

05/02/2004

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA

D.J. 17.09.2004

TRIBUNAL PLENO

EMENTÁRIO Nº 2164-1

MANDADO DE SEGURANÇA

nº 24.268-0

-

MINAS GERAIS

RELATORA ORIGINÁRIA : MIN. ELLEN GRACIE

RELATOR PARA O ACÓRDÃO : MIN. GILMAR MENDES

IMPETRANTE : FERNANDA FIUZA BRITO

ADVOGADOS : CARLOS AUGUSTO DE ARAUJO CATEB E OUTROS

IMPETRADO : PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

IMPETRADO : GERENTE DE RECURSOS HUMANOS DA SUBSECRETARIA DE
PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E ADMINISTRAÇÃO DO MINISTÉRIO DA
FAZENDA-GERÊNCIA REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO EM MINAS GERAIS

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 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).

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa, na conformidade da



MS 24.268 / MG

ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, deferir a segurança, nos termos do voto do Senhor Ministro Gilmar Mendes.

Brasília, 05 de fevereiro de 2004.

MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA - PRESIDENTE

(Par. único do art. 94, do RISTF)

MINISTRO GILMAR MENDES - REDATOR P/ O ACÓRDÃO

03/04/2003**TRIBUNAL PLENO****MANDADO DE SEGURANÇA 24.268-0 MINAS GERAIS****RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE****IMPETRANTE : FERNANDA FIUZA BRITO****ADVOGADOS : CARLOS AUGUSTO DE ARAUJO CATEB E OUTROS****IMPETRADO : PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO****IMPETRADO : GERENTE DE RECURSOS HUMANOS DA SUBSECRETARIA DE PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E ADMINISTRAÇÃO DO MINISTÉRIO DA FAZENDA-GERÊNCIA REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO EM MINAS GERAIS****RELATÓRIO**

A Senhora Ministra Ellen Gracie: Trata-se de mandado de segurança contra atos do Presidente do Tribunal de Contas da União e do Gerente de Recursos Humanos da Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração do Ministério da Fazenda - Gerência Regional de Administração de Minas Gerais.

A impetrante alega, em síntese, que o Tribunal de Contas da União, sem ouvi-la na condição de beneficiária adotada, em ato atentatório contra os direitos à ampla defesa, ao contraditório, ao devido processo legal, ao direito adquirido, e à coisa julgada, decidiu, unilateral e sumariamente, cancelar o pagamento da sua pensão especial, concedida há dezoito anos.

Acrescenta que o ato atenta, também, frontalmente, contra o princípio do controle judicial dos atos administrativos.

São fundamentos da decisão impugnada (fls. 35/36):

“O Ministério Público, representado nos autos pelo Subprocurador-Geral Ubaldo Alves Caldas, discordando da unidade técnica, manifesta-se no seguinte sentido:

“(...

A adoção de menores de dezoito anos por escritura pública foi possível, nos termos dos arts. 134 e 375 do Código Civil, somente até a edição da Lei nº 6.697/79 (Código de Menores).

do Código Civil, somente até a edição da Lei nº 6.697/79 (Código de Menores).

Antes da edição da referida lei, para formalizar-se uma adoção, bastava dirigir-se a um Cartório, com o consentimento dos pais do menor, declarar o desejo de adotar determinada pessoa.

Com o Código de Menores de 1979, o art. 134, inciso I, e o art. 375 do Código Civil deixaram de se aplicar aos menores e a autorização judicial passou a constituir a substância do ato, conforme preceituam os arts 28 e 35 e parágrafos, *in verbis*:

“Art. 28 A adoção simples dependerá de autorização judicial, devendo o interessado indicar, no requerimento, os apelidos de família que usará o adotado, os quais, se deferido o pedido, constarão do alvará e da escritura para averbação do registro de nascimento do menor.

.....
Art. 35 A sentença concessiva da adoção plena terá efeito constitutivo e será inscrita no Registro Civil mediante mandado, do qual não se fornecerá certidão.

§ 1º A inscrição consignará o nome dos pais adotivos como pais, bem como nome de seus ascendentes.

§ 2º Os vínculos de filiação e parentesco anteriores cessam com a inscrição.

§ 3º O registro original do menor será cancelado por mandado, o qual será arquivado.

§ 4º Nas certidões do registro nenhuma observação poderá constar sobre a origem do ato.

§ 5º A critério da autoridade judiciária, poderá ser fornecida certidão para a salvaguarda de direitos.’ (grifo nosso)

Essa modificação formal teve por objetivo salvaguardar o menor, pois o juiz, ao analisar e julgar os fatos, deverá levar em conta, além de outros fatores, que a proteção

dos interesses do menor sobreleva qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado (art. 5º da Lei nº 6.697/79).

A adoção em exame ocorreu no ano de 1984, ou seja sob a vigência do Código de menores, e a adotante contava, àquela época, com quatro anos de idade; portanto, indispensável a autorização judicial para a validade do ato.

Considerando que a adoção não ficou comprovada nos autos por instrumento jurídico adequado, este representante do Ministério Público, em consonância com a Decisão nº 13/97 da 2ª Câmara (Ata nº 4/97), opina pela ilegalidade e recusa de registro da presente concessão, sugerindo que a Secretaria de Fiscalização de Pessoal acompanhe, por intermédio do sistema SIAPE, o cumprimento da decisão que vier a ser tomada neste processo.”

É o relatório.

II - VOTO

A Lei nº 6.697/79, que instituiu o Código de Menores, não deixa margem a dúvidas quanto às condições em que deveriam se processar as adoções. Sua edição deu-se cerca de cinco anos antes da adoção da então menor Fernanda Fiuza Lima pelo instituidor Oscar de Moura. Logo, não preenchido o requisito da lei, a concessão em exame deve ser considerada ilegal.”

Sustenta a impetrante que é clara a lesão ao direito líquido e certo e está evidenciado o *fumus boni iuris*. O *periculum in mora* está caracterizado diante dos inúmeros problemas de ordem financeira e moral, comprometendo, séria e imediatamente, sua subsistência e a continuidade dos seus estudos universitários.

Requer seja, liminarmente, e depois em caráter definitivo, revogado o ato, amenizando-se os prejuízos causados à impetrante, com o fim do cancelamento do pagamento de sua única e vitalícia renda.

Em suas informações (fls. 57/129), o Presidente do TCU sustenta a legalidade do ato impugnado já que a adoção, levada a termo em 1984, não foi efetuada por instrumento jurídico adequado como disposto no art. 28 e 35 da Lei 6.697/79, não bastando para os fins pretendidos apenas o *periculum in*

MS 24.268 / MG

mora. As informações do Gerente Regional do Ministério da Fazenda (fls. 151/170) são no sentido de que aquele órgão limitou-se a cumprir determinação do Tribunal de Contas da União.

Indeferi a medida liminar, por entender não evidenciado o *fumus boni juris*.

Aberta vista ao Ministério Público Federal, veio aos autos o parecer de fls. 138/147 - fortemente calcado em precedente da Segunda Turma, o RE 158.543, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 06.10.95 - pela concessão da segurança.

É o relatório.



VOTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie - (Relatora): O Tribunal de Contas da União, na forma do artigo 71, III, da Constituição Federal, é competente para apreciar, para fins de registro, a legalidade das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, muito embora os atos praticados sejam passíveis do controle do Poder Judiciário.

Com relação aos princípios do contraditório e contencioso quando do julgamento da SS 514 (AgRg), DJ 03.12.93, assim apreciou a questão o eminente Min. Octavio Gallotti:

“Considerar que o Tribunal de Contas, quer no exercício da atividade administrativa de rever os atos de seu Presidente, quer no desempenho da competência constitucional para julgamento da legalidade da concessão de aposentadorias, (ou ainda na aferição da regularidade de outras despesas) esteja jungido a um processo contraditório ou contencioso, é submeter o controle externo, a cargo daquela Corte, a um enfraquecimento absolutamente incompatível com o papel que vem sendo historicamente desempenhado pela Instituição desde os albores da República.”

Por outro lado, destaco o seguinte trecho do voto do Ministro Carlos Velloso, no precedente citado no parecer da Procuradoria Geral da República, o RE 158.543, da Segunda Turma:

“Nos casos que tenho apreciado, em que o tema é ventilado, procuro verificar se o ato administrativo praticado é puramente jurídico ou se envolve ele questões de fato, em que se exige o fazimento de prova. Porque, se o ato é puramente jurídico, envolvendo, simplesmente, a aplicação de normas objetivas, mesmo não tendo sido assegurado o direito de defesa na área administrativa, pode a questão ser examinada em toda sua extensão, no Judiciário, na medida judicial contra o ato apresentada. Neste caso, portanto, não há se falar em prejuízo para o administrado, ou não resulta, do fato de não ter sido

assegurada a defesa, na área administrativa, qualquer prejuízo, dado que a questão, repito, pode ser examinada em toda sua extensão, judicialmente.”

Também por mais este fundamento, penso ser dispensável o contraditório na fase administrativa, eis que a questão é exclusivamente de direito.

Por outro lado, decidiu esta Corte (RE 185.255, relator Min. Sydney Sanches, D.J. 19.9.97) que não ofende o art. 5º, LV, da CF, o ato da autoridade que, sem procedimento administrativo - e portanto sem dar ao interessado oportunidade de se manifestar - retifica ato de sua aposentação para excluir vantagens atribuídas em desconformidade com a lei.

Outra questão invocada pela impetrante é a da existência da coisa julgada e do direito adquirido a seu favor.

A sentença de fls. 29, proferida pelo Juiz de Direito da 5ª Vara da Família de Belo Horizonte, trazida com a inicial, decidiu que os pais naturais reassumissem o pátrio poder sobre a então menor e que se procedesse a averbação à margem do registro de nascimento, sem prejuízo da situação anterior de adotada por seu bisavô, para o gozo dos benefícios e exercício dos direitos de adoção. Vejo que nenhum julgamento foi proferido sobre a legalidade, ou não, da adoção, tida por irregular pelo Ministério Público e Tribunal de Contas, em razão do não atendimento das disposições da Lei 6.697/99. Assim, não ocorreu, como quer a impetrante, a coisa julgada a seu favor.

Quanto à existência, ou não, do direito adquirido e do longo período de dezoito anos em que a impetrante beneficiou-se da pensão cancelada, entendo ser aplicável, *mutatis mutandis*, a decisão desta Primeira Turma, quando do julgamento do AgRg 120.893, relator, Min. MOREIRA ALVES:

“1. Não desconheço que esta Corte tem, vez por outra, admitido - por fundamento jurídico que não sei qual seja — a denominada “teoria do fato consumado”, desde que se trate de situação ilegal consolidada no tempo quando decorrente de deferimento de liminar em mandado de segurança.

Jamais compartilhei esse entendimento que leva a premiar quem não tem direito pelo fato tão só de um Juízo singular ou de um Tribunal retardar exagerada e injustificadamente o julgamento definitivo de um mandado de segurança em que foi concedida liminar, medida provisória por natureza, ou de a demora, na desconstituição do ato administrativo praticado por força de liminar posteriormente cassada, resultar de lentidão da máquina administrativa."

Por iguais razões, entendo não se justificar aqui a existência do direito adquirido em decorrência do longo tempo em que a pensão foi recebida de forma irregular e ilegal. Tampouco, a pretexto do fato consumado, não pode o Tribunal de Contas ser impedido de exercer suas atribuições constitucionais.

Por último, observo que entre a data da escritura de adoção (fls. 166) 30.7.1984 e a data do óbito do adotante (fls. 162) 7.8.1984 decorreu apenas uma semana. Oscar de Moura, bisavô da impetrante, ao adotar e em seguida vir a falecer, aos 83 anos de idade, estava com câncer. As circunstâncias evidenciam simulação da adoção com o claro propósito de manutenção da pensão previdenciária. E mais, a adoção foi feita sem a forma prescrita em lei e é nula, nos termos dos artigos 82, 130, 145, III e 146 do Código Civil, não podendo produzir efeitos.

Por estas razões, **denego a segurança.**



/jsl

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

MANDADO DE SEGURANÇA 24.268-0

PROCED.: MINAS GERAIS

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE

IMPTE.: FERNANDA FIUZA BRITO

ADVDS.: CARLOS AUGUSTO DE ARAUJO CATEB E OUTROS

IMPDO.: PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

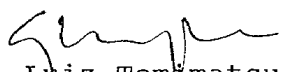
IMPDO.: GERENTE DE RECURSOS HUMANOS DA SUBSECRETARIA DE
PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E ADMINISTRAÇÃO DO MINISTÉRIO DA
FAZENDA-GERÊNCIA REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO EM MINAS GERAIS

Decisão: Após o voto da Senhora Ministra Ellen Gracie, Relatora, indeferindo a segurança, pediu vista o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Celso de Mello, e, neste julgamento, o Senhor Ministro Carlos Velloso. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Plenário, 03.04.2003.

Decisão: Apresentado o processo em mesa pelo Senhor Ministro Gilmar Mendes, que pedira vista dos autos, S. Exa. indicou adiamento. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Cezar Peluso, Sepúlveda Pertence e, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 15.10.2003.

Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Carlos Britto e Joaquim Barbosa.

Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.


Luiz Tomimatsu
Coordenador

pr

15/10/2003

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA

nº 24.268-0

-

MINAS GERAIS**RELATORA ORIGINÁRIA : MIN. ELLEN GRACIE**

RELATOR PARA O ACÓRDÃO : MIN. GILMAR MENDES

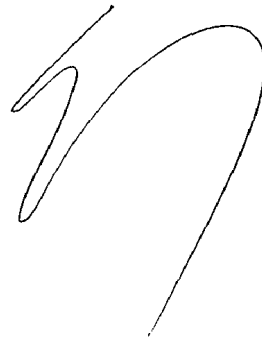
IMPETRANTE : FERNANDA FIUZA BRITO

ADVOGADOS : CARLOS AUGUSTO DE ARAUJO CATEB E OUTROS

IMPETRADO : PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

IMPETRADO : GERENTE DE RECURSOS HUMANOS DA SUBSECRETARIA DE
PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E ADMINISTRAÇÃO DO MINISTÉRIO DA
FAZENDA-GERÊNCIA REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO EM MINAS GERAIS**ADIAMENTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sr. Presidente, acredito que, na ausência do Ministro Sepúlveda Pertence, seria recomendável adiamento, para o julgamento da matéria com o **quorum** completo.



05/02/2004

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇAnº 24.268-0

-

MINAS GERAIS

V O T O

(VISTA)

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES:

Como anotado no relatório apresentado pela Ministra Ellen Gracie, "a impetrante alega, em síntese, que o Tribunal de Contas da União, sem ouvi-la na condição de beneficiária adotada, em ato atentatório contra os direitos à ampla defesa, ao contraditório, ao devido processo legal, ao direito adquirido e à coisa julgada, decidiu, unilateral e sumariamente, cancelar o pagamento da sua pensão especial, concedida há dezoito anos".

Por seu turno, o Presidente do Tribunal de Contas da União sustenta a legalidade do ato impugnado, no entendimento de que a decisão que negou o registro da concessão de pensão especial fundamentou-se na ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado, conforme determinam os arts. 28 e 35 da Lei nº 6.679, de 1979 (fls. 62).

A eminente relatora ressalta que "o Tribunal de Contas da União, na forma do artigo 71, III, da Constituição Federal, é competente para apreciar, para fins de registro, a legalidade das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, muito embora os atos praticados sejam passíveis do controle do Poder Judiciário".

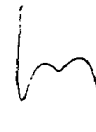


Sobre a aplicação do princípio do contraditório no âmbito do Tribunal de Contas da União destaca o pronunciamento de Octávio Gallotti na SS 514(AgRg), verbis:

"Considerar que o Tribunal de Contas, quer no exercício da atividade administrativa de rever os atos de seu Presidente, quer no desempenho da competência constitucional para julgamento da legalidade da concessão de aposentadorias, (ou ainda na aferição da regularidade de outras despesas) esteja jungido a um processo contraditório ou contencioso, é submeter o controle externo, a cargo daquela Corte, a um enfraquecimento absolutamente incompatível com o papel que vem sendo historicamente desempenhado pela Instituição desde os albores da República". (SS 514(AgRg), DJ 3.12.93)

Em seguida, invoca o magistério de Velloso no RE 158.543, verbis:

"Nos casos que tenho apreciado, em que o tema é ventilado, procuro verificar se o ato administrativo praticado é puramente jurídico ou se envolve ele questões de fato, em que se exige o fazimento de prova. Porque, se o ato é puramente jurídico, envolvendo, simplesmente, a aplicação de normas objetivas, mesmo não tendo sido assegurado o direito de defesa na área administrativa, pode a questão ser examinada em toda sua extensão, no Judiciário, na medida judicial contra o ato apresentada. Neste caso, portanto, não há se falar em prejuízo para o administrado, ou não resulta, do fato de não ter sido assegurada a defesa, na área administrativa, qualquer



prejuízo, dado que a questão, repito, pode ser examinada em toda sua extensão, judicialmente." (RE 158.543, DJ 6.10.1995; fls. 5/6 do relatório da Ministra Ellen)

Entendeu, por isso, a relatora que o contraditório seria dispensável na fase administrativa, uma vez que a questão seria exclusivamente de direito.

Destacou, ainda, precedente da relatoria do Ministro Sydney Sanches, segundo o qual "não ofende o art. 5º, LV, da CF, o ato da autoridade que, sem procedimento administrativo, - e portanto sem dar ao interessado oportunidade de se manifestar - retifica ato de sua aposentação para excluir vantagens atribuídas em desconformidade com a lei". (RE 185.255, DJ 19.9.97).

Afastam-se, igualmente, as alegações de direito adquirido e coisa julgada.

Finalmente assenta a Relatora, que "entre a data da escritura de adoção (fls. 166) 30.7.1984 e a data do óbito do adotante (fls. 162) 7.8.1984 decorreu apenas uma semana. Oscar de Moura, bisavô da impetrante, ao adotar e em seguida vir a falecer, aos 83 anos de idade, estava com câncer. As circunstâncias evidenciam simulação da adoção com o claro propósito de manutenção da pensão previdenciária. E mais, a adoção foi feita sem a forma prescrita em lei e é nula, nos termos dos artigos 82, 130, 145, III e 146 do Código Civil, não podendo produzir efeitos".

Divirjo da orientação adotada pela eminente Relatora.

Tenho enfatizado, relativamente ao direito de defesa, que a Constituição de 1988 (art. 5º, LV) ampliou o direito de defesa, assegurando aos litigantes, em processo judicial ou administrativo,



e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Como já escrevi em outra oportunidade, as dúvidas porventura existentes na doutrina e na jurisprudência sobre a dimensão do direito de defesa foram afastadas de plano, sendo inequívoco que essa garantia contempla, no seu âmbito de proteção, todos os processos judiciais ou administrativos.

Assinale-se, por outro lado, que há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar - como bem anota Pontes de Miranda - é uma *pretensão à tutela jurídica* (Comentários à Constituição de 1967/69, tomo V, p. 234).

Observe-se que não se cuida aqui, sequer, de uma inovação doutrinária ou jurisprudencial. Já o clássico João Barbalho, nos seus Comentários à Constituição de 1891, asseverava, com precisão:

"Com a plena defesa são incompatíveis, e, portanto, inteiramente, inadmissíveis, os processos secretos, inquisitoriais, as devassas, a queixa ou o depoimento de inimigo capital, o julgamento de crimes inafiançáveis na ausência do acusado ou tendo-se dado a produção das testemunhas de acusação sem ao acusado se permitir reinquiri-las, a incomunicabilidade depois da denúncia, o juramento do réu, o interrogatório dele sob coação de qualquer natureza, por perguntas sugestivas ou capciosas." (Constituição Federal Brasileira -- Comentários, Rio de Janeiro, 1902, p. 323).

Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado "*Anspruch auf rechtliches Gehör*" (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o *Bundesverfassungsgericht* que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (Cf. Decisão da Corte Constitucional alemã -- BVerfGE 70, 288-293; sobre o assunto, ver, também, Pieroth e Schlink, *Grundrechte - Staatsrecht II*, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis, Ulrich, Gusy, Christoph, *Einführung in das Staatsrecht*, 3ª. edição, Heidelberg, 1991, p. 363-364).

Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

- 1) direito de informação (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;
- 2) direito de manifestação (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;
- 3) direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas (Cf. Pieroth e Schlink, *Grundrechte - Staatsrecht II*, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis e Gusy, *Einführung in das Staatsrecht*, Heidelberg, 1991, p. 363-364; Ver, também, Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 103, vol IV, nº 85-99).



Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (**Recht auf Berücksichtigung**), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (**Beachtungspflicht**), pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento (**Kenntnisnahmepflicht**), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (**Erwägungspflicht**) (Cf. Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol. IV, nº 97).

É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões (Decisão da Corte Constitucional -- BVerfGE 11, 218 (218); Cf. Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol. IV, nº 97).

Dessa perspectiva não se afastou a Lei nº 9.784, de 29.1.1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. O art. 2º desse diploma legal determina, expressamente, que a Administração Pública obedecerá aos princípios da ampla defesa e do contraditório. O parágrafo único desse dispositivo estabelece que nos processos administrativos serão observados, dentre outros, os critérios de "observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados" (inciso VIII) e de "garantia dos direitos à comunicação" (inciso X).

Também registra Celso de Mello, no que toca à adoção da ampla defesa no processo administrativo:

"RESTRIÇÃO DE DIREITOS E GARANTIA DO 'DUE ' PROCESS OF LAW'.

- O Estado, em tema de punições disciplinares ou de restrição a direitos, qualquer que seja o destinatário de tais medidas, não pode exercer a sua

autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida estatal - que importe em punição disciplinar ou em limitação de direitos - exige, ainda que se cuide de procedimento meramente administrativo (CF, art. 5º, LV), a fiel observância do princípio do devido processo legal.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade desse princípio, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos. Precedentes. Doutrina." (RTJ 183/371-372, Rel. Min. CELSO DE MELLO)" (MS 24.268/MG, Voto, Min. Celso de Mello)

Nessa linha, tal como recordado no parecer da Procuradoria-Geral da República, esta Corte já assentou a indispensabilidade do direito de defesa em matéria semelhante.

É o que se destaca na seguinte passagem da decisão da relatoria de Jobim no RE 211.242/RS, verbis:

"O acórdão impugnado tem esta ementa: 'EXONERAÇÃO DE SERVIDOR, em virtude de nulidade da investidura. Desnecessidade de prévio inquérito administrativo-disciplinar, que supõe a regularidade do provimento e

a ocorrência de fato posterior, imputável ao servidor. Apelo improvido'. (fl. 349) Está em confronto com a orientação fixada no RE 158543, conforme ressalta a PGR. Consta do Parecer: 'Trata-se de recurso extraordinário interposto de acórdão que concluiu ser desnecessária a instauração de procedimento administrativo, com observância do princípio do contraditório, quando da revisão dos atos inquinados de nulidade por parte da administração. Esse Supremo Tribunal Federal tem perfilhado o entendimento oposto, conforme se depreende do julgamento do RE nº 158.543, Rel.: Min. MARCO AURÉLIO DJ 06/10/95, p. 33.135, onde ficou assentado que, 'tratando-se da anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseja a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado que não pode ser afastada unilateralmente, porque é comum à administração e ao particular. Dessa forma, opina o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL pelo provimento do recurso.' (fl. 430)''

Diz Jobim, ainda:

"Destaco ainda o voto de MARCO AURÉLIO no RE 199.733 (DJ 30.04.99): '...tive oportunidade de consignar, ao relatar perante a Turma o Recurso Extraordinário nº 158.543/RS, em 30 de agosto de 1994, que, em situação com a dos autos, cumpre atentar para o disposto no inciso LV do rol das

garantias constitucionais. Nele alude-se aos litigantes e aos processos judicial e administrativo, mencionando-se, após, o direito ao contraditório, à ampla defesa com os meios e recursos a ele inerentes. O vocábulo litigante há de ser compreendido em sentido lato, ou seja, a envolver interesses contrapostos. Destarte, não tem o sentido processual de parte, a pressupor uma demanda, uma lide, um conflito de interesses constante de processo judicial. Este enfoque decorre da circunstância de o princípio estar ligado, também, aos processos administrativos. A presunção de legitimidade dos atos administrativos milita não só em favor da pessoa jurídica de direito privado, como também do cidadão que se mostre, de alguma forma, por ele alcançado. Logo, o desfazimento, ainda que sob o ângulo da anulação, deve ocorrer cumprindo-se, de maneira irrestrita, o que se entende como devido processo legal (*lato sensu*), a que o inciso LV do artigo 5º objetiva preservar. O contraditório e a ampla defesa, assegurados constitucionalmente, não estão restritos apenas àqueles processos de natureza administrativa que se mostrem próprios ao campo disciplinar. O dispositivo constitucional não contempla especificidade.

E, Jobim, prossegue na transcrição do Voto de Marco Aurélio •
(RE 199.733):

"No precedente referido, tive a honra de ser acompanhado pelos demais integrantes da Turma, proferindo os Ministros Carlos Velloso e Néri da Silveira votos específicos. Fez ver o Ministro



Carlos Velloso ser incontestável que o devido processo legal aplica-se a todo procedimento administrativo em que o patrimônio do administrado possa vir a ser, de qualquer modo, atingido, desfalcado. Sua Excelência, a partir da revelação de perfil democrático, apontou, mais, a valia de saber-se da existência de pretensão contestada e essa, iniludivelmente, diz respeito à continuidade da relação jurídica que surgiu com a feitura do concurso público, da aprovação, da nomeação e da entrada em exercício no cargo alcançado. Por sua vez, o Ministro Néri da Silveira reportou-se a célebre caso por si examinado, quando Consultor Geral do Estado do Rio Grande do Sul, a envolver certa jornalista, dependente de procurador do Estado junto ao Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, que percebia pensão com base no Código de Organização Judiciária do Estado. Sua Excelência concluiu pela insubsistência do ato da Administração que, de uma hora para outra, afastou a continuidade da percepção das parcelas, fazendo-o ao abrigo da máxima segundo a qual é possível a anulação de atos ilegítimos. Esse caso encaixa-se com luva ao precedente. A Turma proclamou, então, na ementa do acórdão: Ato administrativo Repercussões - Presunção de legitimidade - Situação constituída Interesses contrapostos - Anulação - Contraditório. Tratando-se da anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo

administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado que não pode ser afastada unilateralmente, porque é comum à Administração e ao particular (Recurso Extraordinário nº 158.543/RS, do qual fui Relator - acórdão proferido por maioria de votos - RTJ 156, página 1.042 à 1.048.' Conheço do recurso e lhe dou provimento para ajustar o acórdão recorrido aos referidos precedentes. Publique-se. Brasília, 09 de abril de 2001. (Ministro NELSON JOBIM Relator, DJ de 19/04/2001, p. 00056)" [p. 141/144] (RE 211.242)

A posição consolidada na 2ª Turma desta Corte mereceu, igualmente, o referendo do Plenário no julgamento do MS nº 23.550.

É o que se depreende da seguinte passagem do voto de Sepúlveda Pertence:

"De outro lado, se se impõe a garantia do devido processo legal aos procedimentos administrativos comuns, **a fortiori**, é irrecusável que a ela há de submeter-se o desempenho de todas as funções de controle do Tribunal de Contas, de colorido quase-jurisdicional.

De todo irrelevante a circunstância - a que se apegam as informações - de não haver previsão expressa da audiência dos interessados na Lei Orgânica do TCU, salvo nos processos de tomada ou prestação de contas, dada a incidência direta, na hipótese, das garantias constitucionais do devido processo.



De qualquer modo, se se pretende insistir no mau vezo das autoridades brasileiras de inversão da pirâmide normativa do ordenamento, de modo a acreditar menos na Constituição do que na lei ordinária, nem aí teria salvação o processo: nada exclui os procedimentos do Tribunal de Contas da União da aplicação subsidiária da lei geral do processo administrativo federal, a L. 9.784/99, já em vigor ao tempo dos fatos.

Nela, explicitamente, se prescreve a legitimação, como 'interessados no processo administrativo', de todos 'aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada' (art. 9º II)." (MS 23.550/DF, Relator: Min. Marco Aurélio; DJ: 31.10.2001)

E, adiante, conclui Pertence:

"Certo, não há consenso acerca da incidência do princípio do contraditório e da ampla defesa, quando se cuide do exercício de autotutela administrativa, mediante a anulação pela própria administração de atos viciados de ilegalidade.

No Tribunal, a solução afirmativa prevaleceu por maioria na 2ª Turma, no RE 158543, de 30.08.94 (RTJ 157/1042); e por votação unânime no RE 199733 (RTJ 169/1061), e no AgRag 217849 (RTJ 170/702), ambos de 15.12.98, os três casos, relatados pelo Ministro Marco Aurélio; o entendimento contrário, no entanto, parece ter sido acolhido pela 1ª Turma no RE 213513, de 08.06.99, relator o Ministro Galvão (DJ 24.09.99).

O dissenso - que também se manifesta na doutrina -, não parece ter lugar quando se cuide, a rigor, não de anulação **ex officio**, mas de processo administrativo de um órgão de controle, qual o Tribunal de Contas ainda quando a representação parta de órgãos de sua própria estrutura administrativa, quais as secretarias de controle externo sediadas no Estados, como inicialmente se deu no caso.

A discussão, no entanto, seria ociosa no caso concreto, no qual houve também representação de particular, empresa vencida na licitação e, por isso, de interesse contraposto ao da impetrante, de modo a evidenciar uma situação típica de litígio, a reclamar indubitavelmente a oportunidade da defesa e de contraditório." (MS 23.550/DF, Relator: Min. Marco Aurélio; DJ: 31.10.2001)

Não me parece de acolher-se, na espécie, a distinção enunciada por Velloso sobre a aplicação do direito de defesa e do contraditório apenas aos procedimentos que envolvam questão de fato. Tenho para mim que o texto constitucional não autoriza semelhante redução teleológica (CF, art. 5º, LV).

Portanto, esse fundamento — o da não observância do contraditório e da ampla defesa — afigura-se-me suficiente para concessão da segurança.

Impressiona-me, ademais, o fato de a cassação da pensão ter ocorrido passados 18 anos de sua concessão - e agora já são 20 anos.

Não estou seguro de que se possa invocar o disposto no art. 54 da Lei nº 9.784, de 1999, (Lei nº 9.784, de 29.1.1999: "Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em 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.") - embora tenha sido um dos incentivadores do projeto que resultou na aludida lei -, uma vez que, talvez de forma ortodoxa, esse prazo não deva ser computado com efeitos retroativos.

Mas, afigura-se-me inegável que há um "quid" relacionado com a segurança jurídica que recomenda, no mínimo, maior cautela em casos como o dos autos. Se estivéssemos a falar de direito real, certamente já seria invocável a usucapião.

A propósito do direito comparado, vale a pena ainda trazer à colação clássico estudo de Almiro do Couto e Silva sobre a aplicação do princípio da segurança jurídica:

"É interessante seguir os passos dessa evolução. O ponto inicial da trajetória está na opinião amplamente divulgada na literatura jurídica de expressão alemã do início do século de que, embora inexistente, na órbita da Administração Pública, o princípio da res judicata, a faculdade que tem o Poder Público de anular seus próprios atos tem limite não apenas nos direitos subjetivos regularmente gerados, mas também no interesse em proteger a boa fé e a confiança (Treue und Glauben) dos administrados.

(...)

Esclarece OTTO BACHOF que nenhum outro tema despertou maior interesse do que este, nos anos 50 na doutrina e na jurisprudência, para concluir que o princípio da possibilidade de anulamento foi substituído pelo da impossibilidade de anulamento, em



homenagem à boa fé e à segurança jurídica. Informa ainda que a prevalência do princípio da legalidade sobre o da proteção da confiança só se dá quando a vantagem é obtida pelo destinatário por meios ilícitos por ele utilizados, com culpa sua, ou resulta de procedimento que gera sua responsabilidade. Nesses casos não se pode falar em proteção à confiança do favorecido. (Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtssprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Tübingen 1966, 3. Auflage, vol. I, p. 257 e segs.; vol. II, 1967, p. 339 e segs.).

Embora do confronto entre os princípios da legalidade da Administração Pública e o da segurança jurídica resulte que, fora dos casos de dolo, culpa etc., o anulamento com eficácia ex tunc é sempre inaceitável e o com eficácia ex nunc é admitido quando predominante o interesse público no restabelecimento da ordem jurídica ferida, é absolutamente defeso o anulamento quando se trate de atos administrativos que concedam prestações em dinheiro, que se exauram de uma só vez ou que apresentem caráter duradouro, como os de índole social, subvenções, pensões ou proventos de aposentadoria." (SILVA, Almiro do Couto e. Os princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. Revista da Procuradoria-Geral do Estado. Publicação do Instituto de Informática Jurídica do Estado do Rio Grande do Sul, V. 18, Nº 46, 1988, p. 11-29)



Depois de incursionar pelo direito alemão, refere-se o mestre gaúcho ao direito francês, rememorando o clássico "affaire Dame Cachet":

"Bem mais simples apresenta-se a solução dos conflitos entre os princípios da legalidade da Administração Pública e o da segurança jurídica no Direito francês. Desde o famoso affaire Dame Cachet, de 1923, fixou o Conselho de Estado o entendimento, logo reafirmado pelos affaires Vallois e Gros de Beler, ambos também de 1923 e pelo affaire Dame Inglis, de 1935, de que, de uma parte, a revogação dos atos administrativos não cabia quando existissem direitos subjetivos deles provenientes e, de outra, de que os atos maculados de nulidade só poderiam ter seu anulamento decretado pela Administração Pública no prazo de dois meses, que era o mesmo prazo concedido aos particulares para postular, em recurso contencioso de anulação, a invalidade dos atos administrativos.

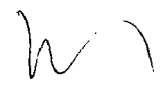
HAURIUO, comentando essas decisões, as aplaude entusiasticamente, indagando: 'Mas será que o poder de desfazimento ou de anulação da Administração poderá exercer-se indefinidamente e em qualquer época? Será que jamais as situações criadas por decisões desse gênero não se tornarão estáveis? Quantos perigos para a segurança das relações sociais encerram essas possibilidades indefinidas de revogação e, de outra parte, que incoerência, numa construção jurídica que abre aos terceiros interessados, para os recursos contenciosos de anulação, um breve prazo de dois meses e que deixaria



à Administração a possibilidade de decretar a anulação de ofício da mesma decisão, sem lhe impor nenhum prazo'. E conclui: 'Assim, todas as nulidades jurídicas das decisões administrativas se acharão rapidamente cobertas, seja com relação aos recursos contenciosos, seja com relação às anulações administrativas; uma atmosfera de estabilidade estender-se-á sobre as situações criadas administrativamente.' (La Jurisprudence Administrative de 1892 a 1929, Paris, 1929, vol. II, p. 105-106.)" (COUTO E SILVA, Almiro do. *Os princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo*. Revista da Procuradoria-Geral do Estado. Publicação do Instituto de Informática Jurídica do Estado do Rio Grande do Sul, V. 18, nº 46, 1988, p.11-29)

Na mesma linha, observa Couto e Silva em relação ao direito brasileiro:

"MIGUEL REALE é o único dos nossos autores que analisa com profundidade o tema, no seu mencionado 'Revogação e Anulamento do Ato Administrativo' em capítulo que tem por título 'Nulidade e Temporalidade'. Depois de salientar que 'o tempo transcorrido pode gerar situações de fato equiparáveis a situações jurídicas, não obstante a nulidade que originariamente as comprometia', diz ele que 'é mister distinguir duas hipóteses: (a) a de convalidação ou sanatória do ato nulo e anulável; (b) a perda pela Administração do benefício da declaração unilateral de nulidade (le bénéfice du préalable)'".



(COUTO E SILVA, Almiro do. Os princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. Revista da Procuradoria-Geral do Estado. Publicação do Instituto de Informática Jurídica do Estado do Rio Grande do Sul, V. 18, nº 46, 1988, p. 11-29).

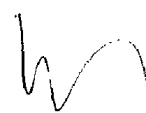
Registre-se que o tema é pedra angular do Estado de Direito sob a forma de proteção à confiança.

É o que destaca Karl Larenz, que tem na consecução da paz jurídica um elemento nuclear do Estado de Direito material e também vê como aspecto do princípio da segurança o da confiança:

"O ordenamento jurídico protege a confiança suscitada pelo comportamento do outro e não tem mais remédio que protegê-la, porque poder confiar (...) é condição fundamental para uma pacífica vida coletiva e uma conduta de cooperação entre os homens e, portanto, da paz jurídica." (Derecho Justo - Fundamentos de Ética Jurídica. Madri. Civitas, 1985, p. 91).

O autor tedesco prossegue afirmando que o princípio da confiança tem um componente de ética jurídica, que se expressa no princípio da boa fé. Diz:

"Dito princípio consagra que uma confiança despertada de um modo imputável deve ser mantida quando efetivamente se creu nela. A suscitação da confiança é imputável, quando o que a suscita sabia ou tinha que saber que o outro ia confiar. Nesta medida é idêntico ao princípio da confiança. (...) Segundo a opinião atual, [este princípio da boa fé] se aplica nas relações jurídicas de direito público."



(Derecho Justo - Fundamentos de Ética Jurídica.
Madri. Civitas, 1985, p. 95 e 96)

Na Alemanha, contribuiu decisivamente para a superação da regra da livre revogação dos atos administrativos ilícitos uma decisão do Tribunal Administrativo de Berlim, proferida em 14.11.1956, posteriormente confirmada pelo Tribunal Administrativo Federal. Cuidava-se de ação proposta por viúva de funcionário público que vivia na Alemanha Oriental. Informada pelo responsável pela Administração de Berlim de que teria direito a uma pensão, desde que tivesse o seu domicílio fixado em Berlim ocidental, a interessada mudou-se para a cidade. A pensão foi-lhe concedida. Tempos após, constatou-se que ela não preenchia os requisitos legais para a percepção do benefício, tendo a Administração determinado a suspensão de seu pagamento e solicitado a devolução do que teria sido pago indevidamente. Hoje a matéria integra a complexa regulação contida no § 48 da Lei sobre processo administrativo federal e estadual, em vigor desde 1977 (Cf. Erichsen, Hans-Uwe, in: Erichsen, Hans-Uwe/Martens, Wolfgang, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9ª edição, Berlim/Nova York, 1992, p. 289)

Considera-se, hodiernamente, que o tema tem, entre nós, assento constitucional (princípio do Estado de Direito) e está disciplinado, parcialmente, no plano federal, na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, (v.g. art. 2º).

Como se vê, em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material.

Nesse sentido, vale trazer passagem de estudo do professor Miguel Reale sobre a revisão dos atos administrativos:



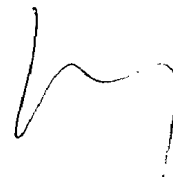
"Não é admissível, por exemplo, que, nomeado irregularmente um servidor público, visto carecer, na época, de um dos requisitos complementares exigidos por lei, possa a Administração anular seu ato, anos e anos volvidos, quando já constituída uma situação merecedora de amparo e, mais do que isso, quando a prática e a experiência podem ter compensado a lacuna originária. Não me refiro, é claro, a requisitos essenciais, que o tempo não logra por si só convalescer, — como seria, por exemplo, a falta de diploma para ocupar cargo reservado a médico, — mas a exigências outras que, tomadas no seu rigorismo formal, determinariam a nulidade do ato.

Escreve com acerto José Frederico Marques que a subordinação do exercício do poder anulatório a um prazo razoável pode ser considerado requisito implícito no princípio do *due process of law*. Tal princípio, em verdade, não é válido apenas no sistema do direito norte-americano, do qual é uma das peças basilares, mas é extensível a todos os ordenamentos jurídicos, visto como corresponde a uma tripla exigência, de regularidade normativa, de economia de meios e forma e de adequação à tipicidade fática. Não obstante a falta de termo que em nossa linguagem rigorosamente lhe corresponda, poderíamos traduzir *due process of law* por devida atualização do direito, ficando entendido que haverá infração desse ditame fundamental toda vez que, na prática do ato administrativo, por preterido algum dos momentos essenciais à sua ocorrência; porém destruídas, sem motivo plausível, situações de fato, cuja

continuidade seja economicamente aconselhável, ou se a decisão não corresponder ao complexo de notas distintivas da realidade social tipicamente configurada em lei." (Miguel Reale, Revogação e anulamento do ato administrativo. 2ª ed. Forense. Rio de Janeiro. 1980.)

É possível que, no caso em apreço, fosse até de se cogitar da aplicação do princípio da segurança jurídica, de forma integral, de modo a impedir o desfazimento do ato. Diante, porém, do pedido formulado e da causa petendi limito-me aqui a reconhecer a forte plausibilidade jurídica desse fundamento.

Entendo, porém, que se há de deferir a segurança postulada para determinar a observância do princípio do contraditório e da ampla defesa na espécie (CF, art. 5º, LV).

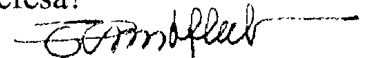


05/02/2004

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 24.268-0 MINAS GERAIS**DEBATE**

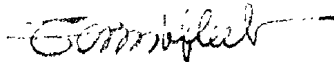
A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora) – V. Ex^a. então admite ser retomado o processo administrativo para que se dê o direito de defesa?



O Senhor Ministro Gilmar Mendes – Sim.

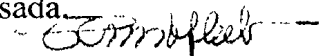
O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence - O caso é de cancelamento de pensão já anteriormente julgada legal?

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora) – Sim. Era uma pensão deferida a uma moça por seu bisavô, que a adotou uma semana antes de morrer de uma doença preexistente, cujo desfecho já se conhecia.



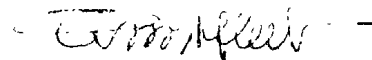
O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence - O que me interessa é isto: fora a pensão julgada legal?

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora) – E, após, cassada.



O Sr. Ministro Carlos Velloso – E referendada pelo juiz de família.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora) – Não. Desculpe, isso é alguma coisa que o Ministro Gilmar Mendes não chegou a abordar com maior profundidade. Existe realmente uma sentença do juiz de família da 5ª Vara de Família de Belo Horizonte que foi trazida com a inicial. E nela se decidiu o seguinte: reverteu aos pais naturais o pátrio poder sobre a menor, determinando que se procedesse averbação à margem do registro de nascimento – o que não compete ao juízo de família –, que ficava sem prejuízo da situação anterior de adotada por seu avô para o efeito de gozo de benefícios e exercício dos direitos de adoção, ou seja, para efeitos da previdência estatal o juiz de família faz essa ressalva, revertendo o pátrio poder aos pais naturais. É evidente, é clara, é cristalina, aqui, a situação de fraude.



Por isso, peço vênia ao Ministro Gilmar Mendes, que defende muito adequadamente o “due process of law” dentro do procedimento administrativo, que é a regra. No caso, ter-se-ia de verificar apenas a incompatibilidade de direitos. Não há fatos a comprovar. Não há contraditório a estabelecer no procedimento administrativo. Essa adoção foi feita em flagrante fraude à lei. *Sombillet*

O Sr. Ministro Carlos Velloso – Qual seria o prejuízo de examinarmos agora?

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora) - São já vinte anos de uma pensão paga. *Sombillet*

O Sr. Ministro Carlos Velloso – Mas se todas as questões estão postas, temos possibilidade de fazer o reexame. Essa é a questão. Desde o Tribunal Federal de Recursos, quando não tínhamos a Constituição de 1988 a estabelecer o devido processo legal no processo administrativo, sempre sustentei, a sua aplicabilidade. Mas, se se põe em juízo uma questão puramente de direito, para que devolver à Administração?

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence - Ministro, se acaso o Tribunal de Contas decide em favor do particular, a União pode provocar a jurisdição sobre isso?

O Sr. Ministro Carlos Velloso – Por que não?

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence - É nova a tese. Sempre se entendeu que haveria aí preclusão administrativa.

O Sr. Ministro Carlos Velloso – Não. Não é novo.

O Sr. Ministro Cezar Peluso – Mas o objeto do mandado de segurança não concerne aos pressupostos do direito à pensão. O objeto do mandado de segurança – e é este objeto que traça os limites do nosso poder de cognição – é saber se era possível cancelar a pensão, sem observância do devido processo legal. Esse é o objeto da controvérsia.

V. Ex^a. está partindo da consideração de que podemos examinar agora uma situação em que aparentemente ...

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence - Havia um julgamento legalizado.

O Senhor Ministro Maurício Corrêa (Presidente): – Depois de quantos anos?

O Sr. Ministro Cezar Peluso - Vinte anos: 1984.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence - Isso, para mim, é fundamental.

O Sr. Ministro Carlos Velloso – Segundo apreendo do parecer, esta não é a única causa de pedir. Enfrenta-se o mérito também.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence - Uma coisa é, no processo de concessão da aposentadoria ou da pensão, o Tribunal decidir de sua legalidade, porque isso integra o processo de formação administrativa do ato concessivo. Outra coisa é, depois de julgada legal a concessão da aposentadoria e da pensão, vir o Tribunal de Contas e cancelá-la, sem ouvir o titular da situação criada há dezoito anos.

O Senhor Ministro Maurício Corrêa (Presidente): – Acho que a questão já está mais do que esclarecida.

05/02/2004

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 24.268-0 MINAS GERAIS

VOTO

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO – Considero excesso imperdoável fazer algum reforço ao voto erudito e exaustivo do Ministro **GILMAR MENDES** e ao qual adiro incondicionalmente. Mas gostaria de fazer pequena observação.

A Constituição (art. 5º, LIV) não permite que ninguém perca qualquer de seus bens, e não apenas a liberdade (diz ela: “*nenhum de seus bens*”, materiais ou imateriais), sem o justo processo da lei. Nem basta que o processo seja legal; tem ainda de ser devido, justo. Evidentemente, não há processo minimamente justo onde não haja possibilidade, de acordo, aliás, com o inciso subsequente (LV), do exercício pleno do contraditório, o qual não se limita – e, isso já consta do voto do Ministro - à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. É preciso, pois, que, nos termos da Constituição, seja tal possibilidade assegurada àquele que goza de situação jurídica estável durante vinte anos, e a situação da ora impetrante não poder ser considerada como um não-bem, porque há anos estabilizada e desfrutada como tal. Tem de ser ouvida, porque o fato de não ser ouvida, sob pretexto de suposta aparência de fraude, transforma a pessoa humana em objeto, em se dispondo sobre ela sem lhe dar a oportunidade de ser ouvida e considerada como sujeito.



É a razão por que, Sr. Presidente, com o devido respeito, acompanho, na íntegra, o voto do eminente Ministro **GILMAR MENDES**.




05/02/2004

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 24.268-0 MINAS GERAIS

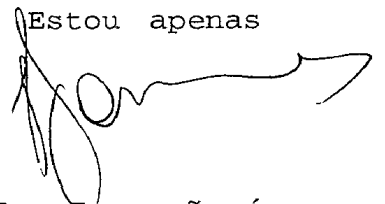
V O T O

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Sr. Presidente, acompanharei o ministro Gilmar Mendes, não sem antes fazer a breve observação de que, na verdade, esse tipo de procedimento e raciocínio jurídico que se consolida na praxe jurisdicional brasileira é responsável, em grande parte, pela desmoralização dessa mesma prática. Por quê? Pelo que diz a ministra Ellen Gracie, é evidente a fraude.



O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Mas Ministro, nós decidirmos isso, **data venia**, em um mandado de segurança, que impede o direito de defesa!

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Estou apenas fazendo uma observação, é um *obiter dictum*.



O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Isso não é **obiter dictum**. Não podemos nos dar ao luxo de **obiter dicta** sobre questões de fundo do processo administrativo, no

MS 24.268 / MG

julgamento de um mandado de segurança no qual o impetrante quer é que, naquele processo administrativo, se lhe assegure o direito de defesa.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Simplesmente é um apelo no sentido de que flexibilizemos essa visão formalista. Conhecemos todos a Lei 9.784.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES - E hoje a Lei nº 9.784 é radical.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Lembro-me de um **habeas corpus** denegado pelo Tribunal da minha terra - e conheci, na minha juventude, o juiz: simplesmente não se tinha dado defesa, sequer nomeado advogado ao réu, mas, se negou o **habeas corpus** para anular o processo, com a indagação: mas o paciente matou o pai pelas costas, para que defensor?

05/02/2004

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 24.268-0 MINAS GERAIS

À revisão de apertes dos Srs. Ministros Nelson Jobim, Cezar Peluso, Ellen Gracie (Relatora), Sepúlveda Pertence e Gilmar Mendes.

VOTO

O SR. MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Sr. Presidente, quando o Tribunal de Contas aprecia a legalidade de um ato concessivo de pensão, aposentadoria ou reforma, ele não precisa ouvir a parte diretamente interessada, porque a relação jurídica travada, nesse momento, é entre o Tribunal de Contas e a Administração Pública. Num segundo momento, porém, concedida a aposentadoria, reconhecido o direito à pensão ou à reforma, já existe um ato jurídico que, no primeiro momento, até prove o contrário, chama-se ato jurídico perfeito, porque se perfez reunindo os elementos formadores que a lei exigia para tal. E, nesse caso, a pensão, mesmo fraudulenta — porque estou convencido, também, de que, na sua origem, ela foi fraudulenta —, ganha esse tônus de juridicidade.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Só uma questão: teria o Tribunal de Contas a competência jurisdicional de desconstituir um



ato, que foi exatamente essa escritura pública de adoção? Ou seja, a escritura pública de adoção, para efeito de concessão da aposentadoria, teria sido desconstituída pelo Tribunal de Contas. E ele não tem competência para desconstituir atos jurídicos. Poderá, eventualmente, promover a ação respectiva de anulação. Agora, o efeito jurídico desse ato foi a adoção. Tanto é que essa senhora, casualmente, pode ter arrecadado herança de outra cidadã. Então, não é possível.

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO - V. Ex^a me permite? No Código atual, não sei, mas, no Código Civil anterior, havia norma que autorizava prova da posse do estado de pessoa por qualquer meio. Não se exigia sequer escritura.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (RELATORA) - A adoção pelo bisavô, Ministro, tenha paciência. É meio longe o parentesco.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Ministro, neste caso, se o Tribunal de Contas não tem competência jurisdicional para desconstituir atos jurídicos praticados fora da sua alçada respectiva, isso aqui não é um contrato público; os contratos públicos têm condições de ter função desconstitutiva, está na Constituição. Agora, aqui, é um ato jurídico externo. Mesmo que essa



senhora tivesse participado, o ato do Tribunal de Contas, desconstituindo, seria ineficaz e não teria dano maior, só da sua competência.

O SR. MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Prosseguindo, nesse segundo momento de desconstituição do ato jurídico, que confirmou a concessão da pensão, a relação jurídica travada é entre o Tribunal de Contas e o particular, não mais a Administração Pública, ao menos no plano da imediatidade.

Parece-me evidente, como está no voto do douto Ministro Gilmar Mendes — e peço vênias à eminente Ministra-Relatora Ellen Gracie —, neste caso, o direito ao contraditório e à ampla defesa é um direito que emerge, exsurge elementarmente e, aliás, é o objeto da segurança; o direito líquido e certo reclamado é o de ser ouvido nesse momento da desconstituição de um ato oficial, que vigorou por dezoito anos.

A própria Constituição assevera, no art. 19, inciso II, que não se pode "*recusar fé aos documentos públicos*". Essa é uma das matrizes do princípio da presunção de validade dos atos jurídicos. Nesse caso, o Tribunal de Contas, para desfazer o seu próprio ato, poderia, sim, a qualquer momento, desfazer, mas desde que conferisse à parte privada o direito ao contraditório e à ampla defesa.



Agora, que houve fraude, é evidente que sim. Porém, sobrepaira no Direito aquela idéia tão magnificamente exposta por Von Ihering, segundo a qual *"a forma é inimiga do capricho e irmã gêmea da liberdade"*. Então, a forma recomendada pela Constituição há de ser observada.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (RELATORA) - Ministro Carlos Britto, só para responder essa bela ponderação que V. Ex^a acaba de fazer, quero rememorar ao Tribunal que a orientação aqui adotada contraria a anterior orientação da Casa, no RE n° 185.255, da Relatoria do Ministro Sydney Sanches, que expressamente referiu o seguinte, com relação ao direito ao *"due process of law"* no procedimento administrativo:

Não ofende o art. 5º, LV, da Constituição Federal, o ato de autoridade que, sem procedimento administrativo, portanto, sem dar ao interessado a oportunidade de se manifestar, retifica o ato de sua aposentação, a fim de excluir vantagens atribuídas em desconformidade com a lei.

Essa foi a orientação que a Casa tinha no RE n° 185.255.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Mas não foi no julgamento da legalidade da aposentadoria?

A SRA MINISTRA ELLEN GRACIE (RELATORA) - Não. Não foi na aprovação da aposentadoria; foi posteriormente, em ato de retificação. É esse RE que gostaria de trazer à memória da Corte.

O SR. MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Impressiona-me muito porque, afinado, rimado com o princípio da segurança jurídica, o fato do transcurso de dezoito anos.

Mas gostaria, Ministro Gilmar Mendes, de fazer uma pergunta: V.Ex^a chamou o princípio da segurança jurídica, que subjaz a toda essa nossa decisão, de subprincípio?

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES - Chama-se subprincípio do Estado de direito. Um princípio desenvolvido a partir do Estado de direito.

O SR. MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Penso ser elemento conceitual do Estado de direito, mas não vamos discutir isso agora.

Acompanho a divergência do eminente Ministro Gilmar Mendes.



05/02/2004

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 24.268-0 MINAS GERAIS

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 24.268

VOTO

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Sr. Presidente, volto a insistir no sentido de que, não obstante a hiperinflação de princípios e subprincípios do Ministro Gilmar Mendes, no caso específico, tivemos um ato jurídico externo ao Tribunal de Contas, que não é ato da Administração Pública, em que houve uma adoção. Essa adoção continua vigente e, fraudulenta ou não - pode ser que seja, e efetivamente os elementos condizem a isso -, é um juízo que deve ser dado no foro competente para desconstituir os atos jurídicos.

Se o Tribunal de Contas não quisesse registrar essa aposentadoria, porque suspeitasse, aí ele deveria ter promovido - conforme o próprio texto determina - os atos necessários para desconstituir a causa da aposentadoria. Senão, teremos uma situação curiosa: para efeito de aposentadoria, não é filha; mas, para efeito de arrecadação, de herança, etc, é filha. Então, não podemos dar a competência ao Tribunal de Contas. E fico mais longe: mesmo que essa senhora tivesse sido citada, não teria o Tribunal de Contas competência de desconhecer a eficácia de um negócio jurídico sobre o qual ele não tem competência no sentido da sua desconstituição.

Com essas considerações, defiro o mandado de segurança, com vênua à Ministra Ellen Gracie.

05/02/2004

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 24.268-0 MINAS GERAISV O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, reporto-me ao precedente mencionado pelo ministro Gilmar Mendes e também ao voto referido do ministro Nelson Jobim. E ressalto que, principalmente em época de depuração, as franquias constitucionais devem ser preservadas, em prol da República, do Estado Democrático de Direito.

O Tribunal de Contas simplesmente não poderia desfazer, como já salientado, um negócio jurídico, uma relação jurídica estabelecida que foge totalmente à área de atuação daquela Corte de Contas, muito menos sem dar oportunidade, à beneficiária da relação jurídica, de pronunciar-se, de defender-se, de modo a firmar-se o contraditório.

Tem-se, inclusive, a questão suscitada no parecer do Ministério Público, pelo então Procurador-Geral Geraldo Brindeiro, quanto à prescrição do artigo 54, que deve ser dirimida. E, a meu ver, tanto quanto possível, não devemos, abandonando a organicidade e a dinâmica do próprio Direito, sinalizar nosso entendimento sobre o que venha a ser ajuizado para fulminar-se o ato jurídico. Que decida a respeito o juiz natural.



05/02/2004

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 24.268-0 MINAS GERAISV O T O

O SR. Ministro **CARLOS VELLOSO** - Eminente Relatora, é possível decidir a questão, no Supremo Tribunal, por ser uma questão jurídica, apenas?

A SRA. Ministra **ELLEN GRACIE** (Relatora) - Não entendi a pergunta de V. Exa.

O SR Ministro **MARCO AURÉLIO** - Há legitimidade, ou não?

O SR. Ministro **CARLOS VELLOSO** - É possível ao Tribunal decidir a questão no seu mérito? É o que V. Exa sustenta ?

A SRA. Ministra **ELLEN GRACIE** (Relatora) - O mandado de segurança aponta a ausência de formação de um processo administrativo, antes da cassação. Esse é o motivo principal, adotado pelo Ministro Gilmar Mendes, para contradizer o voto que eu inicialmente formulara. A inicial também alega em seu benefício a existência de coisa julgada e de direito adquirido, que são esses dezoito longos anos - já agora vinte - em que percebeu uma pensão do




seu bisavô, oriunda dessa adoção irregular. Até fiz consulta ao nosso civilista de plantão - essa é uma dúvida, por isso pedi os autos ao Ministro Gilmar Mendes - para saber se já à época teria havido a alteração legislativa mediante a qual não mais se admitam adoções por simples escritura pública. Este é o motivo pelo qual o Tribunal de Contas fulminou a adoção.

Faz tanto tempo que examinei os atos, que não me recordo mais. Mas, se não me engano, parece-me que essa era a motivação da nulidade dessa adoção, feita por forma já superada pela legislação.

Além disso, a autora invocava também a existência de coisa julgada, e V. Exa. já referiu que era uma sentença do Juízo da 4ª Vara da Família, pela qual o pátrio poder - que havia sido passado para uma pessoa de oitenta e quatro anos, o bisavô - reverterse aos pais naturais. Com base nisso, ela invoca a existência de coisa julgada.

Foram esses os três argumentos enfrentados no meu voto, e a todos afastei. Acato, naturalmente, as ponderações do Ministro Gilmar Mendes e dos demais Colegas, mas lembro que temos o



precedente que referi do Ministro Sydney Sanches, autorizando a autoridade administrativa a revisar o seu ato.

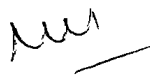
O SR. Ministro **CARLOS VELLOSO** - Esse precedente diz respeito ao julgamento da legalidade.

A SRA Ministra **ELLEN GRACIE** (Relatora) - Posteriormente à concessão.

O SR. Ministro **CARLOS VELLOSO** - É concedida a aposentadoria e submete o julgamento da legalidade ao Tribunal de Contas, o qual costuma excluir gratificações. Tem-se, neste caso, bem disse V. Exa., que a relação é entre o Tribunal e a Administração.

A SRA. Ministra **ELLEN GRACIE** (Relatora) - Mas o precedente do Ministro Sydney Sanches não diz respeito àquele primeiro exame, mas a uma retificação posterior de uma aposentadoria já concedida. A similitude é absoluta.

O SR. Ministro **CARLOS VELLOSO** - Perfilho a doutrina no sentido de que se é possível decidir o mérito da questão, sem voltá-la à apreciação da Administração, assim deveremos proceder, em obséquio ao princípio da economia processual.



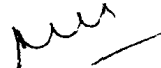
O SR. Ministro **MARCO AURÉLIO** - Mas desde que a favor da parte a quem beneficiaria a declaração de nulidade.

O SR. Ministro **CARLOS VELLOSO** - Sem dúvida. Penso, eminente Presidente, com a licença sempre devida à eminente Ministra-Relatora, existir dois fundamentos sobre os quais posso me apoiar para deferir em definitivo a segurança: primeiro, a questão da segurança jurídica. Isso foi deferido há mais de dezoito anos, quer dizer, o Tribunal de Contas julgou da legalidade desta pensão há mais de dezoito anos. Não é possível que venha, em 2001 - parece-me que o ato é de 2001 -, a revogar o seu entendimento quando, como órgão da Administração, devia obediência à Lei nº 9.784/99, que estabelece a prescrição:

"Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé."

A Lei nº 9.784, que rege o processo administrativo federal em vigor quando da prática dos atos ora questionados, estava em vigor.

O SR. Ministro **SEPÚLVEDA PERTENCE** - Há precedente do Tribunal, do Ministro Bilac Pinto, aplicando por construção essa



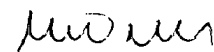
norma, que o art. 5º da L. 9.784 viria a adotar. Agora, quanto à lei superveniente, tenho minhas dúvidas.

O SR. Ministro **CARLOS VELLOSO** - Poderia fazê-lo também por construção, porque a questão é da prescrição - aqui é decadência - contra a Fazenda, cinco anos.

E mais: vem um terceiro fundamento, suscitado pelo eminente Ministro Nelson Jobim. Seria possível a um órgão da Administração - e o Tribunal de Contas é órgão da Administração, é tribunal administrativo -, a um tribunal administrativo anular um ato jurisdicional, um ato praticado pelo Poder Judiciário?

Penso que, por ato próprio, não. E se quisesse promover essa anulação, encontraria obstáculo na decadência da Lei nº 9.784/99, art. 54, § 1º, ou na prescrição quinquenal imposta, estabelecida em favor da Fazenda Pública que, é de se aplicar, em termos de construção, tendo em vista o princípio isonômico.

De maneira que peço licença à eminente Ministra-Relatora e defiro o mandado de segurança em termos definitivos.



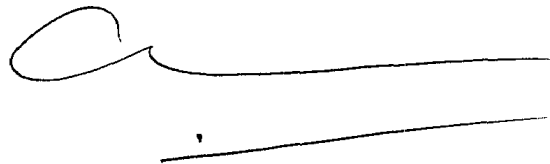
05/02/2004

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 24.268-0 MINAS GERAISV O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Ninguém pode ser privado de sua liberdade, de seus bens ou de seus direitos sem o devido processo legal, **notadamente** naqueles casos em que se estabelece uma relação de polaridade conflitante **entre** o Estado, de um lado, e o indivíduo, de outro.

Cumpr^{te} ter presente, bem por isso, que o Estado, em tema de **restrição** à esfera jurídica de qualquer cidadão, **não pode** exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, **desconsiderando**, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, **pois** - cabe enfatizar - o **reconhecimento** da legitimidade ético-jurídica de **qualquer** medida imposta pelo Poder Público, **de que resultem**, como no caso, consequências gravosas **no plano** dos direitos e garantias individuais, **exige** a **fiel** observância do princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LV), **consoante** **adverte** **autorizado** magistério doutrinário (MANOEL GONÇALVES FERREIRA, FILHO, "Comentários à Constituição Brasileira de 1988", vol. 1/68-69, 1990, Saraiva; PINTO FERREIRA, "Comentários à Constituição Brasileira", vol. 1/176 e 180, 1989, Saraiva; JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR, "O Direito à Defesa na Constituição de 1988", p. 71/73,

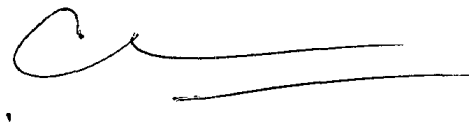


item n. 17, 1991, Renövar; EDGARD SILVEIRA BUENO FILHO, "**O Direito à Defesa na Constituição**", p. 47-49, 1994, Saraiva; CELSO RIBEIRO BASTOS, "**Comentários à Constituição do Brasil**", vol. 2/268-269, 1989, Saraiva; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, "**Direito Administrativo**", p. 401-402, 5ª ed., 1995, Atlas; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, "**Curso de Direito Administrativo**", p. 290 e 293-294, 2ª ed., 1995, Malheiros; HELY LOPES MEIRELLES, "**Direito Administrativo Brasileiro**", p. 588, 17ª ed., 1992, Malheiros, v.g.).

A **jurisprudência** dos Tribunais, **notadamente** a do Supremo Tribunal Federal, **tem reafirmado** a essencialidade desse princípio, **nele reconhecendo** uma insuprimível **garantia**, que, instituída **em favor** de **qualquer** pessoa ou entidade, **rege** e **condiciona** o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, **ainda** que em sede materialmente administrativa, **sob pena de nulidade** da própria medida restritiva de direitos, **revestida**, ou não, de caráter punitivo (RDA 97/110 - RDA 114/142 - RDA 118/99 - RTJ 163/790, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - AI 306.626/MT, Rel. Min. CELSO DE MELLO, in **Informativo/STF** nº 253/2002 - RE 140.195/SC, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - RE 191.480/SC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - RE 199.800/SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, v.g.):

"RESTRIÇÃO DE DIREITOS E GARANTIA DO 'DUE PROCESS OF LAW'.

- **O Estado**, em tema de punições disciplinares ou de restrição a direitos, **qualquer** que seja o destinatário



de tais medidas, **não pode** exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, **desconsiderando**, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois o **reconhecimento** da legitimidade ético-jurídica de **qualquer** medida estatal - **que importe** em punição disciplinar ou em limitação de direitos - **exige**, ainda que se cuide de procedimento **meramente** administrativo (CF, art. 5º, LV), a **fiel** observância do princípio do devido processo legal.

A **jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal **tem reafirmado** a essencialidade desse princípio, **nele reconhecendo** uma insuprimível **garantia**, que, instituída **em favor de qualquer** pessoa ou entidade, **rege e condiciona** o exercício, **pelo Poder Público**, de sua atividade, **ainda** que em sede materialmente administrativa, **sob pena de nulidade** do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos. **Precedentes. Doutrina."**

(RTJ 183/371-372, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Isso significa, portanto, **que assiste**, ao cidadão, **mesmo** em procedimentos de índole administrativa, **a prerrogativa indisponível** do contraditório e da plenitude de defesa, **com** os meios e recursos a ela inerentes, **consoante** prescreve a Constituição da República, em seu art. 5º, inciso LV.

O **respeito** efetivo à garantia constitucional do "*due process of law*", **ainda** que se trate de procedimento administrativo (como esse instaurado perante o E. Tribunal de Contas da União), **condiciona**, de modo estrito, o **exercício** dos poderes de que se acha investida a Pública Administração, **sob pena** de descaracterizar-se, **com grave ofensa** aos postulados que informam a própria concepção do Estado democrático de Direito, **a legitimidade jurídica** dos atos e



MS 24.268 / MG

resoluções emanados do Estado, **especialmente** quando tais deliberações, **como** sucede na espécie, **importarem** em invalidação, **por anulação**, de típicas situações subjetivas de vantagem.

Esse entendimento - **que valoriza a perspectiva constitucional** que deve orientar o exame do tema em causa - **tem o beneplácito** do autorizado magistério doutrinário expendido pela eminente Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER ("**O Processo em Evolução**", p. 82/85, itens ns. 1.3, 1.4, 2.1 e 2.2, 1996, Forense Universitária):

"O **coroamento** do caminho evolutivo da interpretação da cláusula do '**devido processo legal**' ocorreu, no Brasil, **com** a Constituição de 1988, pelo art. 5º, inc. LV, **que reza**:

'**Art. 5º, LV.** Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.'

Assim, as garantias do contraditório e da ampla defesa **desdobram-se** hoje em três planos: **a)** no plano jurisdicional, em que elas passam a ser expressamente reconhecidas, diretamente como tais, para o processo penal e para o não-penal; **b)** no plano das acusações em geral, em que a garantia explicitamente abrange as pessoas objeto de acusação; **c)** no processo administrativo sempre que haja litigantes. (...)

É esta a grande inovação da Constituição de 1988.

Com efeito, as garantias do contraditório e da ampla defesa, para o processo não-penal e para os acusados em geral, em processos administrativos, já eram extraídas, pela doutrina e pela jurisprudência, dos textos constitucionais anteriores, tendo a **explicitação** da Lei Maior em vigor natureza didática, afeiçoada à boa técnica, sem apresentar conteúdo



inovador. Mas agora a Constituição também resguarda as referidas garantias aos litigantes, em processo administrativo.

E isso não é casual nem aleatório, mas obedece à profunda transformação que a Constituição operou no tocante à função da administração pública.

Acolhendo as tendências contemporâneas do direito administrativo, tanto em sua finalidade de limitação ao poder e garantia dos direitos individuais perante o poder, como na assimilação da nova realidade do relacionamento Estado-sociedade e de abertura para o cenário sociopolítico-econômico em que se situa, a Constituição pátria de 1988 trata de parte considerável da atividade administrativa, no pressuposto de que o caráter democrático do Estado deve influir na configuração da administração, pois os princípios da democracia não podem se limitar a reger as funções legislativa e jurisdicional, mas devem também informar a função administrativa.

Nessa linha, dá-se grande ênfase, no direito administrativo contemporâneo, à nova concepção da processualidade no âmbito da função administrativa, seja para transpor para a atuação administrativa os princípios do 'devido processo legal', seja para fixar imposições mínimas quanto ao modo de atuar da administração.

Na concepção mais recente sobre a processualidade administrativa, firma-se o princípio de que a extensão das formas processuais ao exercício da função administrativa está de acordo com a mais alta concepção da administração: o agir a serviço da comunidade. O procedimento administrativo configura, assim, meio de atendimento a requisitos da validade do ato administrativo. Propicia o conhecimento do que ocorre antes que o ato faça repercutir seus efeitos sobre os indivíduos, e permite verificar como se realiza a tomada de decisões.

Assim, o caráter processual da formação do ato administrativo contrapõe-se a operações internas e secretas, à concepção dos arcana imperii dominantes nos governos absolutos e lembrados por Bobbio ao discorrer sobre a publicidade e o poder invisível, considerando essencial à democracia um grau elevado de visibilidade do poder.

Assim, a Constituição não mais limita o contraditório e a ampla defesa aos processos

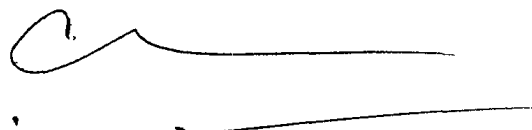
administrativos (punitivos) em que haja acusados, mas estende as garantias a todos os processos administrativos, não-punitivos e punitivos, ainda que neles não haja acusados, mas simplesmente litigantes.

Litigantes existem sempre que, num procedimento qualquer, surja um conflito de interesses. Não é preciso que o conflito seja qualificado pela pretensão resistida, pois neste caso surgirão a lide e o processo jurisdicional. **Basta que os partícipes do processo administrativo se anteponham face a face, numa posição contraposta. Litígio equivale a controvérsia, a contenda, e não a lide. Pode haver litigantes - e os há - sem acusação alguma, em qualquer lide.**" (grifei)

Não foi por outra razão, Senhor Presidente, tal como **relembrado** pelo eminente Ministro GILMAR MENDES, que a colenda **Segunda Turma** do Supremo Tribunal Federal - **ao examinar** a questão da aplicabilidade e da extensão, aos processos de natureza administrativa, da garantia do "due process of law" - **proferiu** decisão, que, **consubstanciada** em acórdão assim ementado, **reflete** a orientação que ora exponho **neste** meu voto:

"Ato administrativo - Repercussões - Presunção de legitimidade - Situação constituída - Interesses contrapostos - anulação - Contraditório. Tratando-se da anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. (...)"
(RTJ 156/1042, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - grifei)

Sendo assim, Senhor Presidente, e com estas considerações, **peço vênica** à eminente Relatora, para, **ao acompanhar** o



douto voto proferido pelo eminente Ministro GILMAR MENDES, **conceder**
o **mandado de segurança** impetrado na presente causa.

É o meu voto.

A handwritten signature in dark ink, consisting of a large, stylized 'G' followed by a long horizontal stroke that tapers off to the right.

/mm.
/alb.
/csm.

05/02/2004

TRIBUNAL PLENO

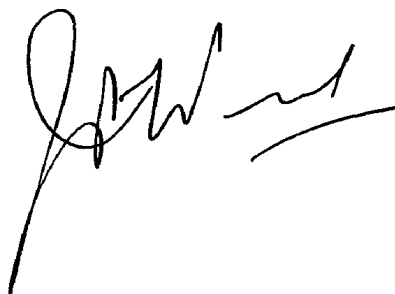
MANDADO DE SEGURANÇA 24.268-0 MINAS GERAIS

V O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Sr. Presidente, é preciso distinguir - como já ficou claro, aliás, da discussão, mas para mim é o ponto essencial, a que me restrinjo - a atuação do Tribunal de Contas integrando e tornando definitiva, na órbita administrativa, a concessão de aposentadoria e pensões - ato que independe da audiência do interessado -, daquela outra decisão que, após julgar legal a pensão concedida - e corridos dezoito anos de sua concessão - vem, unilateralmente, a cancelá-la: neste caso, parece-me que a incidência da garantia do contraditório e da ampla defesa, hoje clara e explicitamente estendida ao processo administrativo, e a do devido processo legal, se não couber a primeira, levam necessariamente a anular a decisão do Tribunal de Contas.

Fico aqui, para não me antecipar, no caso concreto, quer aos prismas aparentemente favoráveis à impetrante, quer aos prismas a ela aparentemente desfavoráveis. A parte tem direito e o Tribunal de Contas tem competência para examinar todos esses aspectos na órbita administrativa, obedecido o devido processo legal e, eventualmente, sujeitando-se ao controle jurisdicional provocado por quem estiver legitimado.

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - Quer dizer, então que V.Ex^a admite que a questão retorne à apreciação do Tribunal de Contas?

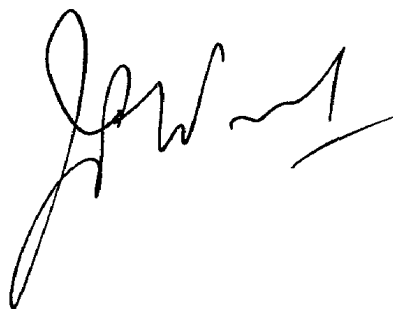


O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Sim, até a prescrição tudo há de ser examinado pelo Tribunal de Contas.

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - No meu voto concedo em definitivo a segurança. Não há retorno da questão à apreciação do Tribunal de Contas.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Entendi o voto de V.Ex^a, mas creio que acompanho apenas o voto do Ministro Gilmar Mendes.

Com as vênias da eminente Ministra-Relatora, defiro a segurança.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'JW-1' or similar, with a long horizontal stroke extending to the right.

05/02/2004

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 24.268-0 MINAS GERAIS

VOTO

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA (PRESIDENTE) - A Ministra Ellen Gracie, ao delimitar os fatos que deram origem à impetração, anotou que o Tribunal de Contas da União teria atentado contra o seu direito adquirido e vulnerado a coisa julgada, na medida em que, relegando a segundo plano as garantias da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, determinou o cancelamento de sua pensão especial, concedida há dezoito anos, decisão proferido em um procedimento administrativo para o qual não foi notificada.

2. O Presidente do Tribunal de Contas da União, em suas informações, sustentou a legalidade do ato impugnado no "writ", esclarecendo que a denegação do registro da concessão da pensão especial está embasa na ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado, conforme determinam os artigos 28 e 35 da Lei 6.679/79. Acentuou, ainda, que o procedimento estava amparado no artigo 71, III, da Constituição Federal, que outorga competência àquela Corte de Contas para apreciar, para fins de registro, a legalidade das concessões de aposentadorias, reformas e pensões.

3. O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto-vista, destacou que a inobservância pelo Tribunal de Contas da União aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e ao devido processo legal no procedimento administrativo instaurado perante



aquela Corte, seria suficiente para a concessão do writ. Apesar de assim entender, as razões de seu voto ressaltaram, ademais, o fato de a cassação da pensão ter ocorrido passados 20 (vinte) anos de sua concessão. Assim, não era concebível que após decorrido tempo suficiente à estabilização dos fatos viesse o Tribunal de Contas da União desconsiderar o ato jurídico que deu origem à percepção da pensão especial, sob o argumento de que o instrumento jurídico da adoção não estava de acordo com os artigos 28 e 35 da Lei 6679/79. O seu voto, por isso, divergiu do proferido pela Ministra Ellen Gracie, relatora do mandado de segurança.

4. Não tenho como deixar de acompanhar o bem articulado voto do eminente Ministro Gilmar Mendes. Apenas me situaria, aqui, num ponto: se deferíssemos a segurança, estaríamos, na verdade, julgando a questão relativamente ao direito que teria sido já consagrado antes da Lei nº 6.679/79 - Código de Menores - e que assegurou o direito ao menor. O Tribunal de Contas, ao que parece, desfez esse ato ao negar registro à pensão especial. Primeiro, falece competência àquele Tribunal para desconstituir o ato civil, ainda mais com base em interpretação de norma superveniente à sua formação. Houve, isto sim, aplicação retroativa da lei, alcançando o ato jurídico perfeito.

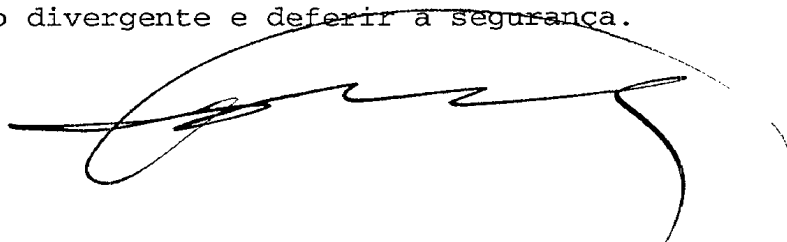
5. Por outro lado, apenas a título de argumentação, importa ressaltar que, ainda que competente fosse o Tribunal de Contas da União para desconstituir o ato, o procedimento, por imposição constitucional, deveria observar os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, o que não sucedeu na espécie.

6. O voto do Ministro Gilmar Mendes, para mim, põe uma pedra



de cal em cima da questão, porque enfrentou todos os obstáculos de natureza constitucional que impedem o desfazimento por ato do Tribunal de Contas.

Peço todas as vênias à Ministra Ellen Gracie para acompanhar o voto divergente e deferir a segurança.

A handwritten signature in black ink, featuring a large, sweeping initial 'E' followed by several horizontal strokes and a final vertical stroke.

05/02/2004

TRIBUNAL PLENO

MANDADO DE SEGURANÇA 24.268-0 MINAS GERAIS

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO - Sr. Presidente, vou acompanhar também os votos dissidentes quanto à maior extensão da ordem, para impedir rediscussão administrativa da presunção de validade da adoção.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

MANDADO DE SEGURANÇA 24.268-0

PROCED.: MINAS GERAIS

RELATORA ORIGINÁRIA : MIN. ELLEN GRACIE

RELATOR PARA O ACÓRDÃO : MIN. GILMAR MENDES

IMPTE.: FERNANDA FIUZA BRITO

ADVDS.: CARLOS AUGUSTO DE ARAUJO CATEB E OUTROS

IMPDO.: PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

IMPDO.: GERENTE DE RECURSOS HUMANOS DA SUBSECRETARIA DE
PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E ADMINISTRAÇÃO DO MINISTÉRIO DA
FAZENDA-GERÊNCIA REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO EM MINAS GERAIS

Decisão: Após o voto da Senhora Ministra Ellen Gracie, Relatora, indeferindo a segurança, pediu vista o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Celso de Mello, e, neste julgamento, o Senhor Ministro Carlos Velloso. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Plenário, 03.04.2003.

Decisão: Apresentado o processo em mesa pelo Senhor Ministro Gilmar Mendes, que pedira vista dos autos, S. Exa. indicou adiamento. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Cezar Peluso, Sepúlveda Pertence e, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 15.10.2003.

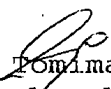
Decisão: O Tribunal, por decisão majoritária, deferiu a segurança, nos termos do voto do Senhor Ministro Gilmar Mendes, vencidos a Senhora Ministra Ellen Gracie, Relatora, que a indeferia, e, na extensão da concessão, os Senhores Ministros Nelson Jobim, Carlos Velloso e Cezar Peluso. Votou o Presidente, o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 05.02.2004.

Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso



de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa.

Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.


Luiz Tomimatsu
Coordenador