Nº 32 – outubro/novembro/dezembro de 2012 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

ATO DE APOSENTADORIA - NATUREZA JURÍDICA, REGISTRO PELO TRIBUNAL DE CONTAS E DECADÊNCIA

Luísa Cristina Pinto e Netto
Mestre em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Procuradora do Estado de Minas Gerais. Professora de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMINAS) – Unidade São Gabriel.

1 Notas introdutórias

No rol de competências conferidas aos Tribunais de Contas (TC) pela Constituição da República de 1988 (CR/88), figura, em seu art. 71, III, a de, no exercício do controle externo da Administração Pública, apreciar, para fins de registro, a legalidade das concessões de aposentadorias. Diante desta previsão, a Administração Pública, tendo concedido aposentadoria a agente público, deve submeter tal concessão à apreciação do TC, para exame de sua legalidade e conseqüente registro.

O exercício desta competência pelos TC suscita inúmeras e relevantes questões jurídicas, dentre as quais comparece, atualmente com destaque, a questão relativa aos efeitos gerados pelo decurso do tempo sobre o ato concessório de aposentadoria.

Na análise da legalidade de atos praticados há longos anos, se o TC se depara com ato em conformidade com as normas legais pertinentes, maiores problemas não se colocam para o registro. A situação é distinta no caso de ato que apresenta vício de legalidade, especialmente na hipótese de tal vício gerar efeitos benéficos na esfera juridicamente protegida do interessado. Coloca-se, então, o problema da viabilidade jurídica da negativa de seu registro pelo TC. Diante de tal negativa, ademais, a realização de pagamentos em discordância com a decisão do Tribunal de Contas sem a concomitante interposição de recurso perante este ou da medida cabível perante o Poder Judiciário poderia levar à responsabilização do agente competente para a determinação do pagamento dos proventos. A Administração Pública, nesta situação, deveria se opor pelos meios jurídicos cabíveis à decisão do TC para poder continuar procedendo ao pagamento de proventos baseado no ato concessório tido como ilegal ou teria que se adequar à

decisão do TC. Não havendo comprovação de qualquer destas condutas, a princípio, poder-se-ia supor que seria o caso de buscar a responsabilização do agente nas esferas em que há previsão para tal, até que o ato concessório viesse a ser adequado ao entendimento do TC ou até que a Administração conseguisse provimento jurisdicional abonando a legalidade do ato concessório já praticado.

Analisando a situação com mais detalhe, vê-se que, como pressuposto da referida responsabilização e, por certo, de qualquer providência no sentido de adequar os pagamentos de proventos feitos pela Administração à decisão do TC que considera o ato viciado, coloca-se de forma inafastável a viabilidade de alteração do ato concessório de aposentadoria. Urge, dessa forma, verificar se a Administração Pública tem, diante da denegação do registro do ato, nas circunstâncias do caso concreto, instrumento jurídico para alterar o ato concessório, adequando-o ao entendimento do TC. Urge, ainda, perquirir acerca da possibilidade jurídica de o Tribunal de Contas, sem ouvir o interessado, denegar o registro de seu ato de aposentadoria.

2 Da colisão entre os princípios da legalidade (estrita) e da segurança jurídica e proteção da boa-fé

2.1 Princípio da legalidade e autotutela da Administração

A situação que se propõe analisar coloca, de um lado, segundo entendimento do Tribunal de Contas, ato concessório de aposentadoria praticado em discordância com previsões legais específicas e, de outro, longo lapso de tempo transcorrido desde a prática deste ato. Neste contexto, se o TC denega o registro do ato, a Administração Pública, o órgão de origem, teria, em face desta decisão, que sanear – se possível – ou invalidar o ato originário de concessão da aposentadoria, praticando ato conforme ao entendimento do TC. Considerando a hipótese de ato benéfico ao interessado, ao proceder dessa maneira, a Administração estaria, no uso de sua *autotutela*, desfazendo ato ampliativo.

A questão a ser enfrentada insere-se no que a doutrina vem chamando de colisão de princípios, isto é, coloca frente a frente os princípios da legalidade (estrita) e da segurança jurídica (qualificada pela presença da boa-fé), reclamando, para sua solução, a necessária ponderação axiológica.

Sabe-se que a atividade administrativa encontra limites positivos e negativos na legalidade, é o que se lê na lapidar lição de José Manuel Sérvulo Correia acerca do Direito português, mas certamente aplicável ao nosso ordenamento:

> "O Estado de Direito destina-se a assegurar ao indivíduo uma esfera protegida nas suas relações com Poder. Um dos esteios do Estado de Direito é a legalidade administrativa, que tem como uma vertente fundamental a reserva de lei. Logo, esta reserva tem de abarcar a esfera individual protegida, tal como a Constituição a concebe. E essa, em face da presente lei fundamental, tem de considerar-se integrada pela matéria dos direitos, liberdades e garantias e pela de todos os outros direitos fundamentais. A relevância de um acto para efeito de aplicação de direitos fundamentais incorpora-o necessariamente no âmbito material da protecção jurídica

> individual tal como a Constituição o traça, isto é, não só como *status negativus*, mas também como *status positivus*." [1]

Fundado no princípio da legalidade administrativa, o princípio da autotutela, consectário lógico do primeiro, impõe à Administração o dever, dando-lhe o correspondente poder – por isso cabível a idéia de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre os deveres-poderes[2] – de anular seus próprios atos eivados de vício e de revogar aqueles que se revelarem inconvenientes ou inoportunos para a realização do interesse público.

A autotutela pode ser definida, com recurso à doutrina pátria – na doutrina estrangeira a autotutela é utilizada para referir uma série de poderes da Administração –, como o dever-poder conferido à Administração de anular e revogar seus próprios atos:

> "Também decorre da conjugação dos preceitos mencionados [posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e posição de supremacia do órgão nas mesmas relações] a possibilidade, nos limites da lei, de revogação dos próprios atos através de manifestação unilateral de vontade, bem como decretação de nulidade deles, quando viciados. É o que se denomina autotutela."[3]
>
> "... a Administração pode invalidar seus próprios atos. Dotada do poder de ***autotutela***, não somente pode, mas também ***deve*** fazê-lo [...], expungindo ato que, embora proveniente da manifestação de vontade de algum de seus agentes, contenha vício de legalidade.
> O fundamento desta iniciativa reside no ***princípio da legalidade*** (art. 37, *caput*, CF). De fato, o administrador não estaria observando o princípio se, diante de um ato administrativo viciado, não declarasse a anomalia através de sua invalidação."[4] (negritos e itálicos do original)

Também a jurisprudência reconhece o princípio, como se verifica nos dois verbetes sumulados pelo Supremo Tribunal Federal:

> "Súmula 346: A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos."
>
> "Súmula 473: A Administração Pública pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial."

---

[1] CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativo*. Almedina: Coimbra, 2003, p. 195-196.
[2] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 61.
[3] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 62.
[4] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 133.

No mesmo sentido, a legislação brasileira vem tornando expressa a previsão da autotutela no que tange à invalidação dos atos administrativos. A Lei Federal de Processo Administrativo disciplina a autotutela da Administração, prevendo o dever de anular os atos inválidos, nos seguintes termos:

> "Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos."[5]

A utilização do verbo *dever* não leva à conclusão de que se está diante de um poder a ser utilizado discricionariamente pela Administração. Antes, em face do princípio da legalidade, está-se diante de um dever-poder a ser manejado para a restauração da legalidade ferida por ato administrativo viciado. Quanto à escolha discricionária entre invalidar ou convalidar ato eivado de vício, irretocável a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello com fundamento em Weida Zancanner:

> "Perante atos inválidos a Administração Pública não tem discrição administrativa que lhe permite escolher com liberdade se convalida um ato viciado ou se deixa de fazê-lo. Também não tem liberdade para optar se o invalida ou se deixa de invalidá-lo. Finalmente, não pode, outrossim, eleger livremente entre as alternativas de convalidar ou invalidar, ressalvada um única hipótese: tratar-se de *vício de competência em ato de conteúdo discricionário*. Neste único caso, cabe ao superior hierárquico, a quem competia expedi-lo, decidir se confirma o ato ou se reputa inconveniente fazê-lo, quando, então, será obrigado a invalidá-lo.
> [...]
> Sendo certo, pois, que invalidação ou convalidação terão de ser obrigatoriamente pronunciadas, restaria apenas saber se é discricionária a opção por uma ou outra nos casos em que o ato comporta convalidação. A resposta é que não há, aí, opção livre entre tais alternativas. Isto porque, sendo cabível a convalidação, o Direito certamente a exigiria, pois, sobre ser uma dentre as duas formas de restauração da legalidade, é predicada, demais disso, pelos dois outros princípios referidos: o da segurança jurídica e o da boa-fé, se existente. Logo, em prol dela afluem maiores razões jurídicas do que em favor da invalidação. Acresce que discricionariedade decorre de lei, e não há lei alguma que confira ao administrador livre eleição entre convalidar ou invalidar, conforme oportuna advertência sublinhada por Weida Zancaner."[6] (itálicos do original)

Observa-se que a autotutela da Administração – dever-poder de anular seus atos ilegais – encontra previsão no ordenamento jurídico brasileiro, não cabendo à Administração, como regra, liberdade para decidir se invalida ou não ato

[5] A mesma toada é seguida pela Lei do Estado de Minas Gerais que disciplina a matéria, *in verbis*: "Art. 64. A Administração deve anular seus próprios atos quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos."

[6] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.441.

viciado. Diante de vício sanável, a regra é o dever de convalidação; diante de vício insanável, ao contrário, a regra é o dever de invalidação. Assenta-se, assim, a existência deste dever-poder administrativo, a ser utilizado pela Administração como instrumento de concretização do princípio da legalidade. Tal dever-poder, por óbvio, e o princípio em que se fundamenta não são absolutos, inserem-se em limites determinados por outros princípios reitores da atividade administrativa.

2.2 Limites à autotutela da Administração – colisão entre os princípios da legalidade (estrita) e da segurança jurídica e proteção da boa-fé

Não há como negar que a atividade administrativa encontra na legalidade seu princípio basilar, que deve reger toda e qualquer atuação da Administração Pública. Não há como negar, outrossim, que o princípio da legalidade é um dentre outros princípios que formam, juntos, o arranjo principiológico da atividade administrativa; certamente não se pode considerar o princípio da legalidade – como de resto se passa com os outros princípios jurídicos – absoluto.

Ademais disso, urge tratar da legalidade no Estado Democrático de Direito no contexto do pós-positivismo, do Direito por princípios de que cogita Germana de Oliveira Moraes:

> "Substitui-se, no Direito Administrativo, 'o princípio da submissão da administração a uma normação pré-fixada' pelo 'princípio da submissão da administração ao Direito'. Como afirma a Professora portuguesa Maria da Glória Ferreira Pinto Dias Garcia, 'o princípio da legalidade da administração é substituído por um princípio mais amplo, de juridicidade daquela acção'.
> Há de discernir, portanto, as fronteiras desses dois campos complementares e intercomunicáveis. Distinguem-se as esferas da juridicidade – o domínio amplo do *Direito*, composto de princípios e de regras jurídicas, ou seja, de normas jurídicas, e da *legalidade* – circunscrita às regras jurídicas.
> A noção de legalidade reduz-se ao seu sentido estrito de *conformidade* dos atos com as leis, ou seja, com as regras – normas em sentido estrito.
> A noção de juridicidade, além de abranger a conformidade dos atos com as regras jurídicas, exige que sua produção (a desse atos) observe – não contrarie – os princípios gerais de Direito previstos explícita ou implicitamente na Constituição."[7] (itálicos do original)

Mostra-se, com a autora citada, mais apropriado mencionar princípio da juridicidade da atividade administrativa ao invés de princípio da legalidade administrativa, colocando em relevo que tal atividade deve ser conforme ao ordenamento jurídico – conjunto sistemático e harmônico de princípios e regras – e não simplesmente à lei.

---

[7] MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 2004, p. 30.

Neste cenário, a invalidação de atos viciados transparece, inicialmente, como instrumento para restaurar a legalidade violada. Tal legalidade configura-se, na maioria das vezes, como legalidade estrita, ou seja, houve afronta a regra jurídica; invalidando o ato, ou convalidando-o, se esta alternativa for viável, a legalidade será restaurada. Não obstante, se se considera a legalidade ampla ou juridicidade, impõe-se reconhecer que há outros instrumentos para preservá-la, maiormente porque a situação que exsurge do ato viciado pode envolver valores e princípios diversos.

A legalidade (estrita) pode estar em colisão com outros princípios reitores da atividade administrativa; o dever-poder de invalidação dos atos administrativos viciados – a autotutela – encontra limites na segurança jurídica, na necessidade de estabilização das relações sociais, na proteção da confiança e na boa-fé dos envolvidos.

Para abordar a colisão de princípios, imprescindível trazer à colação as lições de Robert Alexy:

> "Cuando dos principios entran en colisión – tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según outro principio, está permitido – um dos principios tiene que ceder ante el outro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al outro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios – como sólo pueden entrar en colisión principios válidos – tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso."[8]

O entendimento de Ronald Dworkin, respeitadas as particularidades do pensamento de cada jurista, orientam na seguinte direção:

> "A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é valida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.
> [...]
> Mas não é assim que funcionam os princípios apresentados como exemplos nas citações. Mesmo aqueles que mais se

[8] ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 89.

> assemelham a regras não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas. Dizemos que o nosso direito respeita o princípio segundo o qual nenhum homem pode beneficiar-se dos erros que comete. Na verdade, é comum que as pessoas obtenham vantagens, de modo perfeitamente legal, dos atos jurídicos ilícitos que praticam. O caso mais notório é o usucapião – se eu atravesso suas terras sem autorização durante muito tempo, algum dia adquirirei o direito de cruzá-las quando o desejar. [...]
> Essa primeira diferença entre regras e princípios traz consigo uma outra. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se entrecruzam [...], aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é."[9]

Com fundamento nos autores citados, colhe-se o interessante trecho de Eurico Bitencourt Neto:

> "Destaca-se na doutrina a lição de Ronald Dworkin, para quem a diferença entre regras e princípios é de natureza lógica. Aduz que as regras obedecem ao critério do 'tudo-ou-nada', ou valem ou não valem; os princípios, de outro lado, podem ter sua incidência afastada em um caso concreto, sem que deixem de integrar o sistema jurídico.
> Robert Alexy assinala que a distinção entre regras e princípios não é meramente aparente, ou mesmo exclusivamente quanto ao grau de generalidade, mas qualitativa. A diferença funda-se em que os princípios são normas de 'otimização' do ordenamento, vale dizer, impõem seu cumprimento em graus distintos, em vista das possibilidades reais e jurídicas existentes. As regras, de outra parte, ou são cumpridas ou são descumpridas. Em outras palavras, uma regra válida é cumprida ou não; um princípio pode ser cumprido com maior ou menor amplitude, de acordo com circunstâncias concreta. Por isto, a distinção não é formal, mas qualitativa.
> Esta concepção fica clara em situações de conflito de regras ou colisão de princípios. Na primeira hipótese, se há duas regras com prescrições conflitantes no mesmo ordenamento, uma delas será declarada inválida, de acordo com os critérios consagrados no sistema. O conceito de validade jurídica, utilizado no conflito de regras, não admite gradação.
> De outro lado, havendo colisão de princípios, um deles se afasta, na aplicação concreta, o que não significa, porém, que

[9] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes. p. 41-43.

> seja declarado inválido. As circunstâncias concretas do caso vão indicar qual o princípio prevalecente, sem que o outro seja extirpado do sistema. Fossem outras as circunstâncias, o princípio anteriormente afastado poderia prevalecer. Assim, o critério resolutivo do conflito de regras é o da validade; quanto aos princípios, é o do maior peso, no caso concreto. Maior peso significa prevalência em função dos valores em jogo, tendo em vista o sistema jurídico."[10]

Observa-se que as circunstâncias do caso concreto autorizam, segundo uma ponderação razoável dos valores envolvidos, a hierarquização axiológica dos princípios em colisão, determinando peso maior para um ou alguns deles em detrimento de outro ou outros, que não são extirpados do sistema jurídico, cedem na solução daquele caso concreto. Esclarecedor, neste ponto, o conceito de Juarez Freitas do princípio da hierarquização axiológica:

> "... é o metacritério que ordena, diante inclusive da antinomias no plano dos critérios, a prevalência do princípio axiologicamente superior, ou da norma axiologicamente superior em relação às demais, visando-se a uma exegese que impeça a autocontradição do sistema conforme a Constituição e que resguarde a unidade sintética dos seus múltiplos comandos."[11]

Eurico Bitencourt Neto, na mesma toada, observa:

> "Na aplicação do Direito, em caso de colisão de princípios, é necessário que se proceda a ponderação de adequação da escolha ao caso concreto; necessidade ou opção pelo meio mais benéfico ou menos danoso aos valores ou direitos preteridos. A proporcionalidade, nesse sentido, é critério de manejo dos princípios no sistema jurídico."[12]

Com base nestas lições, possível sustentar que o princípio da legalidade (estrita) deve ceder, em determinados casos, diante de outros princípios, como o da segurança jurídica e da proteção da boa-fé. Pode-se, talvez com mais acerto, conceber a legalidade em sentido mais amplo, matizada pela segurança jurídica e pela proteção da boa-fé, admitindo preterir artigos específicos de lei – ou melhor, regras jurídicas – para considerar uma situação nascida em confronto com tais artigos – *rectius* regras –consolidada em virtude do decurso de tempo e da necessidade de estabilidade das relações sociais.

Neste ponto, preciosos os dizeres de Juarez Freitas:

> "No atinente ao princípio da segurança jurídica, dimanante da idéia de Estado de Democrático, significa que a Administração Pública deve zelar pela estabilidade e pela ordem nas relações

---

[10] BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade administrativa e violação de princípios*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 51-52.
[11] FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito.* São Paulo: Malheiros, 1995, p. 81.
[12] BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade administrativa e violação de princípios*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 53.

> jurídicas como condição para que se cumpram as finalidades do ordenamento. A estabilidade fará, por exemplo, que, em certos e excepcionais casos, a Administração tenha o dever de convalidar atos irregulares na origem. É que sem estabilidade não há justiça, nem paz, tampouco respeito às decisões administrativas. Por mais incertas que sejam as circunstâncias da vida, esta somente se torna racionalmente experimentável se houver um horizonte de previsibilidade estatal, em que a entropia ceda vez à organização, sem embargo do resguardo da abertura a mutações valorativas."[13]

A conclusão de Celso Antônio Bandeira de Mello, ainda que com outro embasamento, aponta no mesmo sentido:

> "Acompanhamos, pois, na matéria, os ensinamentos constantes do aprofundado estudo monográfico efetuado por Weida Zancaner. Ciframo-nos, aqui, a sintetizar sua valiosa orientação, que assim se pode exprimir:
> I – sempre que a Administração esteja perante ato suscetível de convalidação e que não haja sido impugnado pelo interessado, estará na obrigação de convalidá-lo, ressalvando-se, como dito, a hipótese de vício de competência em ato de conteúdo discricionário;
> II – sempre que esteja perante ato insuscetível de convalidação, terá a obrigação de invalidá-lo, a menos, evidentemente, que a situação gerada pelo ato viciado *já esteja estabilizada* pelo Direito. Em tal caso, *já não mais haverá situação jurídica inválida* ante o sistema normativo, e, portanto, simplesmente não se põe o problema.
> Esta estabilização ocorre em duas hipóteses: a) quando já se escoou o prazo, dito 'prescricional', para a Administração invalidar o ato; b) quando, embora não vencido tal prazo, o ato viciado se categoriza como ampliativo da esfera jurídica dos administrados e dele decorrem sucessivas relações jurídicas que criaram, para sujeitos de boa-fé, situação que encontra amparo em norma protetora de interesses hierarquicamente superiores ou mais amplos que os residentes na norma violada, de tal sorte que a desconstituição do ato geraria agravos maiores aos interesses protegidos na ordem jurídica do que os resultantes do ato censurável.
> [...]
> As asserções feitas estribam-se nos seguintes fundamentos. Dado o princípio da legalidade, fundamentalíssimo para o Direito Administrativo, a Administração não pode conviver com relações jurídicas formadas ilicitamente. Donde, é dever seu recompor a legalidade ferida. Ora, tanto se recompõe a legalidade fulminando um ato viciado, quanto convalidando-o. É de notar que esta última providência tem, ainda, em seu abono

[13] FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 62.

> o princípio da segurança jurídica, cujo relevo é desnecessário encarecer. A decadência e a prescrição demonstram a importância que o Direito lhe atribui."[14] (itálicos do original)

Nos autos do processo n. 497/02 (TCDF), o Conselheiro Jorge Ulisses Jacoby Fernandes fez juntar declaração de voto de que alguns trechos merecem transcrição por abordarem, com maestria, a colisão de princípios em questão:

> "Hodiernamente, as conseqüências do decurso de tempo, em termos de segurança jurídica, já foram devidamente incorporadas na Lei do Processo Administrativo. Daí restar incontroversa, no nosso Estado de Direito, a possibilidade de prevalência da segurança jurídica sobre a legalidade, tanto no aspecto do dever de abster-se de invalidar, por operar-se a decadência, como no da convalidação dos atos irregulares.
> Sob esse enfoque, a legalidade tem na segurança jurídica um duplo limite, um começo e um fim. De um lado, para combater o abuso de poder devido à insegurança jurídica (inexistência de leis); de outro, para combater o abuso de poder devido à insegurança jurídica (rigor excessivo na aplicação das leis, num contexto de desprezo a princípios de direito mais relevantes em determinada situação). Ausência e excesso de legalidade abrem espaço para o abuso de poder e são controlados pela segurança jurídica."[15]

Do que se vem de expor, forçoso concluir que o decurso de tempo e a boa-fé – ou a necessidade de estabilidade das relações jurídicas e de proteção da confiança – impõem limites ao dever-poder outorgado à Administração de invalidar seus atos ilegais. Não é por acaso que a ordem jurídica tem criado diversos institutos hábeis a instrumentalizar tais limites, como exemplifica a decadência. O Ministro Carlos Aires Britto, em recente voto proferido em mandado de segurança em que se contesta a negativa de registro de ato de aposentadoria após longo lapso temporal de sua concessão, ressaltou este aspecto:

> "Consoante relatado, o presente mandado de segurança foi manejado contra ato do Tribunal de Contas, que negou registro à aposentadoria do impetrante. Cuida-se, então, de relação jurídica imediatamente travada entre a Corte de Contas e a Administração Pública. Todavia, impressiona-me o fato de a recusa do registro da inatividade ocorrer depois de passados quase seis anos da sua unilateral concessão administrativa. Fato que está a exigir, penso, uma análise jurídica mais detida. É que, no caso, o gozo da aposentadoria por um lapso prolongado de tempo confere um tônus de estabilidade ao ato sindicado pelo TCU, ensejando questionamento acerca da incidência dos princípios da segurança jurídica e da lealdade

---

[14] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.441/443.

[15] A declaração de voto de que se transcrevem trechos foi obtida no site do autor, qual seja: <www.jacoby.pro.br>.

> (que outros designam por proteção da confiança dos administrados).
> [...]
> Pois bem, considerando o *status* constitucional do direito à segurança jurídica (art. 5º, *caput*), projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º) e elemento conceitual do Estado de Direito, tanto quanto levando em linha de consideração a lealdade como um dos conteúdos do princípio da moralidade administrativa (*caput* do art. 37), faz-se imperioso o reconhecimento de certas situações jurídicas subjetivas em face do Poder Público. Mormente quando tais situações se formalizam por ato de qualquer das instâncias administrativas desse Poder, como se dá com o ato formal de uma determinada aposentadoria.
> Em situações que tais, é certo que o ato formal de aposentação é de natureza complexa, por exigir a co-participação igualmente formal de um Tribunal de Contas. Mas não é menos certo que a manifestação desse órgão constitucional de controle externo há de se formalizar em tempo que não desborde das pautas elementares da razoabilidade. Todo o Direito Positivo é permeado por essa preocupação com tempo enquanto figura jurídica, para que sua prolongada passagem em aberto não opere como fato de séria instabilidade inter-subjetiva ou mesmo intergrupal. Quero dizer: a definição jurídica das relações interpessoais ou mesmo coletivas não pode se perder no infinito. Não pode descambar para o temporalmente infindável, e a própria Constituição de 1988 dá conta de institutos que têm no perfazimento de um certo lapso temporal a sua própria razão de ser. É o caso dos institutos da prescrição e da decadência, a marcar explícita presença em dispositivos como estes ...
> [...]
> Mais recentemente, por efeito da Emenda Constitucional n. 45/04, a Constituição Federal passou a albergar, explicitamente, o direito à razoável duração do processo – inclusive os de natureza administrativa, conforme a seguinte dicção:
> 'LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são asseguradas a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.'
> Sem dúvida, pois, que determinadas pautas temporais são, em si mesmas, um tão relevante aspecto da vida que chegam a merecer direto tratamento constitucional."[16]

De tudo o que se expôs, conclui-se que o dever-poder da Administração de anular seus atos ilegais encontra limites na segurança jurídica e na proteção da boa-fé, impondo-se a ponderação razoável dos princípios envolvidos na solução dos casos concretos.

[16] O voto – proferido no MS 25.116-6/DF, em tramitação – do qual se reproduzem trechos foi obtido em pesquisa no site do STF, qual seja: <www.stf.gov.br>.

2.3 Da previsão legal expressa de decadência e sua aplicação aos atos concessórios de aposentadoria

Atualmente, no que tange à decadência do dever-poder da Administração de invalidar seus atos viciados, há previsão legal expressa, tanto na legislação federal quanto em diversas legislações estaduais; a lei federal assim dispõe:

> "Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em 5 (cinco) anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.
> § 1º. No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.
> § 2º. Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato."[17]

Sobre o prazo de 5 anos eleito pelo legislador, registre-se a interessante opinião de Clarissa Sampaio Silva:

> "Evidentemente, cinco anos para que a Administração possa invalidar seus próprios atos é um prazo bastante razoável, além do que, condiciona com mais força o constante exercício da autotutela sobre os atos administrativos, tanto pela ciência de que estes podem vir a se estabilizar pelo decurso do tempo, como pela possibilidade de o agente vir a responder nas órbitas civil, administrativa e penal por sua negligência em tolerar um ato inválido, quando fora possível fulminá-lo."[18]

Verificada a existência de previsão legal expressa da decadência do poder de invalidação pela Administração de seus atos ilegais, urge perquirir acerca de sua aplicação aos atos concessórios de aposentadoria.

Não é nova a discussão no Direito brasileiro acerca da natureza do ato de aposentadoria, tendo se firmado com certa proeminência o entendimento de que é ato complexo, que, segundo a doutrina:

> "... é o que se forma pela conjugação de vontades de mais de um órgão administrativo. O essencial, nesta categoria de atos, é o concurso de vontades de órgãos diferentes, para a formação de um ato único."[19]

---

[17] A previsão constante, por exemplo, da legislação mineira, Lei n. 14.184/02, é a seguinte: "Art. 65. O dever da administração de anular ato de que decorram efeitos favoráveis para o destinatário decai em cinco anos contados da data em que foi praticado, salvo comprovada má-fé.
§ 1º Considera-se exercido o dever de anular ato sempre que a Administração adotar medida que importe discordância dele.
§ 2º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência será contado da percepção do primeiro pagamento."

[18] SILVA, Clarissa Sampaio. *Limites à invalidação dos atos administrativos*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 112.

[19] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 15. ed. São Paulo: RT, 1990, p. 148.

Nesta esteira, a manifestação do órgão de controle – Tribunal de Contas – integraria a formação do ato, que somente estaria perfeito com a apreciação da legalidade e registro, a partir de que começaria a fluir o prazo decadencial.

Apesar de este entendimento encontrar guarida nas lições de diversos autores e em manifestações jurisprudenciais, não parece ser o mais adequado; não se coaduna com a definição de ato complexo o ato de aposentadoria praticado pela Administração e sujeito a verificação de legalidade, para fins de registro, pelo Tribunal de Contas.

No que tange a esta discussão acerca da natureza da aposentadoria, se ato complexo ou composto, de sua perfeição – no sentido de completude do processo de formação do ato, do verbo *perfazer* – e do marco inicial do prazo decadencial que fulmina o dever-poder da Administração de anular seus atos ilegais, imprescindível a leitura do recente artigo de Rafael Da Cás Maffini[20]. Nesta publicação, o autor analisou criticamente o entendimento do Supremo Tribunal Federal (no julgamento dos seguintes MS 24958-7, 24997-8, 25015-1, 25036-4, 25037-2, 25090-9, 25095-0, 25192-1), ressaltando que se deixou de reconhecer a decadência do poder administrativo de invalidação de atos ilegais, uma vez que se reputou o ato de aposentadoria ato complexo que somente se aperfeiçoa com o registro pelo Tribunal de Contas. O seguinte trecho evidencia o correto raciocínio do autor:

> "Tal 'apreciação, para fins de registro', cumpre salientar, consiste na verificação, sem caráter jurisdicional, da legalidade ou, num sentido mais amplo, da validade dos atos administrativos benéficos àqueles que são investidos em função pública, inativados ou pensionados pela Administração Pública.
> [...]
> Tal conclusão, qual seja, a de que tais atos seriam 'atos administrativos complexos', rogando-se vênia à tradição e, pois, a quem para ela contribuiu, não parece ser a mais correta. Além disso, mesmo que se entendesse correta tal premissa – atos sujeitos a registro são atos administrativos complexos –, ainda assim não se poderia chegar à conclusão de que a decadência da potestade administrativa de invalidação de atos viciados somente teria o seu termo inicial quando do pronunciamento pelo Tribunal de Contas.
> [...]
> Ora, se o ato administrativo complexo é aquele para cuja formação ou existência, apresentam-se necessárias várias vontades conjugadas, os atos administrativos dependentes de registro pelos Tribunais de Contas não podem ser considerados atos administrativos complexos. Isso porque todos os elementos de aperfeiçoamento de tais atos administrativos já são implementados quando da prática dos mesmos pela própria Administração Pública. A simples menção

[20] MAFFINI, Rafael Da Cás. Atos administrativos sujeitos a registro pelos Tribunais de Contas e a decadência da prerrogativa anulatória da administração pública. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, p. 143-163, jul./set. 2005.

> constitucional ao fato de que a apreciação realizada pelos Tribunais de Contas tem como parâmetro a legalidade (ou validade) dos atos verificados induz, *per se*, a conclusão de que se tratam de atos já existentes.
> [...]
> Demais disso, ainda a contribuir para o não-enquadramento dos atos sujeitos a registro como atos complexos há de ser considerado um aspecto pertinente à produção de efeitos. Em efeito, tais atos sujeitos a registro (investidura, aposentadoria, pensionamento, etc) embora tenham a sua legalidade (ou validade) apreciada ulteriormente à sua efetivação pelos Tribunais de Contas, já produzem desde sua expedição e publicação todos os efeitos que lhe são imanentes. Isso significa dizer que tais atos administrativos não dependem da apreciação e, ao final, do registro pelos Tribunais de Contas para produzirem a totalidade de seus efeitos, uma vez que os mesmos já são produzidos desde a sua perpetração pela própria Administração Pública.
> [...]
> Ou seja, deve-se entender que os atos sujeitos a registro pelos Tribunais de Contas são formal e materialmente autônomos em relação ao ulterior pronunciamento pela respectiva Corte de Contas. A circunstância que lhes peculiariza não condiz com o conceito de ato administrativo complexo, uma vez que esse pressupõe manifestações de vontades conjugadas para a formação de um único ato administrativo. No caso em comento, tem-se duas manifestações de vontade que não só são autônomas, como são formal e materialmente consistentes em atos (manifestações de vontade) autônomos.
> [...]
> Sendo assim, quer parecer equivocado o enquadramento dos atos sujeitos a registro pelos Tribunais de Contas como atos administrativos complexos, porquanto esse pressupõe vontades conjugadas para a formação de um único ato, enquanto que no caso dos atos sujeitos a registro o que se tem são duas decisões independentes e autônomas, quais sejam o ato propriamente dito e o registro de tal ato."[21]

Seguindo o raciocínio de Rafael Da Cás Maffini, considero incorreto o enquadramento dos atos de aposentadoria na categoria de atos complexos, entendo que doutrina e jurisprudência, irrefletidamente, têm repetido determinado posicionamento em virtude da tradição, que, como dito, consagrou o ato de aposentadoria como ato complexo. Não obstante, as questões jurídicas suscitadas em torno do ato de aposentadoria obrigam a revisitar o tema, buscando solução mais adequada, ainda que, atualmente, desconcatenada com a doutrina dominante.

Analisando os conceitos de ato complexo e de ato composto, não os reputo adequados a identificar o ato de aposentadoria. Por outro lado, cotejando o

[21] MAFFINI, Rafael Da Cás. Atos administrativos sujeitos a registro pelos Tribunais de Contas e a decadência da prerrogativa anulatória da administração pública. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, p. 143-163, jul./set. 2005.

ato de aposentadoria com a definição de ato simples – o que é produzido pela declaração de um único órgão –, concluo que nesta se acomoda, com muito mais conforto, tal ato. Certamente, é plausível superar a tradição e considerar o ato de aposentadoria como ato simples, formado unicamente pela expressão da vontade da Administração que pratica o ato concessório e lhe dá publicidade – ainda que possa ser necessária a solicitação do interessado. O ato de aposentadoria se perfaz já neste instante e se mostra, a partir de então, apto a produzir todos os seus efeitos típicos.

Esta conclusão é muito mais consentânea com as situações advindas do ato de aposentadoria do que a concepção tradicional segundo a qual a aposentadoria é ato complexo. O beneficiário do ato afasta-se da atividade e passa a perceber proventos, o cargo torna-se vago: os efeitos típicos do ato se produzem desde já com a expressão da vontade de um único órgão, aquele que concede a aposentadoria. Não há efeito típico do ato de aposentadoria que dependa do registro do ato pelo Tribunal de Contas. Não se conjugam as vontades da Administração e do Tribunal de Contas para conceder a aposentadoria; a primeira a concede e o segundo controla sua legalidade; são atos distintos e praticados no manejo de competências igualmente distintas.

O que ocorre é que o ato, perfeito, praticado pela Administração está submetido ao controle de legalidade a ser exercido pelo Tribunal de Contas; um ato já existente será examinado, quanto à sua legalidade, para fins de registro junto ao órgão de controle.

Corrobora meu entendimento de que a aposentadoria é ato simples o fato de que o TC, analisando a legalidade do ato de aposentadoria poderá decidir de diversas formas, praticando, conseqüentemente, atos distintos; poderá praticar ato: que determina o registro do ato de aposentadoria, que nega o registro do ato de aposentadoria e que "determina" a realização de diligência. O ato de aposentadoria não se confunde com estes atos que podem ser praticados pelo TC no exame da legalidade daquele. Tanto é assim que, caso o ato concessório praticado não seja legal, não será efetivado o ato de registro – dois atos distintos e autônomos. Praticando o TC ato seu que nega o registro do ato de aposentadoria – ausente a consumação de decadência, é claro – este, já existente e perfeito, terá que ser convalidado ou invalidado pela Administração, respeitado o devido processo legal. Somente se convalida ou invalida ato existente.

Parece-me inafastável a conclusão de que o ato de aposentadoria é ato simples que se insere em procedimento, se coloca como integrante de uma série encadeada de atos. Dependendo da espécie de aposentadoria, o procedimento se iniciará a pedido do interessado ou de ofício e se seguirão diversos atos tendentes à verificação do direito, culminando com o ato concessório de aposentadoria, que se sujeita ao controle do órgão competente para fins de registro. Não mais se justifica manter a classificação da aposentadoria como ato complexo apenas por homenagem irrefletida e acrítica à tradição. Talvez tal entendimento tenha tido alguma utilidade no contexto da dogmática jurídico-administrativa centrada no ato administrativo; não o tem, entretanto, num contexto de procedimentalização ampla da atividade administrativa[22].

Com estas considerações, firmo o entendimento de que o ato de aposentadoria é ato simples; uma vez praticado pela Administração, garantida a publicidade, produz seus efeitos, não integrando sua formação a apreciação de

[22] Para maiores aprofundamentos acerca das mudanças na dogmática jurídico-administrativa, consulte-se NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *A contratualização da função pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

legalidade, para fins de registro, efetuada pelo Tribunal de Contas. Assim, o marco inicial do prazo decadencial é a prática do ato de aposentadoria.

2.4 Discussão acerca da aplicação das leis de processo administrativo no âmbito dos Tribunais de Contas

Firmadas conclusões no que tange à limitação temporal para o exercício da autotutela da Administração e ao início do prazo decadencial no caso de ato de aposentadoria, urge abordar a discussão relativa à aplicação das leis de processo administrativo no âmbito dos Tribunais de Contas, pois há quem sustente sua inaplicabilidade em virtude de os TC contarem com leis específicas e não exercerem função propriamente administrativa. O Relator do processo n. 013.829/2000-0 (Decisão n. 1020/2000), Ministro Marcos Vilaça do Tribunal de Contas da União, neste sentido, destacou que:

> "Por todo o exposto, restam inaplicáveis, de forma obrigatória, os preceitos da Lei n. 9.784/99 aos processos da competência constitucional do Tribunal de Contas, do mesmo modo que não se impõem aos atos administrativos que meramente cumprem as decisões do controle externo proferidas para a correção de ilegalidades observadas na atividade administrativa. Assim, peço vênias para discordar do CONJUR; acolho, em sua maior parte, o parecer da SEGECEZ; e voto por que o Tribunal adote a decisão que ora submeto à deliberação do Plenário."

A princípio, a regra da especialidade até poderia ser utilizada para sustentar a não incidência das leis de processo administrativo no âmbito dos Tribunais de Contas. Não há, por outro lado, qualquer fundamento que abone o entendimento de sua não aplicação à Administração Pública quando esta age em virtude de decisão de TC. Impõe-se, neste contexto, a análise crítica da tese professada no voto citado de que a Lei de Processo não se aplicaria ao Tribunal de Contas bem como não se aplicaria à Administração quando estivesse em pauta o cumprimento de decisões do controle externo. Tal tese não merece acolhida: a referia Lei de Processo não excepciona a aplicação do prazo decadencial no âmbito da Administração Pública, não havendo fundamento normativo que permita afastar tal prazo na situação específica aventada.

Ademais disso, é preciso não perder de vista que, no que tange ao controle de legalidade exercido pelo Tribunal de Contas, para fins de registro, sobre os atos concessórios de aposentadoria, o TC não tem competência para determinar o comportamento da Administração; trata-se de um competência típica de controle. O TC verifica a legalidade do ato e o registra, ou, verificando sua ilegalidade, nega o registro[23], não lhe cabendo *determinar* a conduta da Administração. Esta, considerando aceitável o entendimento do TC (e não tendo se consumado a decadência) deverá, respeitando o devido processo legal, rever o ato, tornando-o legal e apto para registro. Neste caso, a Administração não está cumprindo ordem ou determinação do TC, está exercendo competência própria, colocando em movimento sua autotutela.

Tanto é assim que, se a Administração não concorda com a interpretação dada pelo Tribunal de Contas que leva a entender o ato como ilegal,

[23] Há casos, ainda, em que o TC "determina" a realização de diligência junto à Administração.

pode recorrer no âmbito do próprio TC, bem como pode levar a questão ao Poder Judiciário, que deverá, então, fixar o direito aplicável ao caso concreto, precisando os termos em que o ato deverá ser registrado.

A aceitar o entendimento defendido no trecho transcrito, estar-se-á diante de uma situação ímpar: o prazo decadencial não se aplica ao Tribunal de Contas – que se nega a registrar o ato tido como ilegal –, mas se aplica à Administração – que teria que rever o ato originário para obter seu registro. Tratando deste impasse, esclarecedores os argumentos colacionados pelo Conselheiro do TCDF Ávila e Silva:

> "De fato, o estado de pendência eterna é incompatível com o objetivo do ordenamento jurídico que reclama estabilidade.
> Certo, também, que à Administração estaria vedada a anulação de atos de que decorreram efeitos favoráveis para os destinatários, se passados cinco anos da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.
> O descompasso no prazo de ação praticado pelo Tribunal, caso não jungido aos cinco anos demarcados pela Lei n.9.784/99, levaria a Administração a um dilema. O Tribunal pronuncia a ilegalidade e a Administração decaiu do direito de anular o ato. E a prática do ato é da esfera administrativa, que estaria impedida de cometê-lo.
> O Poder Judiciário já assenta a jurisprudência no sentido de que 'após decorridos cinco anos não pode mais a Administração Pública anular o ato administrativo gerador de efeitos no campo de interesses individuais, por isso que se opera a decadência'(STJ Mandado de Segurança n.6.566/DF DJU de 15/5/00)."[24]

De fato, a aceitar que o prazo de 5 anos não se aplica aos TC, mas se aplica à Administração, chega-se à situação absurda de que o TC não regista o ato por considerá-lo ilegal e a Administração não pode anulá-lo para conformá-lo ao entendimento do TC já que consumada a decadência nos termos da Lei de Processo Administrativo.

E nem se argumente que à Administração, que não pode invalidar ato ilegal por manifestação unilateral de vontade após 5 anos, resta a via judicial para buscar por provimento jurisdicional a anulação da aposentadoria concedida com vício de legalidade estrita. É de reconhecer a incidência do prazo de 5 anos, também nesta hipótese, como assevera Celso Antônio Bandeira de Mello[25]. Emerson Gabardo defende o mesmo entendimento:

> "Note-se que o prazo decadencial da LFPR, pela sua própria natureza, não somente obsta o exercício da autotutela, com também impede que os entes administrativos ingressem judicialmente com vistas à tentativa de anulação do ato, sob

[24] Os trechos transcritos foram obtidos em pesquisa no site do Professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes <www.jacoby.pro.br>.
[25] *Curso de direito administrativo*. 18. ed.. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 971-972.

> pena de ignorar o efeito indireto provocado pela decadência, que é o de destruição, por via reflexa, do direito de ação."[26]

Inequívoca, dessa forma, a aplicação do prazo previsto na Lei de Processo Administrativo à Administração Pública quando esta, ainda que motivada por denegação do registro do ato pelo TC, pretende rever ato concessório de aposentadoria. Não é o TC que modifica o ato, mas a Administração no exercício de atribuição própria.

Diante desta constatação – o prazo decadencial de 5 anos se aplica à Administração mesmo agindo motivada por decisão denegatória do TC – necessário retornar à idéia de que o TC não estaria sujeito ao prazo de 5 anos para examinar a legalidade dos atos concessórios de aposentadoria. Segundo a interpretação que preleciona a não aplicação do prazo decadencial ao TC, como dito, chega-se a um impasse: o TC não registra o ato, mas a Administração não pode revê-lo. Torna-se, destarte, patente a desconcatenação de uma tal interpretação com os valores albergados pelo sistema normativo vigente, como adiante será explicitado. O Professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes abordou este impasse em sua declaração de voto juntada no processo 49702-TCDF, explicando que, se se admite, para argumentar, que o TC não se sujeita ao prazo decadencial, tem-se que a Administração, que deve agir em decorrência da decisão do TC, resta inibida de fazê-lo, uma vez que sujeita a tal prazo[27].

Reforça o entendimento da aplicação do prazo decadencial à apreciação pelo TC da legalidade de concessão de aposentadoria para fins de registro o entendimento de que, nessa hipótese, tem-se competência de natureza administrativa. É o que explica, mais uma vez, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, pioneiro na análise da questão:

> "Entendo, contudo, que os Tribunais de Contas, quando apreciam atos de aposentadoria, pensão ou revisão de proventos, exercem *função administrativa*; desempenham função judiciária apenas quando julgam as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público Federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.
> Para os que entendem que, mesmo assim, o Tribunal esteja desempenhando função judiciária, trago à baila excerto do administrativista Juarez Freitas, ao comparar o prazo decadencial inscrito na lei federal com a lei paulista:
> Parece que este prazo, diversamente do que sucede na disciplina do procedimento paulista, não vale apenas para a anulação no âmbito administrativo. Ao dizer que 'decai', o legislador federal estabeleceu, salvo leitura extremamente heterodoxa, a possibilidade de perda do próprio direito. Com efeito, este resultaria eliminado pela decadência. Deste modo,

[26] GABARDO, Emerson. *In*: GUIMARÃES, Edgar (coord.). *Cenários do direito administrativo*: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: 2004, p. 195-226.
[27] Tal declaração de voto pode ser obtida no site do autor <www.jacoby.pro.br>.

> o prazo também seria aplicável à anulação judicial, uma vez que o julgador não poderia considerar um prazo desta natureza aplicável somente à esfera administrativa, salvo se entendesse, em construção elástica e corretiva (o que, na prática, não seria nada nefasto, embora improvável), que a via judicial devesse permanecer indefinidamente em aberto.'"[28]

O reconhecimento da aplicação do prazo decadencial no âmbito dos TC e o reconhecimento da autonomia do ato concessório de aposentadoria em relação ao ato de controle reforça a conclusão de que tal prazo começa a fluir da concessão da aposentadoria, garantida a publicidade. Frise-se: outra conclusão não daria guarida à segurança jurídica. Rafael Da Cás Maffini coloca a questão nos seus precisos termos:

> "Ora, a decadência administrativa corresponde a uma garantia que terá o destinatário de um ato administrativo inválido para que, mesmo reconhecido tal vício, não seja o ato administrativo anulado. No cerne de tal proteção, encontra-se a legitimidade da expectativa depositada pelo administrado. Considerando-se que tal expectativa se inicia não com o registro pelo Tribunal de Contas, mas com a prática do ato, é desse momento – e não daquele – que há de se iniciar a contagem do prazo de decadência administrativa.
>
> Não se pode negar, pois, que é da prática do ato – e não do registro – que se inicia o 'depósito' de confiança do ato administrativo sujeito a registro. Como se afirmou, tal ato rebenta-se formal e materialmente autônomo em relação ao seu ulterior registro. Desde a sua prática pela Administração Pública, tal ato se entroniza no mundo jurídico, porquanto já implementa todos os pressupostos pertinentes ao plano da existência. Praticado o ato, ademais, seus efeitos já são todos produzidos, como se viu acima, independentemente do registro pelo Tribunal de Contas.
>
> Demais disso, o ato administrativo sujeito a registro, uma vez praticado ou publicado, já se vê qualificado pela presunção de legitimidade que também auxilia na construção da confiança digna de proteção. Nesse sentido, não se poderia afirmar que a presunção de legitimidade do ato somente teria início quanto da decisão de registro pelo Tribunal de Contas.
>
> *Ultima ratio*, a confiança digna de proteção já se inicia com a prática do ato e não tão-somente com o seu registro, razão pela qual o prazo decadencial há de ter seu início quando efetivamente se inicie a produção de seus efeitos."[29]

A interpretação deve buscar soluções consentâneas com os princípios maiores que alimentam o sistema normativo. No caso em exame, a interpretação extraída das lições acima transcritas sem dúvida atende a esta finalidade. Com base

---

[28] Trecho obtido no site <www.jacoby.pro.br>.

[29] MAFFINI, Rafael Da Cás. Atos administrativos sujeitos a registro pelos Tribunais de Contas e a decadência da prerrogativa anulatória da administração pública. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, p. 143-163, jul./set. 2005.

na argumentação expendida, nos princípios da segurança jurídica e da proteção da boa-fé, conclui-se que o prazo decadencial aplica-se também aos Tribunais de Contas na análise da legalidade das concessões de aposentadoria para fins de registro, começando a fluir do ato concessório da aposentadoria praticado pela Administração.

3 Da boa-fé do beneficiário do ato

É preciso tecer um breve comentário acerca da verificação da boa-fé como pressuposto da consumação da decadência, pois o prazo de que se vem tratando aplica-se em caso de boa-fé do beneficiário do ato ampliativo.

Acerca da boa-fé, Clarissa Sampaio Silva, com fundamento em Jesús González Perez, ensina:

> "A boa-fé incorpora o valor ético da confiança. Representa uma das vias mais fecundas de irrupção do conteúdo ético e social na ordem jurídica e, concretamente, o valor confiança. Serve de leito para integração do ordenamento conforme algumas regras ético-materiais, como a idéia de fidelidade e de crédito, de crença e confiança. A boa-fé comporta uma regra de conduta, uma conduta normal, reta e honesta, a conduta de um homem habitual, de um homem médio."[30]

A boa-fé do beneficiário do ato ratifica a necessidade de buscar uma alternativa à invalidação do ato viciado para a adequada composição dos interesses envolvidos. Poderia parecer, à primeira vista, que o interesse público – a legalidade e o respeito à ordem jurídica – cede diante do interesse particular de manutenção da situação fundada no ato viciado, uma vez que se defende a não invalidação deste e a estabilização da relação jurídica dele advinda. Não é bem isto o que se tem.

Em primeiro lugar, a não invalidação do ato funda-se no princípio da segurança jurídica. Em segundo lugar, lembre-se que a proteção da confiança liga-se à idéia de boa-fé e à presunção de veracidade e legalidade que reveste os atos administrativos. Aqueles que se relacionam com a Administração presumem verdadeiros e legais os atos por esta praticados e, estando de boa-fé, devem ter protegida a confiança que depositam na conduta administrativa.

É o que observa, novamente com exatidão, Clarissa Sampaio Silva:

> "Na seara do direito público, outro fator reforça a inviabilidade de, a qualquer tempo e em qualquer situação, a Administração desfazer os seus atos viciados sem que advenha conseqüência alguma de tal atuar. Trata-se da já mencionada presunção de legitimidade e veracidade de que gozam os atos administrativos, de maneira que toda e qualquer teoria que se formule sobre a nulidade deles estará inexoravelmente envolvida por tal presunção, o que acarreta uma tendência à redução da competência invalidatória dos atos administrativos.
> Ora, por tal razão os atos administrativos geram aparência de regularidade na qual os administrados confiam e pela qual

[30] SILVA, Clarissa Sampaio. *Limites à invalidação dos atos administrativos*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 116-117.

> orientam seus atos. Caso contrário, instalada restaria uma eterna relação de desconfiança acerca das diretrizes traçadas pela Administração Pública por intermédio de seus atos.
> E tal situação de incerteza vai inteiramente de encontro a dois subprincípios do Estado de Direito, que são exatamente o princípio geral da segurança jurídica e o da proteção da confiança dos cidadãos, ao lado do já mencionado princípio da legalidade da Administração."[31]

Neste ponto, verifica-se que também há interesse público na preservação destes valores e que estes podem ter, em determinado caso, maior peso que a preservação da legalidade (estrita). A preservação de um interesse privado, nestas circunstâncias, demonstra a necessidade de superar a dogmática jurídico-administrativa tradicional que contrapõe interesses públicos e privados. Urge buscar, cada vez mais, a conciliação – que não se identifica com parificação, antes hierarquização ponderada – entre os interesses públicos e privados envolvidos. Como tive a oportunidade de observar, com fulcro nas lições de Paulo Bonavides[32] e Eberhard Schmidt-Assman[33]:

> "A regra da supremacia do interesse público deve ser afirmada, mas não uma supremacia em termos absolutos que exclua sempre e *a priori* todo e qualquer interesse privado que não coincida com o interesse público. O que se deve procurar é a supremacia do interesse público com o menor sacrifício para os interesses privados envolvidos, buscando encontrar soluções que não deixem desamparado o interesse público, mas, na medida do razoável, satisfaçam também os interesses privados ou lhes causem a menor restrição possível.
> Talvez seja possível, com Eberhard Schmidt-Assmann, questionar a regra geral da supremacia do interesse público, entendendo que não há uma prevalência automática dos interesses públicos, mas, pelo contrário, que interesses públicos e privados são fases prévias no caminho de formação do interesse geral."[34]

No cenário de ponderação razoável dos interesses públicos e privados envolvidos, considerando-se os valores presentes na situação a ser solucionada, reforça-se o entendimento de que o exercício da autotutela da Administração encontra limites temporais definidos com vistas a resguardar, para além da legalidade (estrita), a segurança jurídica e a boa-fé do beneficiário do ato. Observe-se, ademais, que a boa-fé foi erigida pelo legislador como pressuposto da aplicação do prazo decadencial.

No que tange à verificação da boa-fé no âmbito do TC, mais uma vez recorre-se à precisa lição de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

---

[31] SILVA, Clarissa Sampaio. *Limites à invalidação dos atos administrativos*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 85-86.
[32] *Curso de direito constitucional*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 357-361.
[33] *La teoría general del derecho administrativo como sistema*: objeto y fundamentos de la construcción sistemática. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 165-166.
[34] NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *A contratualização da função pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 136-137.

> "Note-se que o Tribunal deve ser cientificado ou estar convencido da ocorrência da má-fé, para só então apreciar o ato, pois, se a Corte fosse verificar a ocorrência da má-fé em todos os processos em que são aplicáveis os preceitos do art. 54 da Lei n.9.784/99 para, posteriormente, em caso de sobrevir a perfídia, praticar os atos correspondentes, não estaria sendo eficaz.
> [...]
> Haja vista a grande dificuldade em se aferir a existência da má-fé, penso que esta Corte só deveria se pronunciar quando houver indícios suficientes para fazer cessar a presunção de boa-fé ou o Tribunal for informado a respeito."[35]

Conclui-se, assim, que a boa-fé do beneficiário do ato é pressuposto de aplicação do prazo decandencial previsto legalmente, justificando, juntamente com os demais princípios mencionados, a estabilização da relação nascida do ato desconforme à legalidade (estrita). Reputa-se, neste contexto, totalmente cabível o entendimento do Professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes acerca da verificação da boa-fé no âmbito do Tribunal de Contas.

4 Do devido processo legal

Tudo o que se expôs aponta por si só para a inviabilidade jurídica de o TC negar o registro de ato concessório de aposentadoria praticado há mais de 5 anos pela Administração Pública, gerador de benefícios para o interessado, pois, atingida a autotutela da Administração pela decadência, o ato concessório não poderá ser invalidado. É de se juntar a isto o fato de que as negativas de registro no âmbito dos TC por vezes são efetivadas sem que se franqueie oportunidade ao interessado, ao beneficiário do ato concessório de aposentadoria, de participar do processo administrativo, ou seja, há ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa, não se respeita o devido processo legal.

A denegação do registro do ato repercute diretamente na esfera juridicamente protegida do aposentado, que tem necessariamente que ter oportunidade de exercer seu direito de defesa antes da negativa de registro. A Constituição da República, rompendo com a tradição autoritária do período que a precedeu, consagrou o devido processo legal e seus consectários da ampla defesa e do contraditório de maneira explícita e irrefragável:

> "Art. 5º. [...]
> LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;
> LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;"

Interessante colacionar, ainda, o que expõe Emerson Gabardo especificamente para as hipóteses em que se tenha consumado a decadência:

> "O processo é imprescindível pois sem ele não há como o terceiro, possível beneficiado com a decadência da pretensão

[35] O trecho foi obtido em pesquisa ao site do autor: <www.jacoby.pro.br>.

> anulatória de um ato que lhe tenha surtido efeitos favoráveis, levante tal impedimento. Aliás, não é incomum que a Administração invalide um ato de forma unilateral, ignorando as garantias do contraditório e da ampla defesa e depois venha a anular o ato revisor, porque promovido fora do tempo, ou mesmo, porque fora ignorada a boa-fé do administrado, que poderia ter sido beneficiado com a convalidação."[36]

Rafael Da Cás Maffini, sustentando que a decisão constante do ato de aposentadoria é autônoma em relação à decisão relativa à anotação do ato pelo Tribunal de Contas, põe em relevo a necessidade de observância do devido processo legal:

> "Trata-se do fato de que o próprio STF já se pronunciou, em diversas ocasiões, no sentido de que seria inválida a decisão de negativa de registro – independente do ato sujeito a registro – em que não se observaram os princípios do contraditório e da ampla defesa."[37]

Assim, mesmo na esfera administrativa – perante o órgão de origem e perante o Tribunal de Contas – impõe-se garantir ao interessado o exercício de seu direito de defesa. E nem se argumente que o interessado é comunicado da decisão e pode, se desejar, interpor recurso perante o TC. Ora, neste caso estar-se-ia diante do diferimento da ampla defesa e do contraditório, a decisão seria tomada pelo TC preterindo estes direitos, que somente poderiam ser exercidos em grau de recurso. Esta providência extrema e excepcional – de diferir o contraditório e a ampla defesa – somente é admitida se houver urgência a ameaçar a concretização do interesse público. Não há como sustentar a presença de tal urgência – sob pena de vulnerar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade – no caso de denegação de ato concessório de aposentadoria. Impõe-se garantir ao interessado o exercício do contraditório e da ampla defesa – em homenagem ao devido processo legal – antes da decisão do TC que gere efeitos ablativos em sua esfera juridicamente protegida.

Neste ponto, ainda que não se comungue na íntegra com o entendimento explicitado, esclarecedores os argumentos apresentados pelo Ministro Carlos Aires Britto no voto proferido em 09/02/2006, no MS 25.116-6/DF (em tramitação):

> "Pois bem, começo por lembrar que, no julgamento do MS 24.268, acompanhei a divergência suscitada pelo Ministro Gilmar Mendes, no acórdão assim ementado:
> 'EMENTA: Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e

---

[36] GABARDO, Emerson. *In*: GUIMARÃES, Edgar (coord.). *Cenários do direito administrativo*: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: 2004, p. 195-226.

[37] (MAFFINI, Rafael Da Cás. Atos administrativos sujeitos a registro pelos Tribunais de Contas e a decadência da prerrogativa anulatória da administração pública. *Revista brasileira de direito público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, p. 143-163, jul./set., 2005.)

> 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. 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. 9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV).'
>
> Naquela oportunidade, manifestei minha concordância com o voto do insigne Ministro, ressaltando que o Tribunal de Contas, ao apreciar a legalidade de um ato concessivo de pensão, aposentadoria ou reforma, não precisa ouvir a parte diretamente interessada, porque a relação jurídica imediatamente travada, nesse momento, é entre o Tribunal de Contas e a Administração Pública. Relação tipicamente endo-administrativa, portanto. Num segundo momento, porém, com o julgamento da legalidade daquele primeiro ato administrativo de concessão da aposentadoria, reforma ou pensão, aí o que se tem já é o perfazimento do ato jurídico complexo em que os três institutos consistem."[38]

Os argumentos expendidos pelo Ministro corroboram a inafastabilidade do devido processo legal – na circunstância concretizado pelo contraditório e pela ampla defesa. Cumpre esclarecer, no entanto, que não considero, como dito acima, a aposentadoria ato complexo, bem como não entendo que o contraditório se impõe somente se o Tribunal de Contas proceder ao exame da legalidade do ato e pretender negar seu registro após o transcurso do prazo de 5 anos. A negativa do registro pelo TC tem clara repercussão na esfera juridicamente protegida do beneficiário da aposentadoria, razão bastante para tornar obrigatório o respeito ao contraditório e à ampla defesa no âmbito do TC.

[38] Voto obtido no site do STF:<www.stf.gov.br>.

5 Notas conclusivas

Com a argumentação exposta, pretendi fundamentar as notas conclusivas que apresento abaixo:

(a) a autotutela da Administração – dever-poder de rever seus atos – está prevista no ordenamento jurídico brasileiro como instrumento da concretização do princípio da legalidade;

(b) o princípio da legalidade (estrita) pode estar em colisão com outros princípios reitores da atividade administrativa;

(c) a autotutela encontra limites na segurança jurídica, na necessidade de estabilização das relações sociais, na proteção da confiança e na boa-fé de terceiros interessados, impondo-se a ponderação razoável dos princípios envolvidos na solução dos casos concretos;

(d) a decadência do dever-poder da Administração de invalidar seus próprios atos viciados encontra previsão expressa em legislação federal e também em legislações estaduais, não restando dúvida acerca de sua aplicação à Administração Pública;

(e) o ato de aposentadoria é ato simples – que se insere em procedimento – e não ato complexo ou composto; sua perfeição exaure-se com a concessão pela Administração;

(f) o ato de controle da legalidade do ato de aposentadoria, de competência do Tribunal de Contas no exercício do controle externo, é ato autônomo em relação ao ato de aposentadoria, com ele não se confunde; o TC exerce o controle sobre um ato já existente e perfeito – que pode até ser inválido, mas que é perfeito;

(g) os efeitos típicos do ato de aposentadoria para se produzirem não dependem do exercício do controle externo pelo TC;

(h) a decadência do dever-poder administrativo de rever o ato de aposentadoria começa a fluir da prática deste pela Administração;

(i) o prazo decadencial previsto nas leis de processo administrativo aplica-se aos Tribunais de Contas no que tange à análise da legalidade de ato de aposentadoria para fins de registro; trata-se de competência de natureza administrativa;

(j) a decadência do dever-poder administrativo de rever o ato de aposentadoria praticado em desconformidade com preceitos legais específicos – a desconformidade apresentada refere-se à legalidade em sentido restrito – consuma-se em 5 anos, configurando-se sua estabilização conforme à legalidade ampla ou juridicidade, uma vez que necessária à preservação da segurança jurídica e da boa-fé;

(k) a boa-fé do beneficiário do ato é pressuposto de aplicação do prazo decadencial previsto legalmente, justificando, juntamente com os princípios apontados acima, a estabilização da relação nascida do ato desconforme à legalidade (estrita).

As conclusões acima arroladas representam o resultado da argumentação expendida na tentativa de expor o tema à crítica e ao debate que está a exigir e merecer.

R e DE Revista Eletrônica de Direito do Estado
Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. ATO DE APOSENTADORIA - NATUREZA JURÍDICA, REGISTRO PELO TRIBUNAL DE CONTAS E DECADÊNCIA. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 32, outubro/novembro/dezembro de 2012. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-32-DEZEMBRO-2012-LUISA-CRISTINA-NETTO.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa / Informações adicionais: