— Não cabe ao Tribunal de Contas ordenar ao poder executivo a concessão de pensão considerada indevida, mas somente apreciar, para fins de registro, as concessões feitas.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

Consultoria-Geral da República
Parecer nº Y-009, de 20 de junho de 1985.
"Aprovo. Em 28.6.85."

PARECER Nº Y-009

1. No parecer da Procuradoria-Geral do Tribunal de Contas da União, a questão está bem relatada:

"Cuida este processo da pensão de caráter especial decorrente do falecimento em campanha na Itália, em fevereiro de 1945, do soldado brasileiro Abílio José dos Santos.

2. Inicialmente, foi o benefício deferido à genitora. Com o óbito desta em 1977, a pensão foi revertida a D. Martilina, irmã solteira em condições de habilitação.

3. A outra irmã, Maria dos Santos Seidel, era casada à data do falecimento da genitora, vindo a enviuvar-se só em 1978.

4. Agora, diante do óbito de D. Martilina, em 1982, a irmã, D. Maria, vem pleitear o que inicialmente denominou de reversão. Pedido desprovido pela autoridade administrativa. Renovado o petitório a título de recurso, vem à Corte para sua apreciação" (fls. 172).

A mesma Procuradoria opinou no sentido da "legalidade e registro da pensão de D. Martilina" e "atendimento ao pedido da irmã Maria dos Santos Seidel" (fls. 173-4).

O Tribunal considerou legal e mandou registrar a reversão da pensão de Martilina, irmã do morto e, ela mesma, falecida em 1982, e determinou a diligência proposta "em relação ao pedido da irmã, viúva, remanescente, Maria dos Santos Seidel" (fls. 175).

A Consultoria Jurídica do Ministério do Exército, além de sustentar o mérito da decisão administrativa, levanta a preliminar de incompetência do TCU para o que chamou de *diligência,* mas que, em verdade, encerra uma *decisão:*

"12. Como se vê, a decretação da reforma (*sic*) é ato exclusivo da administração, cabendo à alegada Corte de Contas dizer, apenas, da sua legalidade, como aperfeiçoamento do ato administrativo complexo."

Em abono da tese, invoca os seguintes Pareceres desta Consultoria Geral: n.os L-186, 1-U e D-32, dos quais só o primeiro é posterior à Emenda Constitucional nº 7.

Conclui:

"Vê-se, pois, que a egrégia Corte de Contas, ao decidir pela concessão da pensão à Requerente, não observou a legislação que disciplina a matéria e extrapolou de suas funções, que são aquelas expressamente mencionadas no § 7º do art. 72 da Constituição Federal que, repita-se, é julgar da legalidade das concessões iniciais de aposentadorias, reformas e pensões."

Assim entendendo, a referida Consultoria Jurídica do Ministério do Exército sugeriu a remessa da questão a este órgão.

Como se vê, mais do que aquilo que importa ao caso concreto, esta Consultoria-Geral está desafiada a retomar a velha e douta discussão da eficácia de decisões do Tribunal de Contas da União, da qual já partici-

param eminentes juristas e jurisconsultos brasileiros.

2. Referirei pronunciamentos anteriores à Emenda Constitucional nº 7 mais com o objetivo histórico de dar notícia dos estudos desenvolvidos do que por serem estes necessários à análise da questão específica *da diligência para a concessão das pensões negadas pela administração.*

Sob o título Valor das deciseõs do Tribunal de Contas, Victor Nunes Leal analisou especialmente as disposições da Constituição de 1946, que se encontravam em vigor quando penetrantemente dissertou a respeito e em cujo art. 77, I, incluía-se na competência do TCU *"julgar* da legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões". Esse o tema principal do seu artigo doutrinário. Afirmou o saudoso jurisconsulto que "a doutrina mais segura, baseando-se na natureza de sua principal atribuição, não o considera integrante do aparelhamento administrativo em sentido estrito: coloca-o acima da administração propriamente dita, pela ação fiscalizadora que sobre ela exerce" e observa que "suas afinidades mais estreitas são com o Congresso, com o qual colabora intimamente, segundo se vê dos §§ 3º e 4º do art. 77 da Constituição vigente". Entende que "da posição peculiar do Tribunal de Contas no mecanismo do Estado resulta que suas decisões são obrigatórias para os órgãos administrativos (ressalvada a hipótese de registro sob reserva, ordenado pelo Presidente da República, com recurso *ex-officio* para o Congresso"). Em reforço de sua posição, invoca a magistratura de Castro Nunes: "o Tribunal de Contas — órgão posto de permeio entre os poderes para vigiar a execução das leis de meios, é o fiscal constitucional daqueles que as aplicam, dos que têm poder de despender, isto é, do Poder Executivo — é *tribunal sobranceiro* à própria Administração. A Administração não pode invalidar os seus atos." Recorda também a opinião de Temístocles Cavalcanti no sentido de que as decisões do TCU "só pela Justiça Ordinária podem ser anuladas, corrigidas pelo Legislativo, e o presidente da República delas pode divergir para mandar executar os atos e contratos administrativos, por eles assumindo a responsabilidade, nos termos do art. 29 do Decreto-lei nº 426, de 1938". Já por conta própria, professa Nunes Leal: "Tratando-se de um *julgamento,* segundo se exprime inequivocamente o texto constitucional, parece mais acertado considerar o ato como definitivo para a Administração." Mas admite que "o prejudicado ou a própria Administração recorram ao Judiciário". Passa a discutir a importância do verbo *julgar* que o texto constitucional elegeu, para opinar sobre se nem mesmo o Judiciário poderia rever decisões do TCU. Lança esta dúvida: "Ora, se a competência para *julgar* contas torna prejudicial e definitivo o pronunciamento daquele órgão sobre o fato material do alcance (ou da sua ausência), pode parecer que idêntica conseqüência deva extrair da competência do Tribunal de Contas para julgar da legalidade dos contratos, aposentadorias, reformas e pensões." Conclui: "as decisões do Tribunal de Contas sobre a legalidade de contratos, aposentadorias, reformas e pensões, embora qualificadas de *julgamentos* pelo texto constitucional, não escapam ao controle judiciário" (*Revista de Direito Administrativo, 12*:418).

Temístocles Cavalcanti também se ocupa da natureza da função *julgadora* do Tribunal de Contas. Admite que este tem função *quase judicial,* de natureza *jurisdicional* mas puramente administrativa, e, por isso mesmo, sujeita à revisão judicial (*Revista do TCU, 4*:37).

Seabra Fagundes doutrina que, "no *julgamento* das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos (Emenda Constitucional nº 1, art. 70, §§ 1º e 4º, Lei nº 6.223, art. 2º, inciso III), os Tribunais de Contas exercem função *jurisdicional",* enquanto "fixam irretratavelmente situações contábeis, para quitar ou debitar os administradores". Empresta maior sentido à própria substância das decisões do que à palavra *julgamento* que o texto constitucional consigna. No tocante às aposentadorias, reformas e pensões, afirmou, antes

mesmo da Emenda Constitucional nº 7, que o TCU não desempenha função judicante, pois não se trata de uma função sua *pela essência* e, apenas, participa da atividade dos órgãos superiores do poder executivo. "Assim sendo", diz, "o verbo *julgar* há de ser visto como uma impropriedade de linguagem", uma vez que a atribuição ao órgão "é materialmente administrativa e se destina apenas a integrar o ato" (*Revista do TCU, 12*:3).

O Supremo Tribunal Federal, *antes da Emenda Constitucional nº 7*, decidiu que "a competência do Tribunal de Contas para julgar da legalidade das concessões iniciais de aposentadoria, reformas e pensões, prevista no § 8º do art. 72 da Constituição, *é definitiva na esfera administrativa* e que o julgamento por ele proferido não está sujeito a reexame pelo Senhor Presidente da República ou pelo Congresso Nacional". O acórdão admitiu, entretanto, recurso para o poder judiciário contra a decisão do TCU (*RTJ*, 77:29). Semelhantemente decidiu anteriormente (*RTJ*, 6:458).

O acórdão mais recente foi o do Pleno do Supremo, datado de 22 de setembro de 1976, ainda anterior à Emenda Constitucional nº 7 e no qual se encontra esta importante definição:

"Portanto, no caso presente, o Tribunal de Contas da União, no exercício da atribuição que lhe compete por força do § 8º do artigo 72 da Emenda Constitucional nº 1/69, só tem uma alternativa: ou julga válida a aposentadoria voluntária nos termos em que foi concedida, ou a julga nula, por ilegal. *O que não pode é determinar o registro da aposentadoria em termos diversos dos em que foi ela requerida e deferida*, o que implicaria aposentadoria compulsória fora dos casos em que a lei a permite" (*Revista do TCU, 15*:233).

Além dos Pareceres n.os L-186, 1-U e D-32, citados no parecer da Consultoria Jurídica do Ministério do Exército, podem ser mencionados outros pronunciamentos desta Consultoria-Geral, como o ofício do eminente Dr. Antônio Balbino, de 22 de setembro de 1961, e os Pareceres n.os L-165 e R-010, de autoria, respectivamente, dos também eminentes Drs. Luis Rafael Mayer e Ronaldo Rebello de Britto Poletti. Convém vê-los pela ordem das datas.

No primeiro, o Consultor-Geral Gonçalves de Oliveira menciona os atos de *verificação da legalidade* da concessão — conformidade com a lei, contagem de tempo e fixação correta dos vencimentos, para, em seguida, afirmar:

"É, porém, ao Executivo, e não ao Tribunal, que cabe a decretação das aposentadorias ou reformas.

(...)

Se o título do aposentado não se acha de acordo com a lei, pode o Tribunal, *a título de cooperação, sugerir* à administração pública alterações e diligências para pô-lo de acordo com as normas legais. Mas *não são obrigatórios nem definitivos* a aceitação e o cumprimento das diligências ordenadas pelo Tribunal de Contas. Deve acatar aquelas que *lhe pareçam* conforme as leis (...) o que poderá fazer (o Tribunal) será negar o registro do ato respectivo.

(...)

A função do Tribunal de Contas, a propósito do julgamento das aposentadorias, não é, de qualquer forma, de natureza jurisdicional" (nº 1-U).

O Consultor-Geral Antônio Balbino entendeu que "a decisão do Tribunal de Contas ao apreciar e julgar a constitucionalidade e legalidade de aposentadorias exaure a instância administrativa", pois "nenhuma autoridade do Executivo tem poderes para obstacular o julgado deste Tribunal e os seus efeitos, haja vista a sua soberana competência". No caso examinado, tratava-se de decisão que aplicou a certa aposentadoria o art. 184, III, do Estatuto dos Funcionários Públicos, para aumentar de 20% os respectivos proventos.

O Consultor-Geral Caio Mário da Silva Pereira atribuiu poder jurisdicional ao TCU, fundando-se, principalmente, no uso do verbo *julgar* pela Constituição de 1946. No ato

de *julgar*, disse, existe um pronunciamento jurisdicional, próprio do órgão judicante. Ressalva, que "é preciso atentar bem na linguagem do texto constitucional", segundo o qual o que cabe ao TCU julgar é apenas a *legalidade*, pelo que "não pode ultrapassar essa craveira". Insiste em que "o Tribunal de Contas decidindo da legalidade, não pode penetrar na matéria de mérito". Nega força cogente às decisões do Tribunal, salvo em casos excepcionais, e não admite que produzam *coisa julgada*. Considera que a instância administrativa permanece pendente, pelo que o presidente da República "poderá, na forma do art. 56, da Lei nº 830, de 23 de setembro de 1949, ordenar por despacho que seja praticado o ato, cabendo ao egrégio Tribunal de Contas proceder na forma dos parágrafos do mesmo artigo" (Parecer nº D-32).

O Consultor-Geral Luiz Rafael Mayer manifestou-se sobre temas relativos ao TCU por duas vezes (Pareceres n.os L-165 e L-186). No primeiro, discordou da decisão do Tribunal que considerou a Lloyd Libra Navegação S.A. sob seu controle financeiro, mas, sem embargo da discordância, afirmou que descabe "ao Poder Executivo a adoção de qualquer medida, em seu âmbito, em contradição com a respeitável decisão do egrégio Tribunal de Contas". No segundo parecer, o mesmo consultor-geral, tendo em vista a Emenda Constitucional nº 7, afirmou que o novo § 7º, do art. 72, da Constituição, "emprestou clareza maior, dissipando dúvidas e controvérsias, eventualmente sustentadas, quanto à natureza da decisão proferida por esta corte, reassegurando, de modo incontestável, o seu *caráter puramente administrativo*". Disse que "ainda é válida a concepção de que a concessão das aposentadorias, reformas ou pensões, se reveste da natureza de um ato administrativo complexo, composto por dois momentos e duas vontades que coincidem, sem as quais o ato não alcança a sua perfeição e eficácia". A manifestação da vontade da administração pública se corporifica em um ato, inicial, de caráter provisório, pois só se tornará definitivo pelo registro autorizado pelo TCU — lê-se no Parecer nº L-186.

O Consultor-Geral Ronaldo Rebello de Britto Poletti, opinando sobre uma aprovação de contas pelo TCU, afirmou a imutabilidade das decisões do órgão pela instância disciplinar. A questão, objeto do pronunciamento, não se assemelha à que agora é examinada.

3. Expostas assim tão doutas quanto variadas posições, cabe agora considerar a espécie à luz do novo texto do § 7º, do art. 72, introduzido pela Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977, *in verbis*:

"O Tribunal de Contas *apreciará*, para fins de registro, a legalidade das concessões iniciais de aposentadoria, reformas e pensões, independendo de sua *apreciação* as melhorias posteriores."

Anteriormente, o § 8º, do mesmo art. 72, dispunha:

"O Tribunal de Contas *julgará* da legalidade das concessões iniciais de aposentadoria, reformas e pensões, não dependendo de sua *decisão* as melhorias posteriores."

Como se vê, a linguagem anterior insistia na idéia jurisdicional: *julgará* e *decisão*.

O novo texto teve por objetivo *exclusivo* afastar essa idéia, insistindo agora na de simples *apreciação*, palavra de conteúdo sem rigor técnico.

Não há mais por que falar em *julgamento* ou em função jurisdicional, que, como sublinhou o grande jurisconsulto Seabra Fagundes, constituía *impropriedade* no texto anterior:

"(...) ao *julgar* a legalidade das concessões iniciais de aposentadorias, reformas e pensões (Emenda nº 1, art. 72, § 8º), não desempenham função própria, por natureza, de atividade dos órgãos superiores do Poder Executivo. Assim sendo, o uso do verbo *julgar* há de ser visto como uma *impropriedade* de linguagem" (loc. cit.).

Essa *impropriedade*, a Emenda Constitucional nº 7 eliminou.

A intenção do constituinte, ao emendar a Constituição, tornou-se translúcida ao di-

zer que o TCU apreciará a *legalidade* da concessão, para fins de registro.

É, então, da *concessão,* não da negativa da concessão, que trata o parágrafo. O que *se registra* é a concessão. Não é o que não há, isto é, a concessão negada ou indeferida. A *legalidade* a apreciar é a da concessão. Não é a do que — repito para enfatizar — não há, isto é, não é a da concessão negada ou indeferida.

4. O antigo consultor-geral, hoje eminente ministro do STF, Luiz Rafael Mayer, lucidamente vê no ato *complexo* da concessão de pensão, a concorrência de duas vontades:

"Com efeito, ainda é válida a concepção de que a concessão das aposentadorias, reformas ou pensões, se reveste da natureza de um ato administrativo *complexo,* composto por dois momentos e *duas vontades* que coincidem, sem os quais o ato não alcança a sua perfeição e eficácia" (Parecer nº L-186).

A administração emite a vontade de conceder, ou não conceder, a pensão. O TCU emite a de registrar, ou não registrar, a pensão *concedida*.

Ninguém pode obrigar outra pessoa a emitir vontade. Através de ação e sentença e unicamente nos termos do art. 639, do Código de Processo Civil, poderá, no máximo, pedir ao juiz que a emita em substituição ao inadimplente:

"Se aquele que se compromete a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado."

Cabe recordar aqui o disposto no § 2º, do art. 153, da Constituição:

"Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei."

Como quer que seja e *ressalvado o caso de superioridade hierárquica,* para obrigar-se alguém a fazer alguma coisa, será necessária a ação, a lide, convenientemente processada perante juízo competente e assegurando-se ampla defesa ao sujeito passivo da relação processual.

Não se considere ousadia a seguinte paráfrase ou metáfrase da tese que suponho implícita no acórdão do STF citado na lauda 5 deste parecer e publicado pela *Revista do TCU, 15*:233, para dela extrair, com a devida vênia, o seguinte sentido:

O Tribunal de Contas ou julga válida a pensão, nos termos em que foi concedida, ou a julga nula, por ilegal.

O que não pode é determinar à administração que conceda uma outra pensão, emita uma outra vontade para produzir um novo ato registrável, estranho à sua volição.

5. Fixando-me na redação que a Emenda Constitucional nº 7 deu ao texto relativo à concessão inicial de pensão, suponho que constituiria superfetação desenvolver raciocínios à base dos *julgamentos* do TCU, pois estes já não cabem em relação às referidas pensões e apenas se referem às contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos (art. 70, § 1º, da Constituição).

Assim sendo, todo o debate anterior, sintetizado no item 2, deve vincular-se agora apenas ao referido § 1º, do art. 70, não tendo mais por fulcro a matéria referente às aposentadorias, reformas e pensões (§ 7º, do art. 72). Se, antes de 13 de abril de 1977, Seabra Fagundes argüia a impropriedade do verbo *julgar,* no atinente aos atos agora referidos, permito-me entender que a controvérsia converteu-se em dado *histórico*. Por isso, quero eximir-me de me envolver em perlenga que suponho ultrapassada.

Limito-me ao exame do direito vigente. A longa notícia de um debate, que a Emenda Constitucional nº 7 colocou nos desvãos da história, pode justificar-se pela conveniência de deixar evidente que não é por ignorá-lo que ouso meter-me em outras veredas e sertões.

Pretendo sempre, como critério constante, a via da simplificação, em busca da objetividade da solução dos problemas jurídicos

oferecidos ao meu exame. Por isso, esquivo-me da procela.

6. A Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Decreto-lei nº 199, de 25 de fevereiro de 1967), repetindo o disposto no § 5º, do art. 72, da Constituição, dispõe:

"Compete ao Tribunal de Contas:

(...)

V — assinar prazo razoável para que o órgão da administração pública adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei *se verificar*, de ofício ou mediante provocação do Ministério Público ou das auditorias financeiras e orçamentárias e demais órgãos auxiliares, a *ilegalidade de qualquer despesa*, inclusive as decorrentes de contratos, aposentadorias, reformas e *pensões*" (art. 31).

A diligência — ouso supor — será, então, apenas para verificar a legalidade *de uma despesa ordenada*, não para ordenar à administração que faça uma despesa que ela não ordenou nem quer ordenar.

Não há norma constitucional ou legal que confira ao TCU competência para criar ou ordenar despesa.

Ainda que vigesse o texto constitucional anterior à Emenda nº 7, ninguém veria na controvertida função *jurisdicional* dos Tribunais de Contas o poder de, *sem forma nem figura de juízo* e sem lei que lhe outorgasse tal poder, obrigar a União, ou qualquer entidade ou pessoa, a pensionar outra.

A esta altura, torna-se oportuna, de novo, a lição do antigo Consultor-Geral da República Gonçalves de Oliveira, segundo a qual o TCU, a título de cooperação, pode *sugerir* à administração que examine questões estranhas à legalidade de concessões *que ela haja feito*, não sendo, porém, obrigatórias tais sugestões. Se for o caso, acrescenta, poderá apenas negar o registro (loc. cit.). Aqui, não haveria o que indeferir, pois não poderia ser negado o registro de concessão que não houve.

7. A Constituição estabelece regra para o caso de não ser atendida a diligência ordenada pelo TCU:

"c) sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, exceto em relação a contrato" (art. 72, § 5º).

Por se tratar, no caso, de *ausência de ato*, não seria possível sustar a execução de ato que não existe.

Falta, assim, sanção na Constituição ou mesmo na lei, pelo que caberá ao interessado postular em juízo o direito que julgue ter.

8. O art. 50, do Regimento Interno do TCU, autoriza a interposição de recursos ou pedidos de reexame "relativos a concessões, quando (a Segunda Câmara) houver proferido a Decisão recorrida e existir jurisprudência firmada a respeito da matéria, nos termos do art. 115, deste Regimento".

O prazo para a interposição de recurso e pedido de reexame é de 30 dias, contados da ciência ou da publicação em órgão oficial (arts. 113 e 115, do citado Regimento), mas, segundo informação fidedigna, o Tribunal não se mostra ortodoxo ou rigoroso no tocante ao prazo regimental.

Isto posto, o órgão interessado, se o preferir, poderá pedir ao TCU o reexame da diligência que houve por bem ordenar e cujo *mérito* não me parece oportuno analisar.

9. Em decorrência de quanto acaba de ser dito, peço licença para entender que tão legítima é a competência da administração para decidir se ao postulante cabe direito à pensão, ou não, quanto é legítima a competência do TCU para apreciar, para fins de registro, a legalidade da concessão que haja sido feita pelo órgão específico, ou para assinar prazo necessário para que este adote as providências necessárias à verificação da legalidade de qualquer *despesa ordenada*.

10. Conquanto desnecessariamente, registro que a presente análise constitui modesto esforço no sentido de estabelecer o discrime técnico de atribuições e competência de órgãos do poder público.

A alta Corte de Contas, em sua sabedoria, vê-lo-á com benevolência e compreensão, ainda que porventura dê às normas aplicáveis

interpretação diversa da que, com a devida vênia, me permito esposar.

Presto especiais homenagens à cultura e à inteligência do eminente relator do caso no TCU, até mesmo porque me sinto ligado ao insigne juiz por laços pessoais de estima e admiração.

É o meu parecer, *sub censura*.

Brasília, 20 de junho de 1985. — *Darcy Bessone,* Consultor-Geral da República.