os atos de milhares de aposentados. Todavia, por se tratar de argumento extrajurídico, eventuais dificuldades na implantação dessa sistemática não tem o condão de afastar tais princípios constitucionais⁴⁶.

Ademais, na maioria dos casos, não se faz necessário o chamamento aos autos dos interessados, pois não há qualquer perspectiva de ilegalidade das parcelas que compõem a aposentadoria. Somente quando houver indícios de alguma inconsistência é que tal garantia deve ser facultada aos inativos.

Por outro lado, a observância do contraditório e da ampla defesa não

⁴⁶ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª edição revista e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 927.

inviabiliza o atingimento das finalidades institucionais do Tribunal de Contas. Mesmo na processualística atualmente em vigor, que em regra não concede a oportunidade de defesa aos afastamentos potencialmente ilegais, os interessados/prejudicados podem ingressar com todos os recursos previstos nas Leis Orgânicas dos Tribunais de Contas, em especial com embargos de declaração e com pedidos de reexame (recurso este que tem a natureza semelhante à apelação no processo civil). Ora, se os órgãos de controle já examinam recursos, a análise da defesa inicial criaria apenas mais uma etapa processual. Antecipando o exame, eventualmente alguns indícios de irregularidade poderiam até deixar de existir, eliminando, com isso, parte dos recursos interpostos pelos servidores inativos.

Ocorre que a jurisprudência do STF, que até então cancelava a ausência do contraditório e da ampla defesa no registro inicial das aposentadorias, foi mitigada a partir do ano de 2010. Em julgamento emblemático⁴⁷, que mais tarde veio a ser incorporado pela jurisprudência da suprema corte⁴⁸, decidiu-se pela imprescindibilidade da prévia oportunidade de defesa nos casos em que ultrapassado o prazo de cinco anos de ingresso do processo no TCU.

A mudança parcial no entendimento dos ministros do STF tem uma justificativa. Por vezes, após o envio das aposentadorias pelos órgãos públicos, a instituição de controle demora excessivamente para apreciá-los. Em alguns casos, esse prazo pode superar uma década, consolidando, assim, a expectativa do inativo quanto à definitividade do recebimento de verba alimentar (provento de aposentadoria).

A linha adotada pelo Supremo dá primazia, sem dúvidas, a alguns pilares consagrados na Constituição. O principal deles – e por isso mais imediato – é o princípio da segurança jurídica. Sabe-se que as manifestações da Administração Pública não possuem a força de uma sentença judicial, isto é, não são protegidas pela coisa julgada. Todavia, o decurso de um tempo razoável após o afastamento do servidor gera uma legítima expectativa de que o seu provento é legal e, nesse sentido, o STF entendeu ser legítima a interveniência do agente público no processo perante a Corte de Contas, em especial quando o ato já se encontra há bastante tempo na base de dados do órgão de controle.

⁴⁷ MS 25116, Rel. Ayres Britto, julgamento em 8/9/2010.

⁴⁸ MS 32336 AgR/DF, Rel. Rosa Weber, julgamento em 23/6/2017; MS 31704/DF, Rel. Edson Fachin, julgamento em 19/4/2016; MS 31472/DF, Rel. Teori Zavascki, julgamento em 27/10/2015; MS 27082 AgR/DF, Rel. Luiz Fux, julgamento em 18/8/2015; Rcl 15405/RS, Rel. Dias Toffoli, julgamento em 3/2/2015.

Outro fator a ser considerado é o princípio da lealdade. Afinal, se o ato permaneceu no Tribunal de Contas por um longo período sem qualquer andamento processual, soa contraditória a adoção de medidas tendentes a negar o registro da aposentadoria, sem que sequer seja dada ao interessado a oportunidade de apresentar defesa.

Com todo respeito à Suprema Corte brasileira, acredita-se que essa importante inovação jurisprudencial, embora seja muito bem-vinda, trouxe incoerências ao sistema jurídico pátrio. Como visto, até então o contraditório e a ampla defesa vinham sendo negados indiscriminadamente no âmbito do Tribunal de Contas, sob o fundamento de que a aposentadoria corresponderia a um ato complexo. Isso porque, de acordo com essa corrente, o registro dos afastamentos corresponderia a uma atividade de auditoria, figurando no processo apenas os órgãos de fiscalização e de gestão⁴⁹.

Partindo-se da premissa de que a aposentadoria, de fato, se trata de ato complexo – entendimento com o qual não se concorda – o raciocínio exposto no parágrafo anterior é válido independentemente do tempo de tramitação do processo no Tribunal de Contas. Não é porque o órgão de controle levou um ou dez anos para examinar a legalidade dos proventos que a relação jurídica deixará de ser entre dois órgãos públicos.

Evidente que, no julgamento do **leading case** (MS 25.116, Rel. Ayres Britto), a solução encontrada pelos ministros do STF foi paliativa e não resolveu a contento o problema. Apesar de ser válida e desejável a iniciativa do STF de espriar as normas constitucionais sobre o ordenamento jurídico, buscando-se obter a máxima efetividade da Constituição, acredita-se que os princípios invocados estão muito mais afinados com a definitividade de um direito material (a percepção definitiva dos proventos, tal como concedidos pelo órgão gestor) do que com o exercício de um direito processual (contraditório e ampla defesa).

Interessante como se chegou ao prazo de cinco anos a partir do qual seria obrigatória a observância da ampla defesa e do contraditório. O Relator do Mandado de Segurança 25.116/DF ponderou que a manifestação do Tribunal de Contas deveria observar a razoável duração do processo, ou seja, ocorrer em um lapso temporal minimamente adequado, não sendo permitidas indefinições jurídicas infinitas.

Na busca do *“tempo médio que resuma em si, objetivamente, o desejado critério da razoabilidade”*, foram mencionados diversos dispositivos constitucionais e

⁴⁹ MS 21.449/SP, Rel. Octavio Gallotti, julgamento em 27/9/1995.

infraconstitucionais ligados à prescrição e à decadência do direito, como é o caso da prescrição da ação quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho (art. 7º, XXIX, da Constituição), da prescrição da ação popular (art. 21 da Lei 4.717/1965), da decadência do direito de a Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários (art. 54 da Lei 9.784/1999) e da decadência do direito de a Fazenda Pública constituir e cobrar judicialmente os créditos fiscais (arts. 173 e 174 do Código Tributário Nacional). Em todos esses casos, o tempo previsto pelo legislador foi de cinco anos.

Também restou consignado que esse mesmo prazo está relacionado à aquisição de alguns direitos, como aquele que envolve a propriedade decorrente da usucapião extraordinária (arts. 183 e 191 da Constituição) e que diz respeito à estabilidade no serviço público por parte daqueles que ingressaram antes da Constituição de 1988 (art. 19 do ADCT). Neste ponto, convém ressaltar mais uma vez que a prescrição pode tanto contribuir para a criação de um direito, de que são exemplos a aquisição da propriedade por usucapião e a proteção do possuidor ilegítimo que ocupa o bem por mais de ano e dia (posse velha), quanto para extinguir pretensões jurídicas⁵⁰.

Inicialmente, os ministros do STF entenderam que o prazo de cinco anos, dentro do qual seria dispensado o contraditório e a ampla defesa, teria seu termo inicial na aposentadoria do servidor, ou seja, na manifestação de vontade inicial do órgão público. No entanto, no julgamento dos embargos opostos em face do MS 25.116/DF, essa posição sofreu alteração, consolidando-se o entendimento de que o decurso quinquenal teria início na data de recebimento, pelo Tribunal de Contas, do ato concessivo da aposentadoria. Segue trecho da ementa do julgado:

2. O termo inicial do prazo de cinco anos, após o qual será obrigatória a instauração de procedimento com ampla defesa e contraditório do ex-servidor junto ao Tribunal de Contas da União, para efeito de registro de aposentadoria, é a data de recebimento, pelo TCU, do ato concessivo de aposentadoria. Embargos de declaração da União acolhidos, portanto, para substituição da expressão “a contar da aposentadoria”, constante dos itens 3 e 5 da ementa, por “a contar do recebimento, pelo Tribunal de Contas da União, do ato concessivo de aposentadoria”, em razão de contradição com o conteúdo decisório do acórdão embargado. 3. Embargos de declaração do impetrante rejeitados. Embargos de declaração da União acolhidos, em parte, sem efeitos infringentes.

De posse dessas informações, sob o ponto de vista prático, percebe-se que

⁵⁰ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito Civil – Teoria Geral**. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. P. 791-792.

a obrigatoriedade de contraditório e de ampla defesa após o decurso de 5 anos foi a solução encontrada pelos ministros do STF para, de um lado, estimular a razoável duração do processo, e, de outro, não limitar excessivamente o período de atuação do Tribunal de Contas.

Apesar disso, tecnicamente não foi uma solução adequada, seja porque se mostrou incompatível com o conceito de ato complexo, seja porque a Suprema Corte buscou inspiração em normas que regulam a perda da pretensão ou do próprio direito em razão de condutas omissivas por parte de quem é titular do direito. Seguindo esse raciocínio, a analogia mais correta seria aquela em que, passados cinco anos, o Tribunal de Contas não mais poderia determinar a modificação dos proventos concedidos.

3.2 AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DOS ATOS COMPLEXOS

No primeiro capítulo deste estudo, foi exposto, em linhas gerais, o conceito de ato complexo. Pretende-se, agora, examinar seus principais pressupostos⁵¹, verificando se, de fato, estão presentes nas aposentadorias. Para que seja considerado complexo, é necessário o preenchimento de todos os requisitos. Faltando um, qualquer que seja, o ato não poderá ter tal classificação.

O primeiro seria a pluralidade de órgãos, pressuposto presente no caso da aposentadoria. Afinal, como já ressaltado em outras passagens, há participação ativa de duas instituições, a que concede o benefício e a que registra o afastamento.

O segundo corresponde à unidade de objetivos. Isso quer dizer que a atuação dos órgãos deve se pautar por uma finalidade única e comum. Não é o que acontece na aposentadoria. Por se tratar de ato de controle, a atuação do Tribunal de Contas tem um propósito diferente e não se limita a um simples registro a ser realizado no livro destinado a tal finalidade. Costuma-se dizer que o órgão de controle aprecia a legalidade do ato⁵², examinando se o servidor preencheu os requisitos necessários para a obtenção do benefício, se as parcelas do provento estão amparadas em lei ou em decisão judicial – e neste caso se não foram absorvidas pelas melhorias salariais posteriores –, se a fundamentação legal da aposentadoria está adequada, dentre muitas outras coisas.

⁵¹ LEITE, Sandro Grangeiro. **Análise da compatibilidade entre o conceito de ato administrativo complexo e os contornos jurídicos dados pelo STF ao registro do ato de concessão de aposentadoria, reforma e pensão**. 2009. 192 f. Monografia. Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2009.

⁵² CUSTÓDIO, Antônio Joaquim Ferreira. **Registro de aposentadorias e pensões, o devido processo legal e a Súmula Vinculante n° 3**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1947, 30/10/2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11904>>. Acesso em: 8/9/2017.

Mas esse exame não se limita à análise da legalidade. Também é preciso checar se as disposições constitucionais estão sendo obedecidas. É o caso, por exemplo, das aposentadorias concedidas em condições diferenciadas, que só podem ocorrer em situações específicas (servidores portadores de deficiência, ou que exercem atividades de risco ou que prejudiquem a saúde ou a integridade física). Por essa razão, entende-se mais correta a definição de que o órgão de controle examina a adequação do ato frente ao ordenamento jurídico.

Percebe-se, à luz dessas informações, que a finalidade da atuação do Tribunal de Contas difere significativamente daquela conferida ao órgão gestor. Este visa conceder a aposentadoria ao servidor que completou os requisitos, afastando-o das atividades e alterando a natureza jurídica de sua remuneração, que deixa de ser uma contraprestação pelos serviços prestados e passa a ser provento, resultado das contribuições previdenciárias pagas ao longo da jornada laborativa.

Neste ponto específico, Manuel Ribeiro, citado por Teixeira⁵³, conclui que as finalidades dos órgãos que participam do processo de aposentadoria são distintas. Segue trecho em que o assunto é abordado:

Também Manuel Ribeiro defende que o registro não integra o ato de aposentadoria, formando com ele um ato complexo. Os fins são diferentes. Enquanto o ato da Administração procura uma finalidade administrativa (a inatividade remunerada a quem preencheu os requisitos legais), o ato de controle do Tribunal de Contas tem por objetivo certificar se nenhuma norma jurídica foi violada.

O conteúdo das manifestações de vontade também é distinto. A portaria do órgão de lotação reconhece um direito - provisório, por sinal. O registro confere uma qualificação à aposentadoria, de que esta se encontra em conformidade com o ordenamento jurídico. O Tribunal de Contas não é instituição que concede benefícios a servidores públicos, mas apenas uma instância de revisão, salvo na hipótese em que se discute direito de agentes que integram os quadros da Corte administrativa.

Há também outras inconsistências em se considerar o ato como complexo. Admitindo-se por hipótese tal classificação, em razão de o ato só se tornar perfeito após o registro pelo órgão de controle, antes disso a manifestação de vontade da Administração não pode ser impugnada.

⁵³ TEIXEIRA, Flávio Germano de Sena. **O controle das aposentadorias pelos Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 200.

Ocorre que, na prática, não é isso que se observa. Com a publicação da aposentadoria, caso algum interessado, incluindo o próprio agente, se sinta prejudicado, é perfeitamente possível questionar, perante o Poder Judiciário, os termos em que foi autorizado o afastamento. Afinal, não se pode excluir da apreciação do Judiciário eventuais lesões ou ameaças a direitos (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição).

Assim, antes mesmo do registro, já é possível questionar a supressão, nos proventos, de parcelas percebidas pelos servidores quando estavam em atividade. Não há necessidade de esperar o exame pelo Tribunal de Contas, até porque o registro não tem função aditiva, ou seja, não pode acrescentar rubricas não concedidas pela Administração.

Em paralelo, a publicação da portaria que concede a aposentadoria produz efeitos desde que é emitida, não sendo necessário aguardar o pronunciamento do órgão de controle. Os efeitos, neste caso, são típicos, isto é, permite o afastamento do servidor de suas atividades, a declaração de vacância do cargo antes ocupado, o preenchimento dele via concurso público, a inclusão do agente no rol de servidores inativos, a alteração do fundamento legal para o gasto com esse profissional, dentre outros.

Percebe-se, portanto, que a aposentadoria é eficaz desde o momento em que o ato foi emitido pelo órgão de lotação. Se fosse complexo, os efeitos só teriam início com o registro do Tribunal de Contas. Por isso, tem-se dito que a manifestação do órgão de controle não integra a aposentadoria, até porque antes do registro já produz seus efeitos típicos. Teixeira⁵⁴ compartilha o mesmo raciocínio, como pode ser visto no seguinte excerto:

Como se observa, sólida a crença quanto à eficácia do ato de aposentamento, desde a sua edição. Ora, se complexo fosse, assim não ocorreria [...]. A eficácia do ato administrativo só se explica quando todos os elementos da fatespécie já se realizaram, isto é, quando esta já se apresenta completa. Ora, se a manifestação do Tribunal de Contas, com o registro, integrasse o ato de aposentadoria, este, de nenhuma maneira, poderia produzir seus efeitos típicos até receber aquele. E isso não ocorre. O ato complexo, salienta Lafayette Ponde, é um ato único, indiviso. É uma função de atos específicos, nenhum dos quais produz efeito isolado, se não se completam na figura mesma de um único. Pelo visto, o ato de aposentadoria e o registro são atos distintos, com diferentes efeitos jurídicos e que não integram um ato complexo.

Por certo, até a análise do órgão de controle, os efeitos da aposentadoria

⁵⁴ TEIXEIRA, Flávio Germano de Sena. **O controle das aposentadorias pelos Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 198-199.

são provisórios. Afinal, sendo encontrada alguma ilegalidade no ato, haverá glosa das parcelas irregulares. Independentemente da natureza provisória, há uma incompatibilidade entre a geração de efeitos típicos e a natureza de ato complexo. A despeito disso, o STF vem reafirmando inexistir qualquer inconsistência a esse respeito⁵⁵.

3.3 APOSENTADORIA COMO ATO SUJEITO A CONDIÇÃO RESOLUTIVA

Na seção anterior, defendeu-se que a aposentadoria não pode ser classificada como ato complexo. Questiona-se, então, se poderia ser considerado ato composto, entendido como o resultado de uma única vontade da Administração, mas que depende da verificação por parte de outro órgão (Tribunal de Contas) para se tornar exigível⁵⁶.

Entende-se que não, basicamente pelos mesmos motivos que conduziram à rejeição da natureza complexa da aposentadoria.

No ato composto, os dois atos emitidos (o principal e o acessório) possuem uma identidade de fins. Assim, por exemplo, para ocupar o cargo de presidente do Banco Central, antes da nomeação pelo Presidente da República, o Senado Federal deve avaliar o candidato, verificando se ele possui capacidade e conhecimento para a condução das políticas monetária, cambial, de crédito e de relações financeiras com o exterior, bem como para a regulação e a supervisão do Sistema Financeiro Nacional. Trata-se, como se percebe, de objetivos comuns tanto da Casa que integra o Poder Legislativo como da autoridade que o nomeará.

Esse fim comum não está presente no caso da aposentadoria. Como ressaltado na seção anterior, ao aposentar um servidor, a Administração visa, dentre outras coisas, conceder o benefício previdenciário a quem preencheu os requisitos previstos na legislação de regência; o Tribunal de Contas, por sua vez, examina a adequação do ato frente ao ordenamento jurídico, atuando como um fiscal.

No ato composto, só haverá produção de efeitos quando reputarem-se perfeitos os atos, isto é, quando os dois órgãos já tiverem se manifestado

⁵⁵ Vide, nesse sentido, fala do Min. Ayres Britto por ocasião do julgamento do MS 25.112/DF (Rel. Marco Aurélio, julgamento em 3/8/2005: “Senhor Presidente, de fato o ato de aposentadoria do servidor público efetivo produz efeitos desde logo, porém *sub conditionis*, uma vez que se trata de um ato jurídico complexo a depender, para o seu perfazimento, da decisão do Tribunal de Contas”.

⁵⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. P. 155.

favoravelmente. Essa característica também não está presente na aposentadoria, pois desde a publicação da portaria, o servidor já se afasta de suas atividades e passa a receber proventos. É o que se convencionou chamar de efeitos típicos.

Superada essa dicotomia (ato composto x ato complexo), resta desvendar o nexo entre a aposentadoria e a decisão que registra o afastamento do servidor.

De início, convém realçar que o registro corresponde a um ato autônomo de fiscalização que examina a aposentadoria sob o enfoque da aderência ao ordenamento jurídico. Seu principal objetivo é transformar a execução provisória do benefício em definitiva, consolidando-se todos os aspectos inerentes ao afastamento do servidor, como tempo de contribuição, parcelas constantes do provento, fundamentação legal da aposentadoria, dentre outras questões. Furtado⁵⁷ apresenta uma definição bastante semelhante, a saber:

A nosso ver, o ato pelo qual o Tribunal de Contas aprecia o ato de concessão é ato de controle (externo), que não integra nem completa o ato de concessão, mas que converte a executoriedade precária (porque condicionada) da concessão em executoriedade definitiva.

Como o exame do órgão de controle não integra (pressuposto do ato complexo), nem completa (pressuposto do ato composto) a concessão do benefício, cogita-se se a aposentadoria envolve dois atos simples, isolados e independentes: um, da Administração Pública, que concede o benefício; outro, do Tribunal de Contas, que registra a aposentadoria.

Acredita-se que não. A principal crítica que se faz a esse entendimento seria o fato de que o registro não corresponderia a um ato administrativo. Bielsa⁵⁸, por exemplo, em obra de 1950, chegou a afirmar que, quando o órgão de controle examina a legalidade, não há ato de vontade, mas sim de inteligência. Por inexistir vontade, não haveria propriamente um ato administrativo. A Corte de Contas, nesses casos, se limitaria a verificar a conformidade do ato com a lei, existindo puramente um processo racional, não volitivo.

Na mesma linha, analisando a definição de ato administrativo dada por

⁵⁷ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª edição revista e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 230.

⁵⁸ Bielsa, Rafael. **Estudios de derecho publico. v.1: Derecho administrativo**. Buenos Aires : Depalma, 1950.

Hely Lopes Meirelles⁵⁹, é possível afirmar que o registro não adquire, resguarda, transfere, modifica, extingue ou declara direitos, nem impõe obrigações à Administração Pública. Afinal, a aquisição e a declaração de direitos ocorreram antes do exame pelo órgão de controle. A obrigação de pagamento dos proventos já existe desde o momento em que a aposentadoria foi publicada.

Outra questão problemática seria conceber o registro como algo independente da análise prévia feita pelo órgão gestor. Ao contrário, o exame a ser feito pelo Tribunal de Contas está vinculado às informações contidas no ato de concessão da aposentadoria. Assim, o órgão de controle não pode acrescentar nada à substância do ato, ou seja, são proibidas a alteração do fundamento legal do benefício, a inclusão de tempo de serviço até então não computado, tampouco a autorização para pagamento de parcelas não previstas pela Administração.

Diante dessas críticas, rejeita-se também a posição doutrinária que defende se tratar de dois atos administrativos independentes.

A posição mais convincente quanto à natureza jurídica da aposentadoria seria aquela que a considera como sendo um ato sujeito a condição resolutiva. Trata-se de uma opção parece bastante atraente, a ponto de já ter sido inclusive defendida em julgamentos no STF⁶⁰.

Todavia, ela não está imune a críticas, sobretudo quando se analisa sob a ótica civilista. Nos termos do art. 121 do Código Civil, é considerada condição a cláusula que deriva exclusivamente da vontade das partes, subordinando o efeito do negócio jurídico a um evento futuro e incerto.

À luz dessa definição legal, duas observações devem ser feitas.

Em primeiro lugar, o exame da aposentadoria pelo Tribunal de Contas não decorre da vontade das partes (servidor e Administração), mas de uma norma jurídica. Afinal, o art. 71, inciso III, da Constituição determina que o órgão de controle analise o benefício previdenciário para fins de registro.

Em segundo lugar, a aposentadoria não constitui um negócio jurídico, entendido como a declaração de vontade destinada à produção de efeitos jurídicos

⁵⁹ “Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria” (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993).

⁶⁰ Vide, nesse sentido: MS 25.072, Rel. Marco Aurélio, julgamento em 7/2/2007.

correspondentes ao intento prático do declarante⁶¹. O poder público não tem liberdade de escolha em relação aos efeitos, que estão pré-determinados em lei.

Lembra-se, neste ponto, que o cálculo do benefício previdenciário encontra-se previsto na legislação de regência, não sendo lícito ao poder público alterá-lo a seu bel prazer. Por sinal, eventual tentativa nesse sentido pode conduzir à instauração de tomada de contas especial, a ser processada perante o Tribunal de Contas, para que o gestor público, em solidariedade com o beneficiário, ressarça os valores indevidamente pagos a maior. Adicionalmente, poderão ser aplicadas sanções em razão do descumprimento da lei previdenciária.

As observações aqui lançadas são inspiradas em conceitos oriundos do microsistema civilista. Qualquer tentativa de incorporá-las ao Direito Público deve ser feita com as cautelas necessárias, tomando-se o cuidado de promover as adaptações necessárias.

Nesse sentido, enquanto no Direito Privado prepondera o acordo de vontades (normas dispositivas), o ramo público contém maior carga de normas cogentes, diminuindo, com isso, a margem de liberdade da Administração Pública. Por essa razão, propõe-se a utilização de conceitos menos restritivos do que os empregados no art. 121 do Código Civil: entende-se que a condição pode subordinar o efeito do ato jurídico (em sentido amplo) a um evento futuro e incerto; do mesmo modo, a condição pode derivar da vontade do legislador ou do poder constituinte.

Promovidas as adaptações necessárias, resta agora levar este conceito aos casos práticos narrados no segundo e terceiro capítulos deste estudo, dando importância para os dois principais problemas enfrentados pelo STF, quais sejam, a eventual necessidade de observância do contraditório e da ampla defesa, bem como a possível incidência de prazo decadencial para que o Tribunal de Contas examine a aposentadoria.

Objetiva-se, aqui, não só expor as consequências de se considerar a aposentadoria como ato sujeito a condição resolutiva, mas também avaliar a compatibilidade dessa solução com os valores constitucionais vigentes. Antes de prosseguir, porém, cabe ressaltar que as análises aqui realizadas levam em consideração exclusivamente a opinião do autor do trabalho, dada a escassez de obras sobre o tema.

No início do segundo capítulo, foi visto que o STF utilizava o conceito de ato complexo para impedir a modificação unilateral, por parte da Administração, da

⁶¹ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. P. 269.

aposentadoria já apreciada pelo Tribunal de Contas. Chegou-se até a editar a Súmula STF nº 6, fixando que a revogação ou anulação da aposentadoria chancelada pelo órgão de controle não produz efeitos antes de novamente aprovada pelo Tribunal de Contas.

Ao se considerar a aposentadoria como ato sujeito a condição resolutiva, acredita-se que esse entendimento do STF manter-se-ia incólume, porém fundamentado em razões diversas. Os atos administrativos, por sua própria natureza, gozam de presunção de legalidade, aparência esta que é reforçada quando o Tribunal de Contas registra o benefício.

A partir desse momento, haveria uma crença na definitividade do afastamento e dos proventos, não sendo mais lícito, por parte da Administração, promover unilateralmente a alteração do ato. A produção dos efeitos modificativos ou extintivos só deve ocorrer após a anuência da Corte administrativa ou depois da intervenção do Poder Judiciário.

Neste ponto, uma observação importante: sendo imediatos os benefícios previdenciários, eventual revisão pelo órgão gestor deve ser feita dentro do prazo de cinco anos, contados da data da publicação da aposentadoria, salvo comprovada má-fé (art. 54 da Lei 9.784/1999). Não se exige que a modificação esteja concluída nesse período quinquenal, mas apenas que haja a adoção de quaisquer providências com vistas à correção do ato (art. 54, § 2º, da Lei 9.784/1999). Seria o caso, por exemplo, do envio do processo de retificação ao Tribunal de Contas.

A imposição de um prazo limite para eventual modificação do ato administrativo constitui medida que converge para os valores consagrados na Constituição de 1988. Afinal, deve-se consagrar, sempre que possível, a segurança jurídica, a proteção da confiança e a estabilidade do vínculo firmado entre o agente e o poder público.

Para afastar a corrente que prega a irredutibilidade de proventos, verificou-se, no segundo capítulo deste estudo, que o STF faz uso de duas linhas argumentativas: ou se dá primazia aos princípios da legalidade e da moralidade administrativa, em detrimento da norma que impede a redução nominal das verbas alimentares, ou se utiliza do conceito de ato complexo, afirmando que a aposentadoria não se aperfeiçoou até o registro pelo Tribunal de Contas, razão pela qual o benefício não chegou a fazer parte da órbita de disponibilidade do servidor. Incorporando a noção de ato sujeito à condição resolutiva, acredita-se que a primeira corrente se mantém intacta, razão pela qual não se cogita qualquer mudança jurisprudencial.

Em acréscimo, ao se considerar como ato sujeito a condição resolutive, o inativo passa a ter ciência de que seu benefício é provisório, podendo eventualmente ser objeto de impugnação por parte do Tribunal de Contas. Assim, não há razão para que, no futuro, ao contestar o exame do órgão de controle, utilize como fundamento de seu inconformismo o princípio que veda a redução dos proventos.

Quanto ao contraditório e à ampla defesa, observou-se que, antes do registro pelo Tribunal de Contas, a aplicação de tais princípios vem sendo negada pelo STF, sob o fundamento de que a aposentadoria corresponderia a um ato complexo. De acordo com essa corrente, o registro dos afastamentos corresponderia a uma atividade de auditoria, figurando no processo apenas os órgãos de fiscalização e de gestão. A única ressalva seria na hipótese de o ato permanecer na Corte Administrativa por mais de cinco anos sem decisão.

Ocorre que, ao considerar como ato sujeito a condição resolutive, a publicação da portaria de afastamento do servidor gera efeitos imediatos, de forma que os proventos ingressam na esfera de direitos do inativo. Eventual censura a ser feita pelo órgão de controle afeta o interesse do servidor, razão pela qual se faz necessário facultar ao interessado a possibilidade de participar e de influenciar a decisão⁶².

A título de exemplo, não se pode conceber a supressão de parcelas remuneratórias ou de tempo de serviço sem que, antes, o próprio aposentado venha a se manifestar. Eventualmente, documentos que estejam na posse do inativo podem esclarecer os indícios de irregularidades que até então incidiam sobre a aposentadoria examinada, razão pela qual se mostra imprescindível facultar ao interessado o exercício do contraditório e da ampla defesa, independentemente do tempo de tramitação do processo no órgão de controle.

Defende-se aqui que não seria necessário observar o contraditório e a ampla defesa em todos os processos de pessoal submetidos ao Tribunal de Contas. Tais princípios seriam imprescindíveis apenas naqueles casos em que os auditores identificarem indícios de irregularidades nos benefícios.

O STF, como visto, rejeita a necessidade de defesa prévia quando se está diante de atos de aposentadoria, reforma e pensão. A despeito disso, a mesma Corte tem posição diversa quando se está diante do tema licitações e contratos.

Nas auditorias promovidas pelo Tribunal de Contas em contratos de obras públicas, constatando a existência de sobrepreço ou de algum vício insanável na

⁶² DIDIER JR., *op cit.*, p. 57.

licitação, são frequentes as determinações do órgão de controle para que o fiscalizado adote providências corretivas, como a redução dos preços aos patamares praticados no mercado ou a anulação do contrato decorrente de certames viciados. Já houve caso em que a ordem foi emitida sem que se permitisse à contratada a possibilidade de defesa. Levada a questão ao Poder Judiciário, o STF anulou a decisão do órgão de controle, sob a justificativa de não ter sido ofertado previamente o contraditório e a ampla defesa⁶³. Depois desse julgado, o próprio TCU tem anulado suas decisões por ausência do contraditório nos processos de fiscalização de compras públicas⁶⁴.

No MS 23.550/DF, o STF entendeu que a ordem para anulação do contrato atinge o interesse da empresa contratada, razão pela qual se fazia necessária sua defesa prévia. Do mesmo modo ocorre em relação a eventual negativa de registro da aposentadoria. Por mais que a relação processual seja travada entre os órgãos de controle e de gestão – argumento do Pretório Excelso –, a decisão repercute na esfera de interesses do inativo, sendo necessária sua prévia manifestação.

Também não serve de justificativa, para afastar a necessidade do contraditório, o fato de o inativo perceber vantagens ilícitas. Afinal, em matéria de contratos administrativos, a empresa escolhida pela administração também auferiu receitas indevidas, seja porque recebeu valores superfaturados, seja porque foi contratada por meio de um certame nulo, seja por qualquer outro vício insanável.

Não se desconhece a existência da Súmula Vinculante do STF nº 3, que dispensa o contraditório e a ampla defesa nos casos de apreciação da legalidade do ato de concessão inicial da aposentadoria⁶⁵. Todavia, cabe ressaltar que esse entendimento foi construído considerando a natureza complexa da aposentadoria – pressuposto que, como visto, apresenta diversas inconsistências. Em acréscimo, nada impede que essa consolidação jurisprudencial seja revista pelos Ministros do STF, bastando, para tanto, que haja observância do procedimento estabelecido na Lei nº 11.417/2006 (rol de

⁶³ MS 23.550/DF, Rel. Marco Aurélio, Rel. para acórdão Sepúlveda Pertence, julgamento em 4/4/2001. Vide a seguinte passagem: “II. Tribunal de Contas: processo de representação fundado em invalidade de contrato administrativo: incidência das garantias do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, que impõem assegurar aos interessados, a começar do particular contratante, a ciência de sua instauração e as intervenções cabíveis. Decisão pelo TCU de um processo de representação, do que resultou injunção à autarquia para anular licitação e o contrato já celebrado e em começo de execução com a licitante vencedora, sem que a essa sequer se desse ciência de sua instauração: nulidade”.

⁶⁴ Acórdãos 2290/2014-Plenário, Rel. José Múcio Monteiro; 2663/2012-Plenário, Rel. Walton Alencar Rodrigues; 650/2011-Plenário, Rel. Walton Alencar Rodrigues; dentre outros.

⁶⁵ Teor da Súmula: nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

legitimados, quórum qualificado, dentre outras coisas).

Quanto à devolução de proventos, considerando a aposentadoria um ato sujeito a condição resolutiva, o servidor afastado sabe (ou deveria saber) que o benefício concedido a ele é provisório, persistindo nessa situação até o exame do Tribunal de Contas. Ou seja, com fundamento nessa situação precária, o mais correto seria o poder público exigir a devolução das parcelas de todo o período, desde a data da concessão da aposentadoria.

Entretanto, como visto no segundo capítulo, formou-se no TCU o entendimento de que a negativa de registro pelo órgão de controle não conduz obrigatoriamente à devolução dos valores recebidos de boa-fé, presumindo a existência desta até o conhecimento da decisão que julgou ilegal o benefício. O tema foi inclusive objeto da Súmula⁶⁶ TCU nº 106.

Admitindo-se a necessidade de defesa prévia antes da decisão do Tribunal de Contas, questiona-se se a partir da contestação haveria a supressão da boa-fé, isto é, se existiria novo termo inicial da devolução das parcelas recebidas indevidamente. Na linha do que já decidiu o STF⁶⁷ em precedentes que examinaram o fato de o inativo ter interposto recurso, considera-se que, ao apresentar defesa, ele assume o risco de, em caso de derrota, ter de devolver a parcela ilegal auferida desde a juntada da contestação.

Por último, passa-se a analisar a possível incidência de prazo decadencial para que o Tribunal de Contas examine o ato que culminou o afastamento do servidor.

Não parece razoável existir um prazo indefinido para que o Tribunal de Contas venha a analisar as aposentadorias, sobretudo diante dos valores consagrados na Constituição de 1988, dentre os quais a segurança jurídica, a proteção da confiança, a razoável duração do processo e, por que não, o devido processo legal. Assim, salvo na hipótese de má-fé, defende-se a incidência do período quinquenal para que o órgão de controle venha a anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, tal como previsto na Lei 9.784/1999.

Todavia, deve-se recordar que a decadência, instituto ligado intimamente

⁶⁶ 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.

⁶⁷ Vide, nesse sentido: MS 25.112 (Rel. Marco Aurélio, DJ 3.2.2006), MS 26.085 (Rel. Carmen Lúcia, DJe 12.6.2008), MS 29.247 (Rel. Marco Aurélio, DJe 22.2.2013) e Súmula 405 do Supremo Tribunal Federal.

aos direitos potestativos⁶⁸, pressupõe a inércia do titular de um direito em não o exercer por um período de tempo. Por essa razão, antes de o ato de aposentadoria ser enviado ao Tribunal de Contas, não há que se falar em inércia da instituição, razão pela qual não tem início o decurso de qualquer prazo decadencial.

O termo inicial deve ser, então, a data em que o ato foi enviado para exame do órgão de controle.

⁶⁸ ROSENVALD, *op cit.*, p. 747.

CONCLUSÃO

O Tribunal de Contas da União tem a atribuição constitucional de apreciar, para fins de registro, a legalidade das concessões de aposentadorias, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório (art. 71, inciso III). Semelhante tarefa é conferida às Cortes de Contas estaduais, em razão do princípio da simetria.

Amparado nessa premissa, após receber um pedido de aposentadoria, o órgão público analisa o pleito e, se entender assistir razão ao requerente, emite um ato e o publica no Diário Oficial, momento a partir do qual o servidor já se afasta do serviço público. O ato, então, é remetido ao órgão de controle interno e, posteriormente, é encaminhado ao Tribunal de Contas.

Na função de registro, o órgão de controle nada pode acrescentar à substância do ato. Sua atuação acontece na condição de fiscal, não na de instância que concede benefícios. Por isso, considera-se que a instituição não é o local adequado para se discutir eventual inclusão de parcelas não canceladas pelos respectivos órgãos de lotação.

Vê-se, portanto, que duas instituições participam da aposentadoria: a que concede o benefício e a que verifica a adequação do ato frente ao ordenamento jurídico. Ao analisar o tema, o STF tem afirmado, em reiteradas oportunidades, tratar-se de ato complexo.

Amparado nessa premissa, o Pretório Excelso extrai algumas consequências desse entendimento.

A primeira delas diz respeito à impossibilidade, pela Administração, de revisão unilateral do ato já apreciado pelo Tribunal de Contas. Afinal, se o ato depende da manifestação de vontade de duas instituições para se tornar perfeito e, com isso, produzir efeitos, eventual desconstituição da aposentadoria depende dessa dupla participação.

Esse mesmo raciocínio é utilizado para se negar a irredutibilidade de proventos e para se afastar a incidência, no exame da aposentadoria pelo Tribunal de Contas, da decadência quinquenal prevista na Lei 9.784/1999.

Em relação à necessidade de devolução do montante recebido ilegalmente e ao seu termo inicial, a análise da jurisprudência do STF mostrou-se extremamente

casuística. A rigor, deveria ocorrer o ressarcimento da fração ilícita paga desde a época em que foi publicada a aposentadoria. Afinal, os efeitos do afastamento são provisórios, não tendo se aperfeiçoado o ato. O Pretório Excelso já decidiu nesse sentido.

Entretanto, na maior parte dos casos, amparado pelo instituto da boa-fé, prepondera o entendimento de que não haveria necessidade de devolução dos proventos recebidos até a decisão inicial do Tribunal de Contas, salvo se comprovada má-fé do inativo. O TCU chegou inclusive a editar súmula (nº 106) com teor semelhante.

Em outros julgados, que envolvem a parcela denominada unidade de referência padrão (URP), o STF decidiu pela impossibilidade de se impor o ressarcimento de qualquer quantia.

Situação peculiar ocorre na análise acerca da necessidade do contraditório e da ampla defesa nos processos que conduzem à negativa do registro do benefício previdenciário. Inicialmente, o STF afirmava ser prescindível a observância dos mencionados princípios constitucionais, tendo em vista tratar-se de relação endoadministrativa. Posteriormente, consolidou-se a posição de que a defesa prévia seria necessária apenas quando o processo tramitasse por mais de cinco anos na Corte de Contas. Interessante que a fundamentação do STF se desenvolveu amparada em normas de prescrição e de decadência.

Com todo respeito aos julgados da Suprema Corte, tais soluções, em especial as que envolvem a incidência de prazo decadencial e a necessidade do contraditório e da ampla defesa, não observam princípios constitucionais basilares, como a segurança jurídica, a proteção da confiança, a razoável duração do processo e o devido processo legal.

Em paralelo, não é possível conceber a aposentadoria como um ato administrativo complexo. Faltam alguns dos requisitos essenciais para tanto. Não há unidade de objetivos na participação das instituições públicas, o conteúdo das manifestações de vontade é distinto e a produção de efeitos independe do registro pelo Tribunal de Contas.

Em razão desses mesmos motivos, entende-se que a aposentadoria não pode enquadrar-se no conceito de ato composto. Também não se cogita a existência de dois atos administrativos simples, isolados e independentes, seja porque o registro do Tribunal de Contas não constitui ato administrativo, seja porque não há independência. Deve-se lembrar que o órgão de controle encontra-se vinculado às informações contidas no ato, não podendo acrescentar nenhuma informação suprimida pela Administração.

Em razão de tudo isso, acredita-se que a posição mais convincente quanto à natureza jurídica da aposentadoria seria aquela que a considera como sendo um ato sujeito a condição resolutiva. Adotando-se tal entendimento, manter-se-ia intacta a jurisprudência atual do STF quanto à impossibilidade de alteração unilateral da aposentadoria pela Administração e à inaplicabilidade do princípio da irredutibilidade de subsídios.

A principal alteração ocorreria em relação à aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa e à incidência da decadência quinquenal prevista no art. 54 da Lei 9.784/1999.

Ao considerar como ato sujeito a condição resolutiva, a publicação da portaria de afastamento do servidor gera efeitos imediatos, de forma que os proventos ingressam na esfera de direitos do inativo. Eventual censura a ser feita pelo órgão de controle afeta o interesse do servidor, razão pela qual se faz necessário facultar ao interessado a possibilidade de participar e de influenciar a decisão.

Do mesmo modo, pelo fato de a decisão da Administração gerar efeitos imediatos e os proventos ingressarem na esfera de direitos do inativo, entende-se que o exame por parte do Tribunal de Contas deve ocorrer no prazo máximo de cinco anos, a contar da data em que o ato foi enviado à Corte de Contas.

Por último, em relação à controvérsia acerca da necessidade de devolução dos proventos recebidos ilicitamente, não se vislumbram motivos para a modificação dos julgados do STF, salvo quanto ao termo inicial para devolução dos recursos. Alguns precedentes do TCU e do STF consideram ser necessário o ressarcimento dos cofres públicos a contar da data da ciência da decisão do TCU que julgou ilegal uma parcela dos proventos. Como neste estudo se propõe a realização do contraditório prévio, este passaria a ser o termo inicial. Considera-se que, ao apresentar defesa, ele assume o risco de, em caso de derrota, ter de devolver a parcela ilegal auferida desde a juntada da contestação.

Referências bibliográficas

BIELSA, Rafael. **Estudios de derecho publico. v.1: Derecho administrativo.** Buenos Aires: Depalma, 1950.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo.** 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CUSTÓDIO, Antônio Joaquim Ferreira. **Registro de aposentadorias e pensões, o devido processo legal e a Súmula Vinculante nº 3.** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, nº 1947, de 30/10/2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11904>>. Acesso em: 8/9/2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 12. Ed. São Paulo: LTr, 2013.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** Vol. 1. 14ª Ed. rev. Ampl. E atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo.** 4ª edição revista e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil.** 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LEITE, Sandro Grangeiro. **Análise da compatibilidade entre o conceito de ato administrativo complexo e os contornos jurídicos dados pelo STF ao registro do ato de concessão de aposentadoria, reforma e pensão.** Monografia. Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília, 2009.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Ato administrativo complexo.** Disponível em:

<http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_publicacao_divulgacao/doc_gra_doutrina_civel/civel%2024.pdf>. Acesso em 20/3/2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro.** 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 14. ed. São Paulo, Malheiros, 2002.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocência Mártires, e BRANCO, Paulo Gustavo Branco. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil –**

Volume único. 8 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo.** 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ROSENVOLD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito Civil – Teoria Geral.** 9ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

TEIXEIRA, Flávio Germano de Sena. **O controle das aposentadorias pelos Tribunais de Contas.** Belo Horizonte: Fórum, 2004.