

Prescrição e decadência: emanções do princípio da segurança jurídica nos processos sob a jurisdição dos tribunais de contas*

Licurgo Mourão

Auditor e conselheiro substituto do Tribunal de Contas de Minas Gerais; palestrante e conferencista; mestre em Direito Econômico; pós-graduado em Contabilidade Pública, Controladoria Governamental e em Direito Administrativo; bacharel em Direito e em Administração de Empresas; ex-professor da Universidade Federal de Pernambuco — UFPE; professor em Cursos de pós-graduação na Universidade de Pernambuco — UPE e no Centro Integrado de Ensino Superior da Amazônia — CIESA; instrutor da Escola de Administração Fazendária — ESAF do Ministério da Fazenda, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Escola de Contas Públicas do Tribunal de Contas.

Tudo tem o seu tempo determinado, e há tempo para todo o propósito debaixo do céu.

Eclesiastes 3: 1

1 Introdução

O universo jurídico deve refletir as influências do decurso do tempo e não somente o cotidiano da sociedade. Nesse viés, o Direito, enquanto ciência social aplicada, não pode ser diferente, haja vista que se a sociedade se transforma, por consequência, a ciência deve trilhar a mudança, sob pena de tornar-se estática, obsoleta, arcaica e, assim, o Direito não poderá alcançar o seu propósito de atender ao interesse público que visa à estabilidade e confiança no ordenamento jurídico.

Ressalte-se que no Estado de Direito o ordenamento jurídico-positivo arrima-se em dois axio-

* Colaboração: Técnicos de Controle Externo do TCEMG Aline Loreto, Diogo Ferreira, Flávia Lopes e Marlon Nascimento.

mas principais: a justiça e a segurança. É nesse contexto que impende breve digressão acerca do princípio da segurança jurídica e dos institutos da prescrição e da decadência, eis que os tribunais de contas necessitam harmonizar a segurança jurídica ao interesse público, no exercício de seu mister constitucional.

2 Segurança jurídica e prescrição

É cediço que um dos princípios norteadores da administração pública é o princípio da segurança jurídica, resguardado em nossa Constituição Federal de 1988 e textualmente enumerado no *caput* do art. 2º da Lei Federal n. 9.784/99. Sua aplicação à função de controle exercida pelo Poder Legislativo, com o auxílio das cortes de contas, dar-se-á quando restar inoportuna a atuação do controle, tendente a desconstituir atos que se consolidaram com o protrair dos anos.

Não se pode olvidar que a preservação do interesse público poderá implicar no reconhecimento de que os atos administrativos tenham seus efeitos jurídicos preservados, quando a atuação dos órgãos de controle não se der de modo tempestivo, situação na qual colidem os princípios da legalidade — a autorizar o exercício do controle a qualquer tempo — e da segurança jurídica, a reclamar a estabilização das relações constituídas. Nesse sentido, é o magistério do jurisconsulto Juarez Freitas¹, *in verbis*:

No atinente ao princípio da segurança jurídica, dimanante da ideia de Estado democrático, significa que a Administração Pública deve zelar pela estabilidade e pela ordem nas relações jurídicas como condição para que se cumpram as finalidades do ordenamento. A estabilidade fará, por exemplo, que, em certos e excepcionais casos, a Administração tenha o dever de convalidar atos irregulares na origem. É que sem estabilidade não há justiça, nem paz, tampouco respeito às decisões administrativas.

(...) Como se vê, o princípio da confiança do administrado na administração pública e vice-versa deve ocupar, sob vários matizes, lugar de destaque em qualquer classificação dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito brasileiro, precisando operar como um dos norteadores supremos do controle das relações de administração, inclusive e especialmente para bem solver o problema da imprescritibilidade e da eventualíssima não-decretação de nulidade dos atos administrativos, assim como, numa evidente correlação temática, para fixar limites à cogência anulatória de atos maculados por vícios originários. Força sopesar a íntegra das argumentações, dos bens e dos males, em confronto com tal princípio, antes mesmo de efetuar a requerida anulação em casos de longo curso temporal. Com efeito, às vezes impor-se-á, em seu obséquio, sanar ou convalidar atos inquinados de vícios formais, no justo resguardo das diretrizes cogentes do sistema, contanto que não haja prejuízo a terceiros e se cristalizem situações marcadas por aquela nota de excepcionalidade, acentuada

¹ FREITAS, 2004, p. 62-75.

no capítulo precedente. (grifos nossos)

É consabido que num sistema de normas constituído por regras e princípios constitucionais em constante e necessária transformação, que refletem uma sociedade dinâmica e heterogênea, inevitáveis são os conflitos entre as espécies normativas, o que reclama a adoção de critérios capazes de resolvê-los e salvaguardar a unidade e a coerência do ordenamento jurídico.

A propósito do tema, é do escólio de Paulo Bonavides² a seguinte lição, com base nos estudos do constitucionalista alemão Robert Alexy:

A distinção entre regras e princípios desponta com mais nitidez, no dizer de Alexy, é ao redor da colisão de princípios e do conflito de regras. Comum a colisões e conflitos é que duas normas, cada qual aplicada de per si, conduzem a resultados entre si incompatíveis, a saber, a dois juízos concretos e contraditórios de dever-ser jurídico. Distinguem-se, por conseguinte, no modo de solução do conflito. Afirma Alexy: “Um conflito entre regras somente pode ser resolvido se uma cláusula de exceção, que remova o conflito, for introduzida numa regra ou pelo menos se uma das regras for declarada nula (ungültig)”. Juridicamente, segundo ele, uma norma vale ou não vale, e quando vale, e é aplicável a um caso, isto significa que suas consequências jurídicas também valem.

Com a colisão de princípios, tudo se passa de modo inteiramente distinto, conforme adverte Alexy. A colisão ocorre, p. ex., se algo é vedado por um princípio, mas permitido por outro, hipótese em que um dos princípios deve recuar. Isto, porém, não significa que o princípio do qual se abdica seja declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção nele se introduza.

Antes, quer dizer — elucidada Alexy — que, em determinadas circunstâncias, um princípio cede ao outro ou que, em situações distintas, a questão de prevalência se pode resolver de forma contrária. Com isso — afirma Alexy, cujos conceitos estamos literalmente reproduzindo — se quer dizer que os princípios têm um peso diferente nos casos concretos e que o princípio de maior peso é o que prepondera. (grifos nossos)

No mesmo diapasão, Emerson Garcia³, estudioso do tema, assim pondera sobre a teoria do constitucionalista norte-americano Ronald Dworkin:

Os princípios possuem uma dimensão de peso (dimension of weight), referencial de análise que contribuirá para a solução de colisões, permitindo a identificação daquele que irá preponderar. Assim, verificando-se que vários princípios incidem sobre determinada situação concreta, deverá o responsável pela solução do conflito valorar o peso relativo de cada um deles, identificando os princípios cuja utilização, total ou parcial, será admitida ou afastada:

² BONAVIDES, 2008, p. 279-280.

³ GARCIA, 2008, p. 183.

os princípios se assemelham a “vetores”, expressando “forças” que exigem seja calculada uma “resultante”. O princípio preterido preserva a sua força normativa, mas deixa de incidir na situação concreta, o que permite afirmar que a solução da colisão atua como incidente da aplicação da norma. (grifos nossos)

Prosseguindo em sua lição, assevera o Mestre Emerson Garcia⁴, agora pautado na lição de Robert Alexy:

(...) Acresce o jurista alemão que os princípios coexistem e convivem harmonicamente, permitindo que, em caso de colisão, um deles seja preponderantemente aplicado ao caso concreto, a partir da identificação do seu peso e da ponderação com outros princípios, conforme as circunstâncias em que esteja envolto.

(...) Nas palavras de Alexy, “princípios e ponderações são dois lados do mesmo objeto. Um é do tipo teórico-normativo, o outro, metodológico. Quem efetua ponderações no Direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações. A discussão sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, uma discussão sobre ponderação.” (in Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático, RDA 217/75). (grifos nossos)

A respeito da colisão de princípios, assim assentou o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em voto lapidar da Desembargadora Relatora Maria Elza, no Processo n. 1.0024.06.073260-9, do qual se extraem os seguintes excertos, *verbis*:

Certo é que vivemos em uma fase histórica do Direito em que resta patente a ascensão dos princípios, estando eles dotados de alta carga axiológica e dimensão ética, aos quais os intérpretes têm atribuído ampla eficácia jurídica e aplicabilidade direta e imediata. E ao contrário das regras, que normalmente expressam relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações, os princípios expressam valores a serem preservados ou fins públicos a serem realizados, sem especificar, portanto, a conduta a ser seguida.

É o que leciona o eminente constitucionalista Luís Roberto Barroso ao analisar o papel do intérprete do Direito diante de tal quadro em que vige o alto grau de aplicabilidade dos princípios, no qual se mostra inaplicável o método tradicional de aplicação do Direito pelo qual se realiza uma subsunção do fato à norma e pronuncia a conclusão. “ (...) em uma ordem democrática, princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante ponderação: o intérprete irá aferir o peso de cada um, à vista das circunstâncias, fazendo concessões

⁴ GARCIA, 2008, p. 187.

recíprocas. Sua aplicação, portanto, não será no esquema tudo ou nada, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato.” (Temas de Direito Constitucional. Tomo III. São Paulo: Renovar, 2005, p. 81-83).

(...) Em razão do princípio da unidade da Constituição, inexistindo hierarquia entre os diversos princípios constitucionais, o intérprete, ao se deparar em um caso concreto com a existência de dois ou mais direitos fundamentais, que, se aplicados de maneira ampla e integral, mostram-se contrários à solução da demanda, deve lançar mão do método da ponderação de interesses, de modo a aplicar aquele princípio preservando o máximo de cada um dos valores em conflito, realizando um juízo apto a tornar prevalente aquele que importe a menor lesão ao outro, sem, contudo, extirpá-lo ou esvaziá-lo em seu sentido. (grifos nossos)

Assim, tem-se que na resolução da colisão entre princípios constitucionais devem ser consideradas as circunstâncias que cercam o caso concreto para que, pesados os aspectos específicos da situação, prepondere o preceito mais adequado. A tensão se resolve mediante uma ponderação de interesses opostos, determinando qual destes interesses, abstratamente, possui maior peso no caso concreto.

Modernamente, não há que se entender que a atividade de controle possa exceder a limites protetivos do cidadão, entre eles o da segurança jurídica. Nesse sentido é a lição de Júlio César Costa Silveira⁵, membro do Ministério Público do Rio Grande do Sul, em sua tese de doutorado, *verbis*:

Caracterizado, fundamentalmente, por um dogmatismo associado de forma irrestrita ao princípio da legalidade estrita, o princípio da segurança jurídica, embora sempre tenha sido vocacionado à proteção dos interesses que estejam em total adequação aos textos legais, acabou por retratar uma certa distonia entre a sua essência protetiva e a regra jurídica formalmente produzida pelo Estado. Circunstâncias oriundas de comportamentos reconhecidos como lastreados, principalmente, pela boa-fé dos administrados, os quais, por decorrência de tal constatação, passaram a exigir uma proteção mínima à da confiança decorrente de tal postura subjetivamente alicerçada, acabaram por forçar e exigir a garantia de uma maior estabilidade para as situações jurídicas, mesmo aquelas que na sua origem pudessem apresentar algum vício por decorrência de ilegalidade. Em razão dessa nova visão, a própria ideia de Estado de Direito passou por mutações marcadas por uma maior flexibilização de suas estruturas normativas, diminuindo, sob certa ótica, a força, até então irresistível, atribuída ao princípio da legalidade estrita. Nesse passo, portanto, assumiram ambos os princípios a condição de subprincípios, de molde a, por força dessa nova concepção,

⁵ SILVEIRA, 2005, p. 134-135.

passarem a integrar o conceito de Estado, não mais limitado pela submissão inafastável ao Direito Positivo, mas com a maleabilidade assegurada por um novo modelo de ordenação político-social, qual seja a do Estado Democrático de Direito. (grifos nossos)

Discorrendo acerca do tema, cita o representante do *parquet* gaúcho que a quebra do paradigma interpretativo então vigente mereceu a atenção de juristas de escol, entre eles Almiro do Couto e Silva⁶. Para Júlio César Costa Silveira, citando Mauro Roberto Gomes de Mattos⁷, *verbis*:

O acolhimento do princípio da segurança jurídica, nos termos dessa nova visão, possibilitou, mormente pela força integradora da democracia como fator de busca permanente da equalização e uniformização das diferenças, que se utilizasse tal princípio como forma de instrumento de obstaculização da atividade da administração pública, em específico nas circunstâncias em que a sua inação a caracterizava por um período dilargado de tempo, desde que inocondo qualquer conduta informada por má-fé dos administrados interessados, ou eventualmente beneficiados por tal inação administrativa. Transpondo tais princípios para a esfera das relações disciplinadas pelo (...) Direito Público, a prescrição funciona também como fator de estabilidade na relação dos administrados com a administração pública, e vice-versa. (grifos nossos)

3 Da prescrição incidente no âmbito dos tribunais de contas

Não raro, no âmbito dos tribunais de contas, quando do exame de autos que tratam de convênios, contratos, termos aditivos, seus instrumentos congêneres e respectivas prestações de contas, verifica-se a existência de processos autuados há muitos anos, cuja legalidade há de ser objeto da análise das cortes de contas. Não obstante o lapso temporal transcorrido, verifica-se eventualmente a não-realização de inspeção relativa aos respectivos fatos ou a inexistência de citação válida dos interessados. Ou seja, estariam prescritas as pretensões que emanam de seu direito de fiscalizar, quais sejam: a de agir, expedindo determinações positivas e negativas (pretensão corretiva); a de punir ilícitos no âmbito de sua competência (pretensão punitiva); e a de apurar danos ao erário (pretensão reparatória).

Na busca pelo estabelecimento do prazo de prescrição aplicável aos processos sujeitos às cortes de contas, visando à harmonização da segurança jurídica com o interesse público, faz-se necessário anotar as principais características do instituto da prescrição. Esse surgiu no ordenamento a fim de trazer segurança às relações jurídicas que poderiam ser atingidas, mesmo após um longo período de tempo, em razão da indeterminação de prazo para a propositura das respectivas ações

⁶ COUTO E SILVA, 1996, p. 24.

⁷ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Da prescrição intercorrente no processo administrativo disciplinar. *COAD – ADV: Seleções Jurídicas*, p. 58, mar. 2002.

assecuratórias de direitos. Na vetusta lição do insígne jurista alagoano Pontes de Miranda⁸:

Os prazos prescricionais servem à paz social e à segurança jurídica. Não destroem o Direito, que é; não cancelam, não apagam as pretensões; apenas, encobrendo a eficácia da pretensão, atendem à conveniência de que não perdure por demasiado tempo a exigibilidade ou a acionabilidade.

A prescrição é, em síntese, a extinção da pretensão, em razão da inércia do seu titular pelo decurso de determinado lapso temporal. O que se extingue é a ação e não propriamente o Direito, ficando este incólume. Sobre o tema, cumpre colacionar a lição de San Tiago Dantas, citado por Marques⁹:

Esta influência do tempo, consumido o Direito pela inércia do titular, serve a uma das finalidades supremas da ordem jurídica, que é estabelecer a segurança das relações sociais. Como passou muito tempo sem modificar-se o atual estado das coisas, não é justo que se continue a expor as pessoas à insegurança que o direito de reclamar mantém sobre todos, como uma espada de Dâmocles. A prescrição assegura que, daqui em diante, o inseguro é seguro; quem podia reclamar não mais pode. De modo que o instituto da prescrição tem suas raízes numa das razões de ser da ordem jurídica: estabelecer a segurança nas relações sociais — fazer que o homem possa saber com que conta e com o que não conta. (grifos nossos)

Ao tratar do assunto, assevera o eminente jurista pernambucano Aníbal Bruno¹⁰:

O tempo que passa, contínuo, vai alterando os fatos e com estes as relações jurídicas que neles se apoiam. E o Direito, com o seu senso realista, não pode deixar de atender a essa natural transmutação de coisas (...). Além disso, o fato cometido foi-se perdendo no passado, apagando-se os seus sinais físicos e as suas circunstâncias na memória dos homens; escasseiam-se e tomam-se incertas as provas materiais e os testemunhos e assim crescem os riscos de que o juízo que se venha a emitir sobre ele se extravie, com grave perigo para a segurança do Direito. Um fato de reconhecimento jurídico legítimo e necessário. Em todo caso, um fato que um motivo de interesse público justifica. (grifos nossos)

Aliás, nunca é demais salientar que a prescrição alcança até mesmo as ações penais nos crimes dolosos contra a vida. Nesse sentido, os comentários do eminente Juiz federal Daniel Machado da Rocha¹¹, *verbis*:

Se até no Direito Penal, que tutela os bens jurídicos mais caros ao corpo social,

⁸ PONTES DE MIRANDA, 1974, p. 101.

⁹ MARQUES, 2003, p. 54-55.

¹⁰ BRUNO, Aníbal *apud* CORDEIRO, 1997, p. 105-120.

¹¹ ROCHA, 2006, p. 160.

os efeitos do tempo também fulminam a pretensão estatal de punir os delitos mais graves, qual a justificativa para perpetuar o direito de a Administração Pública desconstituir os seus atos? De fato, quando a ordem jurídica pretende não prescrever algum direito, o diz de maneira expressa (CF, arts. 5º, XLII; 182, § 3º, e 191, parágrafo único). Quer dizer, a prescritibilidade é a regra, e a imprescritibilidade, a exceção. (grifos nossos)

No mesmo diapasão estão os comentários de Rita Tourinho¹², Promotora de Justiça do Estado da Bahia, *verbis*:

Como vimos, os prazos prescricionais estão a serviço da paz social e da segurança jurídica, valores primordiais à coletividade, que não podem ser suplantados por interesses de cunho patrimonial, mesmo que este pertença ao Estado. Observe-se que a preocupação com tais valores é tamanha em nosso ordenamento jurídico que até o crime de homicídio, que atenta contra a vida — bem maior, passível de proteção — prescreve em 20 anos. (grifos nossos)

Infere-se, desse modo, que no Direito Administrativo não é diferente, pois a prescrição se inscreve como princípio informador de todo o ordenamento jurídico, não se admitindo incertezas nas relações reguladas pelo Direito. Na lição de Renato Sobrosa Cordeiro: *É regra geral de ordem pública, que se inscreve nos estatutos civis, comerciais e penais, submetendo-se as relações jurídico-administrativas a tal postulado.*¹³

Nesse sentido, por exemplo, a prescrição servirá como convalidadora de atos administrativos, entre eles os bilaterais, tais como os contratos, convênios e seus congêneres. Veja-se a lição de Júlio César Costa Silveira¹⁴, *verbis*

As peculiaridades que tornam o Direito Administrativo um território marcado por contornos extremamente específicos exigem que a atividade de convalidação reste balizada por critérios de natureza pública. Entretanto, no que se refere ao fenômeno prescricional, não há obstáculo algum que se lhe reconheça, na hipótese de que o ato administrativo não reste convalidado, resulte sanado por força do evento prescricional. Isto porque a estabilidade e a ordem das relações jurídicas caracterizam-se como um objetivo fundamental a ser observado pela administração pública. Neste escopo a prescrição administrativa virá a estatuir a indispensável segurança jurídica. (...) Desse modo, conforme o até aqui realçado, no caso dos atos nulos, a prescrição administrativa assume, além da condição de fenômeno extintivo do poder de autotutela peculiar à administração pública, a feição de força sanatória dos eventuais vícios portados pelo ato administrativo. Neste sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto

¹² TOURINHO, Rita. A prescrição e a lei de improbidade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 12, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 28 nov. 2008.

¹³ CORDEIRO, 1997, p. 105-120.

¹⁴ SILVEIRA, 2005, p. 252-254.

explicita que: “A prescrição produz, assim, uma sorte de sanatória indireta ou não voluntária, como preferimos classificá-la (...), considerando ‘interna’ aquela que se dá no âmbito da administração, impedindo-a de rever seus próprios atos, seja ‘ex-officio’ seja sob provocação, e ‘externa’ aquela que impede o Judiciário de operar a correção da violação de direitos subjetivos acaso ocorrida. Como se vê, em ambos os casos produzem-se ‘efeitos sanatórios’, ainda que os atos inquinados como tal permaneçam”. Desse modo, resta inexorável reconhecer-se que a prescrição administrativa exerce, entre outros de seus efeitos, a força de evento convalidador dos vícios eventualmente portados pelos atos administrativos, ante a imobilidade da administração pública no exercício de seu poder de autotutela. Dá-se tal circunstância em razão de diversas diretrizes a que, hodiernamente, o Direito Administrativo vê-se submetido, conforme acima explicitado. O primeiro de tais paradigmas é a relativização do princípio da legalidade. O segundo diz respeito ao acatamento do princípio da boa-fé dos administrados e dos servidores, os quais acreditam na legitimidade e na legalidade dos atos administrativos, além da presunção que lhes é inerente e integrante. Por fim, o terceiro referencial está diretamente associado ao princípio da segurança social, no fito de que a ordem, a estabilidade e a certeza das relações jurídicas nas quais intervém a Administração Pública, não restem marcadas pela desconfiança e pela insegurança, gerando-se, de tal circunstância, forte instabilidade social, o que se mostra totalmente inadequado ao Estado Democrático de Direito. (grifos nossos)

Na espécie, conforme dito, deveriam os relatores de tais processos — em observância ao princípio da legalidade estrita que impõe ao Tribunal de Contas o exercício de seu mister fiscalizatório — determinar as medidas corretivas e/ou punitivas, embora extemporâneas e pouco efetivas em razão do protrair dos anos. Entretanto, a nosso ver, impõe-se a incidência do princípio da segurança jurídica, consubstanciado na utilização do instituto da prescrição, aplicável analogicamente aos processos sujeitos à jurisdição das cortes de contas.

A utilização de institutos de direito civil em processos de controle regidos por normas de direito administrativo evidencia a necessidade de integração do Direito, uma vez que, na lição de Limongi França, citando Francesco Ferrara¹⁵, analogia é, *verbis*:

(...) raciocínio que, partindo da solução prevista em lei para certo objeto, conclui pela validade da mesma solução para outro objeto semelhante não previsto. O mesmo processo, diga-se de passagem, pode ser adotado com relação ao costume, à jurisprudência, etc. (...) Noutras palavras, diz Ferrara que ela é a aplicação de um princípio jurídico que a lei estabelece, para um certo fato, a um outro fato não regulado mas juridicamente semelhante ao primeiro. (grifos nossos)

¹⁵ FERRARA, Francesco. *Trattato di diritto civile italiano*. Roma, v. I, 1921, p. 227.

Nos casos em que se constatem tais situações, há que se admitir a prescritibilidade das pretensões punitiva e corretiva das cortes de contas, pois, além de se referir a processos despidos de quaisquer elementos probatórios, estar-se-ia admitindo a eternização do direito de punir, o que é vedado pelo disposto no art. 5º, XLVII, alínea *b*, da Lei Maior.

Veja-se que o *mister* de fiscalizar — verdadeiro poder-dever — é um direito exercido pelos tribunais de contas em defesa do erário e da própria sociedade. Desse direito emanam, a nosso ver, várias pretensões, quais sejam: a de agir, expedindo determinações positivas e negativas (pretensão corretiva); a de punir ilícitos no âmbito de sua competência (pretensão punitiva); e a de apurar danos ao erário (pretensão reparatória).

Apenas argumentando, sobreleva notar que, atualmente, até mesmo a sólida construção acerca da imprescritibilidade das ações reparatórias de dano ao erário vem sendo discutida no meio acadêmico, embora entendamos não se confundir a reparação do dano com a aplicação de pena pecuniária. A propósito, a lição do Procurador do Estado de Minas Gerais e Professor da Faculdade de Direito da UFMG, Érico Andrade¹⁶, *verbis*:

O art. 37, § 5º, da Constituição Federal parece, de forma indireta, declarar que a ação de ressarcimento de danos ao erário seria imprescritível. Todavia, esse entendimento mostra-se insustentável perante o próprio ordenamento jurídico vigente, pois a Constituição Federal estabelece, como direito e garantia fundamental, a vedação de penas perpétuas — art. 5º, XLVII, b. Ora, no caso, a se entender imprescritível o ressarcimento, estar-se-ia criando a possibilidade, eterna, de se demandar, v.g., um tataraneto de um administrador ímprobo (...). Criada estaria, assim, em antinomia com a própria Constituição, uma pena perpétua. (...) Tanto é certa a prevalência do direito fundamental de vedação de penas perpétuas sobre a norma do art. 37, § 5º, CF, que o art. 23, I, da Lei n. 8.429/92 prevê a prescrição quinquenal para a aplicação de suas sanções — entre as quais se situa, obviamente, o perdimento de bens ou imposição de indenizar o erário. (grifos nossos)

Aliás, não se pode olvidar que a imprescritibilidade das pretensões em defesa dos direitos por parte do Estado é, de há muito, alvo de críticas dos mais autorizados juristas brasileiros, entre eles as do incomparável mestre cearense Clóvis Beviláqua¹⁷, em seus comentários ao Código Civil então vigente, *verbis*:

Manteve o Código Civil o privilégio da União, quanto à prescrição quinquenária de suas dívidas passivas, e concedeu-a também aos Estados e Municípios, que não gozavam desse benefício. A razão não justifica semelhante privilégio e, muito menos, a imprescritibilidade das dívidas ativas, que vemos resultar dos termos do art. 66, III, combinados com o artigo 67. (grifos nossos)

¹⁶ ANDRADE, 2003, p. 49.

¹⁷ BEVILÁQUA, 1956, p. 379.

Feita tal digressão e retornando ao ponto nodal, em tais casos, impõe-se a prevalência do princípio da segurança jurídica sobre o da legalidade estrita, com a aplicação de seus institutos assecuratórios, entre eles o da prescrição, notadamente depois de considerável lapso temporal. Nesse sentido, mais uma vez, é a lição de Júlio César Costa Silveira¹⁸, ao citar Almiro do Couto e Silva, *verbis*:

A recepção de princípios, a título de diretrizes com força de orientação ao agir do administrador público, permitiu que se visualizassem tais circunstâncias sob o prisma da passagem do tempo. Tanto é assim que, na visão de Almiro Couto e Silva: “(...) os atos inválidos praticados pela administração pública, quando permanecem por largo tempo, com a tolerância do Poder Público, dando causa a situações perfeitamente consolidadas, beneficiando particulares que estão de boa-fé, convalidam, convalescem ou sanam. (...) É importante que se deixe bem claro, entretanto, que o dever (e não o poder) de anular os atos administrativos inválidos só existe quando no confronto entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica o interesse público recomende que aquele seja aplicado e este não. Todavia, se a hipótese inversa verificar-se, isto é, se o interesse público maior for de que o princípio aplicável é o da segurança jurídica e não o da legalidade da administração pública, então a autoridade competente terá o dever (e não o poder) de não anular, porque se deu a sanatória do inválido, pela conjunção da boa-fé dos interessados com a tolerância da administração e com razoável lapso de tempo transcorrido”.

Ora, a partir de tal compreensão, em aceitando-a, o que nos parece, no mínimo, razoável, nada obstará que se possa admitir que, muito mais do que a mera convalidação do ato administrativo viciado por força do decurso do tempo, o acatamento da possibilidade do reconhecimento da prescrição administrativa exsurge como fator com consequência fática idêntica, no sentido de impedir que tais atos possam vir a ser revogados ou anulados por parte da administração pública.

Importa destacar que o que aqui se busca evidenciar diz respeito à prescrição administrativa, ou seja, fator impeditivo do exercício do poder-dever de anular o ato nulo a ser reconhecido pela própria administração pública.

Tal compreensão, aliás, não se mostraria esdrúxula e totalmente dissonante no espaço da regulação jurídica, na medida em que tal reconhecimento é fator indiscutível na esfera regulada pelo Direito Privado, não se criando, ante tal compreensão, nenhuma circunstância que possa ser tida como absurda, face aos parâmetros do ordenamento jurídico pátrio.

Ora, reconhecida a possibilidade de convalidação, enquanto ato jurídico de maior abrangência, em caso de inexistência de um tempo legalmente determinado para tal atuação, possibilitado também estará o reconhecimento da prescrição administrativa, na medida em que tal efeito extintivo

¹⁸ SILVEIRA, 2005, p. 248-250.

também pode restar compreendido como evento que, em razão de seus particulares efeitos, acabaria por produzir efeito de natureza sanatória.
(grifos nossos)

Conforme dito, verificando tratar-se de assuntos sujeitos ao controle externo atuados há muitos anos, sendo certo ainda que não foi realizada a citação válida dos responsáveis ou interessados e nem foi praticado qualquer outro ato com vistas à instrução processual, impõe-se a aplicação do instituto da prescrição às pretensões punitiva e corretiva das cortes de contas, apurando-se responsabilidades de quem lhe deu causa.

Ainda, considerando todo o exposto, ao cumprir o seu *mister*, não seria razoável que o Tribunal de Contas, a fim de alcançar a efetividade no controle externo da gestão pública, promovesse a citação das partes interessadas ou a realização de diligência para a juntada de documentos, objetivando o saneamento destes autos, haja vista a ineficácia, por extemporânea, a nosso ver, dessas medidas.

3.1 Do prazo prescricional

A Constituição da República de 1988 adotou a prescritibilidade como regra e o fez no capítulo denominado Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, explicitando as exceções, quais sejam: os crimes consistentes na prática do racismo e na ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado democrático (art. 5º, incs. XLII e XLIV) e as ações de ressarcimento por prejuízos causados ao erário, em seu artigo 37, § 5º.

Destarte, sendo somente tais crimes e tais ações imprescritíveis, há que se admitir a prescrição das pretensões punitiva e corretiva exercidas pelo Estado contra o responsável pela prática dos demais ilícitos, observada a legislação de regência.

Entretanto, a fixação de um prazo prescricional ante o silêncio legislativo, notadamente no que toca ao exercício da função de controle, é ponto de intenso debate doutrinário. Nesse sentido, adverte-nos Júlio César Costa Silveira¹⁹, *verbis*:

Questão controvertida, entre tantas outras que gravitam em torno do instituto da prescrição administrativa, diz respeito ao silêncio do legislador em relação ao prazo prescricional. (...) A postura de buscar apoio no sistema legislado, a partir de um caso de regulação particular, para o efeito de situar um prazo que possa ser generalizado, de modo que, nos casos de omissão de manifestação legislativa, tenha-se um parâmetro a ser universalizado, esbarra na circunstância de que, além do fato de que muitas leis, na esfera de regulação administrativa, estatuem lapsos temporais diversos, a escolha de um só critério mostra-se extremamente problemática, ante a razão de que, de imediato, o primeiro gesto a ser praticado

¹⁹ SILVEIRA, 2005, p. 315-318.

diz respeito à necessária demonstração da legitimidade da escolha procedida.

Tanto é assim que a própria escolha, tradicionalmente procedida, qual seja em relação aos prazos estatuídos pelo Direito Civil, padece da mesma ilegitimidade, dado que a escolha de tal critério não espelha ou indica a sua origem a partir de critério que possa ser havido, no âmbito do Direito Público, como um critério inquestionavelmente adequado.

(...) Ante tais perspectivas, não resulta inviável, portanto, deixar-se de envidar um esforço preliminar para a identificação de um prazo a ser universalizado. Poderíamos, por exemplo, partir de um critério inicial apoiado em diplomas legais, no âmbito da regulação administrativa, nos quais tal lapso resta fixado entre dois e cinco anos. Para tanto se usariam, como referência, as Leis n. 8.429, de 02 de junho de 1992; 8.112, de 11 de dezembro de 1990; e 4.717, de 29 de junho de 1965, as quais, devem, por óbvio, ser compreendidas a partir do estabelecido pelo art. 37, § 5º, da Constituição Federal. Como consequência deste primeiro movimento de inteligência, de imediato exsurtem duas variáveis de identificação de tal concepção, quais sejam: a de que inexistente prescrição na esfera administrativa, salvo com expressa previsão legal; e que tais prazos serviriam como uma forma de identificação daquilo que se convencionou designar como sendo o espírito do legislador.

Percebe-se desde logo que a simples utilização de um ou mais diplomas legais para o efeito de assumirem, a título de referência, a função de identificação de um prazo a ser universalizado, caracteriza tarefa que já se depara com embaraço intransponível, na medida em que a própria lei abstém-se de firmar, de modo claro, incontroverso e pontual, um prazo fixo para as hipóteses que ultrapassam o seu conteúdo normativo. Ou seja, tais estatutos legais, de início, manifestam, de forma incontroversa, os limites e a temática que visam obedecer e regular, respectivamente, não dando, contudo, um passo além de si próprios.

Ante tal perspectiva, construiu-se uma nova tentativa de solução, qual seja: ante a ausência de previsão legal expressa a respeito do prazo para correção dos atos administrativos ilegais, por parte da própria administração pública, deslocaram-se os intentos para a construção de um critério a partir dos paradigmas estatuídos pelo estudo das nulidades e anulabilidades, no âmbito do Direito Administrativo, cuja característica maior é a de ter-se sedimentado sob a influência do Direito Civil. (grifos nossos)

Embora não havendo ainda consenso acerca da matéria, o Tribunal de Contas da União, com amparo no voto do Ministro Guilherme Palmeira, no Acórdão n. 1.263/2006 da 1ª Câmara, utilizou os seguintes critérios para análise dos prazos prescricionais, em analogia com as normas de direito privado estatuídas no Código Civil brasileiro, *verbis*:

Com a entrada no universo jurídico do novo Código Civil, a regra geral dos prazos prescricionais, disciplinada pelo art. 205, passou a ser de dez anos, prazo que vem sendo observado pelo TCU em suas deliberações. Neste sentido, vem a

propósito reproduzir parte do Acórdão 1.727/2003 – 1ª Câmara da relatoria do nobre Ministro Augusto Sherman Cavalcanti:

(...) 8. Entretanto, com a edição do novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002) e o início de sua vigência em 01/01/2003, os prazos prescricionais sofreram sensível alteração. A regra geral passou a ser o prazo de dez anos, conforme dispõe seu art. 205: “Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”.

9. Registre-se que o novo código não trouxe previsão de prazo prescricional específico para a cobrança de dívidas ativas da União, dos Estados ou dos Municípios, o que, ante a ausência de outra legislação pertinente, nos leva à aplicação da regra geral para as dívidas ativas decorrentes de atos praticados após 01/01/2003.

10. Com referência aos prazos já em andamento quando da entrada em vigor do novo Código Civil, este estabeleceu em seu art. 2.028: “Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada”.

11. Desta feita, entendo, salvo melhor juízo, que quando ocorrerem, simultaneamente, as duas condições estabelecidas no artigo retromencionado — quais sejam, redução do prazo prescricional pelo novo Código Civil e transcurso, em 01/01/2003, de mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada — continuarão correndo os prazos na forma da legislação pretérita.

12. Deve-se enfrentar, ainda, nos casos em que os fatos ocorreram na vigência do Código Civil de 1916, o tema atinente ao termo inicial para contagem do prazo prescricional previsto na nova legislação. Duas teses se apresentam. A primeira, de que a contagem do prazo inicia-se na data em que o direito foi violado (art. 189 do Código Civil de 2002). A segunda, de que o prazo inicia-se em 01/01/2003, data em que o novo Código Civil entrou em vigor.

13. Entendo que a segunda tese é a que melhor se harmoniza com o ordenamento jurídico. Julgo que a regra de transição estabelecida no art. 2.028 do novo Código Civil veio para evitar ou atenuar efeitos drásticos nos prazos prescricionais em curso. A aplicação da primeira tese, de forma contrária, promoveria grandes impactos nas relações jurídicas já constituídas. Em diversos casos, resultaria na perda imediata do direito de ação quando, pela legislação anterior, ainda restaria mais da metade do prazo prescricional.

(...) 15. No âmbito deste Tribunal, em síntese, entendo deva-se aplicar o prazo prescricional de dez anos, previsto no art. 205 do novo Código Civil, quando não houver, em 01/01/2003, o transcurso de mais da metade do prazo de vinte anos estabelecido na lei revogada.

Sendo caso de aplicação do prazo previsto no novo Código Civil, sua contagem dar-se-á por inteiro, a partir de 01/01/2003, data em que a referida norma entrou em vigor. Ao contrário, quando, em 01/01/2003, houver

transcorrido mais da metade do prazo de vinte anos, a prescrição continua a correr nos moldes do Código Civil anterior. (grifos nossos)

Lado outro, insta salientar a advertência de Celso Antônio Bandeira de Melo²⁰ de que a analogia com o Direito Civil, ante a omissão legislativa na fixação de prazo prescricional em matéria de Direito Administrativo, não se revela a mais correta, *verbis*:

Não há regra alguma fixando genericamente um prazo prescricional para as ações judiciais do Poder Público em face do administrado. Em matéria de créditos tributários o prazo é de cinco anos, a teor do art. 174 do Código Tributário Nacional, o qual também fixa, no art. 173, igual prazo para a decadência do direito de constituir o crédito tributário. No passado (até a 11ª edição deste curso) sustentávamos que, não havendo especificação legal dos prazos de prescrição para as situações tais ou quais, deveriam ser decididos por analogia aos estabelecidos na lei civil, na conformidade do princípio geral que dela decorre: prazos longos para atos nulos e mais curtos para os anuláveis. Reconsideramos tal posição. Reditando sobre a matéria, parece-nos que o correto não é a analogia com o Direito Civil, posto que, sendo as razões de direito público, nem mesmo em tema de prescrição caberia buscar inspiração em tal fonte. Antes dever-se-á, pois, indagar do tratamento atribuído ao tema prescricional ou decadencial em regras genéricas de direito público.

(...) Vê-se, pois, que este prazo de cinco anos é uma constante nas disposições gerais estatuídas em regras de direito público, que quando reportadas ao prazo para o administrado agir, quer quando reportadas ao prazo para a Administração fulminar seus próprios atos. Ademais, salvo disposição legal expressa, não haveria razão prestante para distinguir entre administração e administrado no que concerne ao prazo ao cabo do qual faleceria o direito de reciprocamente se proporem ações. Isto posto, estamos em que, faltando regra específica que disponha de modo diverso, ressalvada a hipótese de comprovada má-fé em uma, outra ou em ambas as partes da relação jurídica que envolva atos ampliativos de direito dos administrados, o prazo para a Administração proceder judicialmente contra eles é, como regra, de cinco anos, quer se trate de atos nulos, que se trate de atos anuláveis. (grifos nossos)

Tão controverso é o estabelecimento dos marcos para a aplicação do instituto da prescrição no âmbito dos tribunais de contas que tal questão está sendo discutida, na profundidade que o caso requer, no Processo junto ao Tribunal de Contas da União n. TC 005.378/2000-2, ainda pendente de julgamento, até a presente data, haja vista o incidente de uniformização de jurisprudência suscitado quando de sua discussão em plenário.

Sem embargo da polêmica acerca do prazo prescricional ser decenal (em analogia com as nor-

²⁰ MELLO, 2004, p. 930.

mas de direito privado) ou quinquenal (em analogia com as demais normas de direito público) temos que o entendimento adotado pelo TCU, sufragado no acórdão acima colacionado, aponta-nos um novo paradigma, qual seja, o de assegurar, nos processos de controle exercido pelo Tribunal de Contas, a aplicação dos princípios da segurança jurídica, da economicidade — substanciado na equação custo-benefício —, da eficiência e da razoabilidade e, notadamente, o da celeridade, estampado no art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República de 1988, acrescentado pela EC n. 45, que dispõe: *a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*

Nos casos em concreto, há que se verificar se nos processos sob análise operou-se a prescrição suscitada, seja tomando por parâmetro o critério quinquenal publicista, seja utilizando-se o prazo decenal do Código Civil, até que a polêmica seja dirimida e a depender do livre convencimento fundamentado de cada julgador.

3.2 Da interrupção da prescrição

Assinalado o entendimento supraerigido, faz-se necessário registrar que em razão da ausência em nosso ordenamento jurídico de norma administrativa que trate das causas interruptivas da prescrição, justifica-se a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, o que aliás já se encontra previsto em diversas leis orgânicas de tribunais de contas e sumulado pelo TCU, a teor de sua Súmula n. 103.

Com efeito, esse é o entendimento do Tribunal de Contas da União, conforme excerto do Acórdão n. 758/2005, Segunda Câmara, Processo n. 011.990/1999-6, Relator Ministro Ubiratan Aguiar, o qual transcrevemos *ipsis litteris*:

A nova redação do artigo que trata dos prazos prescricionais unificou as prescrições pessoais e reais em dez anos. Assim, valendo-me dos jurídicos fundamentos do eminente Ministro Adhemar Ghisi, acima transcritos, entendo que devam as dívidas ativas da União rege-se pela prescrição decenária, observando-se a interrupção do prazo prescricional com o aperfeiçoamento da relação processual no âmbito deste Tribunal, ou seja, com a citação válida do responsável, conforme preceitua o art. 219 do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente aos processos desta Corte de Contas. (grifos nossos)

Ressalte-se que, nos casos em concreto, há que ser também verificado se ocorreu a interrupção da prescrição suscitada, através da citação válida dos interessados, a teor do que estabelece o art. 219 do CPC, *verbis*:

Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

3.3 Da resolução de mérito

De acordo com o art. 269, IV, do Código de Processo Civil, quando for pronunciada a prescrição haverá resolução de mérito, a qual poderá ser interrompida com a citação válida (art. 219 do respectivo diploma legal).

Conforme já dito, insta enfatizar que a prescrição inviabiliza a eficácia de determinada pretensão, em razão do seu não-exercício em determinado lapso temporal, conforme dispõe o art. 189 do Código Civil de 2002. Ainda, nos termos insertos no art. 193 do novel código, pode ser reconhecida a qualquer tempo e grau de jurisdição, devendo ser pronunciada de ofício, conforme o comando disposto no art. 219, § 4º, do CPC.

Portanto, a decisão que acolhe a prescrição é decisão de mérito que diz respeito à impossibilidade de obtenção da eficácia jurídica pretendida. Assim, entendemos que, com o decurso do tempo, escoa-se a prerrogativa do Tribunal de Contas de exercer as suas pretensões punitiva e corretiva decorrentes de sua atividade fiscalizatória — verdadeiro poder-dever — dirigida aos agentes públicos envolvidos. É então decisão de mérito análoga àquela que rejeita o pedido do demandante, porquanto reconhece a impossibilidade de concedê-lo em razão de um fato que inviabiliza a eficácia da pretensão (art. 269, IV, do CPC).

3.4 Da imprescritibilidade da pretensão reparatória

Embora nos pareça claro que o julgador — ao conceber ser possível a incidência de prazo prescricional nos processos afeitos ao Tribunal de Contas — há que observar, inexoravelmente, o disposto no art. 269, IV, do CPC: *extingue-se o processo com julgamento de mérito: (...) IV — quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição*, não restam dúvidas de que a inviabilidade de se efetuarem agora procedimentos de auditoria, em razão do protrair dos anos, não quer indicar, a nosso ver, o mero e simples arquivamento dos fatos constantes dos autos, a torná-lo insindicável, uma vez que a prescrição alcança tão-somente as pretensões punitiva e corretiva, não havendo razão, portanto, para confundir a impossibilidade de expedir determinações (pretensão corretiva) ou de aplicar sanções (pretensão punitiva) com o eventual ressarcimento ao erário (pretensão reparatória).

Isso porque, dentro do prazo cominado legalmente, poderá ser retomada a atuação do Tribunal de Contas na apuração dos fatos, através de pedido de rescisão previsto em permissivo legal presente na maioria das leis orgânicas dos tribunais de contas, análogo ao que prevê o Código de Processo Civil (ação rescisória, art. 485).

E mais, na existência posterior de fatos e indícios, apurados *sponte propria* ou por provocação

de terceiros interessados, inclusive o Ministério Público de Contas, poderá o Tribunal de Contas — sobrevivendo provas de dano ao erário — reabrir as apurações a qualquer tempo, visando a dar efetividade ao que dispõe o § 5º do art. 37 da Constituição da República: *A lei estabelecerá os prazos de prescrição para os ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.* (grifos nossos)

Ou seja, o que aqui se reafirma é tão-somente a prescritibilidade das pretensões punitiva e corretiva das cortes de contas, assim entendida como a prerrogativa das mesmas de aplicar multas e sanções e de determinar correções, jamais alcançando seu *mister* constitucional de apurar danos e de tomar as medidas subsequentes visando à reparação do dano ao erário na esfera cível (pretensão reparatória). Nesse sentido, corroborando o que se afirma, é a lição de Cretella Júnior²¹, *verbis*:

(...) prescrição é a extinção da iniciativa de punir, resultado da inércia, durante certo lapso de tempo, do Poder Público, na perseguição da infração ou na execução da sanção. (...) Sob o aspecto do direito de punir, a relação jurídica entre o titular da ação punitiva, o Estado, e o paciente, a pessoa física afetada pelo decurso do tempo, extingue-se em determinado momento. Nem teria sentido que a sanção pairasse, indefinidamente, como a espada de Dâmocles, sobre o infrator da norma, para ser aplicada muito mais tarde, quando os fatos, as circunstâncias de local e de tempo, os documentos, as testemunhas e as provas tivessem de vir à tona para extemporânea valoração pelo aplicador da pena, dentro de quadro bem diverso daquele que cercava o fato e o autor, na época da consumação do fato. (grifos nossos)

Esse também é o entendimento do excelso Pretório, no Mandado de Segurança 26.210-9/DF²², da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 04/09/2008 e publicado em 10/10/2008, de cujo voto condutor extraem-se excertos que trazem a exegese, segundo a qual a tomada de contas especial é instrumento legítimo para a apuração e quantificação de dano ao erário, não estando, portanto, sujeita a prazo prescricional tal persecução sob a responsabilidade do Tribunal de Contas, *verbis*:

No que tange à alegada ocorrência de prescrição, incide, na espécie, o disposto no art. 37, § 5º, da Constituição de 1988, segundo o qual: “§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.” (grifos nossos)

Considerando-se ser a tomada de contas especial um processo administrativo que visa a identificar responsáveis por danos causados ao erário, e determinar o ressarcimento do prejuízo apurado, entendo aplicável ao

²¹ CRETELLA JÚNIOR, 1981, p. 61-72.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 26.210-9/DF. Impetrante: Tânia Costa Tribe. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 04 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.gov.br>>. Acesso em: 28 nov. 2008.

caso sob exame a parte final do referido dispositivo constitucional.

*Nesse sentido é a lição do Professor José Afonso da Silva: “A prescritebilidade, como forma de perda da exigibilidade de direito, pela inércia de seu titular, é um princípio geral de direito. Não será, pois, de estranhar que ocorram prescrições administrativas sob vários aspectos, quer quanto às pretensões de interessados em face da administração, quer quanto às desta em face de administrados. Assim é especialmente em relação aos ilícitos administrativos. Se a Administração não toma providência à sua apuração e à responsabilização do agente, a sua inércia gera a perda do seu ius perseguendi. É o princípio que consta do art. 37, § 5º, que dispõe: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”. Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (dormientibus non succurrit ius)”.*²³ (grifos nossos)

A essa conclusão chega também Diogo Ribeiro Ferreira²⁴, resumindo, com lapidar acuidade, as linhas de pensamento que ora se confrontam, *verbis*:

Portanto, em relação ao prazo prescricional, ressalvado o ressarcimento ao erário, há basicamente três correntes, conforme se segue. Inicialmente, mencionando respectivamente a teoria da imprescritebilidade das nulidades e a da imprescritebilidade fundamental das nulidades, temos Régis Fernandes de Oliveira e, em obra coletiva, Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Odete Medauar.

Já outros autores fazem um delineamento diverso. Dentre eles há os que, pertencentes a uma segunda corrente, transplantam (em maior ou menor grau) a teoria do Direito Privado (como Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Carlos Pinto Coelho Motta). Destaca-se, aliás, que em obra de autoria individual, Diogo de Figueiredo Moreira Neto parece filiar-se, individualmente, à presente corrente: “há que se distinguirem as ações do Estado contra terceiros, cuja prescrição é regida, em regra, pelo Direito Privado, daquelas dos administrados contra o Estado.”

(...)

Finalmente, há uma terceira corrente que é conhecida por adotar um prazo quinquenal. Desta linha são adeptos Celso Antônio Bandeira de Mello, que reformulou sua teoria, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Hely Lopes Meirelles, Almiro Couto e Silva e Weida Zancaner. Também adere a esta corrente José dos Santos Carvalho Filho (...).

²³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 673 *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 26.210-9/DF. Impetrante: Tânia Costa Tribe. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 04 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.gov.br>>. Acesso em: 28 nov. 2008.

²⁴ FERREIRA, 2008, p. 41-44.

Assim sendo, em relação às diferentes linhas de pensamento quanto ao prazo prescricional para ilícitos praticados – ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento, pois, conforme exposto, são imprescritíveis –, formaram-se três distintas teses: a da imprescritibilidade, a do prazo adaptado ao Direito Privado e a do prazo quinquenal. No que concerne às conclusões desta pesquisa, afigurou-se majoritária a corrente que opta pelo prazo quinquenal, conforme acima evidenciado.

Portanto, conclui-se que, ex vi da ressalva expressa no art. 37, § 5º, da Constituição da República, são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário. Como corolário de tal imprescritibilidade, são também imprescritíveis as análises de contas. Tais análises constituem mero instrumento para viabilizar a imprescritibilidade do ressarcimento. Já em relação às sanções a serem impostas, embora haja divergências quanto ao prazo, justifica-se a posição dos que se filiam à corrente quinquenal, cujo enfoque, ademais, garante um prazo mínimo que, nada obstante, em virtude de interrupção ou suspensão, pode ser aquilatado. É de se ressaltar, ainda, a sintonia existente entre esta opção (doutrinária) e a opção legislativa configurada através dos dispositivos a seguir citados, como exemplo: arts. 1º até 3º da Lei Federal n. 9.873/99; art. 21 da Lei Federal n. 4.717/65 (Lei de Ação Popular); art. 23 da Lei Federal n. 8.429/92 (Lei de Improbidade); art. 54 da Lei Federal n. 9.784/99 (Lei de Processo Administrativo). Ainda merece registro o conteúdo do art. 142 da Lei n. 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União) e do art. 174 do CTN (Código Tributário Nacional, Lei 5.172/66). (grifos nossos)

Corroborando o entendimento acerca da imprescritibilidade do dano ao erário, encontra-se, no Tribunal de Contas da União, o entendimento do douto Ministro substituto mineiro Marcos Bemquerer nos autos do Processo TC 650.250/1998-2, relator do Acórdão n. 510/2005 — Plenário, o qual assevera:

5.18. Observe-se que a atuação do Tribunal no exercício do controle externo não se enquadra na classificação de ações trazidas em linhas anteriores, o que afasta uma pretensa analogia com o Código Civil, sem prejuízo do exame da matéria pelo juiz competente na fase de execução judicial dos julgados desta Corte, por força do art. 19 do referido diploma legal: “Quando julgar as contas irregulares, havendo débito, o Tribunal condenará o responsável ao pagamento da dívida atualizada monetariamente, acrescida de juros de mora devidos, podendo, ainda, aplicar-lhe multa prevista no art. 57 desta lei, sendo o instrumento da decisão considerado título executivo para fundamentar a respectiva execução.”

5.19. Destarte, não dispondo a Lei n. 8.443/1992 a respeito da prescrição, como ocorre nos diversos diplomas legais apresentados na instrução precedente, não há que se falar também em aplicação ou não do instituto no âmbito da atividade fiscalizatória do TCU, com espeque nos normativos de direito público.

5.20. De sorte que não se pode simplesmente interpretar a Constituição con-

forme as diversas leis, sejam elas de direito público ou privado, e assim subverter a hierarquia das normas. Defende-se, então, serem as ações de ressarcimento imprescritíveis, por força do § 5º do art. 37 da Constituição Federal, independentemente da classificação que lhes queiram atribuir. (grifos nossos)

A classificação a que se refere o ilustre auditor e ministro substituto refere-se àquela baseada na doutrina do jurista paraibano Agnelo Amorim Filho,²⁵ da Universidade Federal da Paraíba, que em artigo jurídico histórico estabeleceu, em suas palavras, um *critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. Segundo a lição do mestre, *verbis*:

A concepção dos direitos potestativos induziu a substituição da tradicional classificação das ações, oriunda do Direito Romano, e que levava em conta a natureza do direito cuja defesa se pretendia com o exercício da ação (ações reais, pessoais, mistas e prejudiciais), por uma outra classificação que tivesse em vista a natureza do pronunciamento judicial pleiteado. “Classificação segundo a carga de eficácia”, conforme a conceituou Pontes de Miranda (“Tratado de direito privado”, 5/483).

Por fim, as posições ora expostas que preservam a atuação do Tribunal de Contas, a qualquer tempo, no sentido da apuração do dano passível de ressarcimento ao erário, encontram eco, entre outras, na doutrina abalizada de Celso Antônio Bandeira de Mello²⁶, *verbis*:

(...) por força do art.37, §5º, da Constituição Federal, são imprescritíveis as ações de ressarcimento por ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário.

No mesmo sentido, é a lição de Uadi Lamêgo Bulos²⁷, *verbis*:

Esse dispositivo prevê duas situações distintas: uma relativa à sanção pelo ato ilícito, outra relacionada à reparação do prejuízo. No primeiro aspecto, fica a lei ordinária encarregada de fixar os prazos prescricionais; no segundo, garantiu-se a imprescritibilidade das ações — medida considerada imprópria, mas que veio consagrada na Constituição de 1988. (grifos nossos)

3.5 Considerações finais acerca da incidência da prescrição

Como visto, a aplicação do instituto da prescrição é instrumento assecuratório da segurança jurídica e a imprescritibilidade é excepcional, nos termos do disposto no art. 37, § 5º, e art.

²⁵ AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 68, n. 3, jul./set. 2008, p. 35-46.

²⁶ MELLO, 2000, p. 124.

²⁷ BULOS, 2002, p. 615.

5º, incs. XLII e XLIV, da Constituição da República de 1988.

Frise-se que em não existindo dispositivo legal prevendo prazo prescricional para atuação das cortes de contas nos processos de controle externo, torna-se cabível aplicar a analogia para se determinar o rito a ser observado na processualística daqueles tribunais.

Sendo assim, não se olvide que por efeito da EC n. 45/04, a Constituição Federal passou a albergar, explicitamente, o direito à razoável duração do processo, inclusive os de natureza administrativa, conforme dicção do art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República de 1988.

Há de se registrar que o protrair dos anos torna a análise formal ineficaz, uma vez que os efeitos jurídicos dos ajustes firmados já se exauriram, além do que a reunião de elementos probantes torna-se onerosa e, não raro, revela-se frustrada.

A utilização da prescrição é posicionamento sedimentado no Tribunal de Contas da União, que, nos termos do Acórdão 1.727/2003, se apoia na regra geral dos prazos prescricionais, disciplinada em norma de direito privado presente no art. 205 do novo Código Civil, embora, saliente-se, seja plenamente plausível adotar entendimento diverso para se fazer a analogia com prazos prescricionais de cinco anos estabelecidos em diversas normas públicas.

Na presença de processos há muito autuados, em que não tenha sido realizada a citação válida dos interessados ou a prática de qualquer outro ato interruptivo, há de ser aplicada, portanto, a prescrição, com fulcro nos princípios da eficiência (art. 37, *caput*), da ampla defesa efetiva (art. 5º, LV), da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI) e da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII), todos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Nessas situações, colidem os princípios da estrita legalidade — em razão da tese segundo a qual o exercício do controle externo há de ser feito a qualquer tempo — e da segurança jurídica — a exigir a atuação tempestiva das cortes de contas para a estabilização das relações sociais afetadas por sua atuação —, motivo pelo qual deve ser ponderado o peso de cada princípio, devendo prevalecer o princípio que melhor atende os fins da justiça, paz social e bem comum.

Revela-se que o princípio da segurança jurídica, consubstanciado na aplicação, nesses casos, do instituto da prescrição, é o mais adequado à solução da questão discutida, a fulminar tão somente as pretensões punitiva e corretiva.

Tal solução pela atuação tempestiva dos tribunais de contas encontra ressonância nos anseios mais legítimos da sociedade, que se por um lado clama por justiça — em seu sentido mais amplo —, também a deseja célere, eficaz e que apresente um custo de manutenção de seu aparato que prime pela eficiência do gasto e pela economicidade.

Entende-se, outrossim, que os autos que tratem do tema devam ser remetidos ao *parquet* de contas para que esse proceda a apurações supervenientes e de eventuais responsabilidades, se for o caso, no âmbito de sua competência, haja vista a imprescritibilidade do ressarcimento do dano ao erário, considerando o disposto no art. 37, §5º, da Carta Magna, na esteira do entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal (Mandado de Segurança 26.210-9/DF, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 04/09/2008 e publicado em 10/10/2008) e da incomunicabilidade *a priori* das esferas administrativa, penal e cível.

4 Segurança jurídica e decadência

Também, quando do exame para fins de registro de atos de aposentadoria, reforma e pensão, deparam-se as cortes de contas com a necessidade de observar a incidência da decadência administrativa, à luz do princípio da segurança jurídica e em face da colisão de princípios constitucionais já expostos.

O ponto nodal refere-se à aplicação do instituto da decadência administrativa previsto no art. 54 da Lei Federal n. 9.784/99, o qual dispõe que decai em cinco anos o direito de a Administração anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, salvo comprovada má-fé.

Com efeito, o poder-dever de invalidação dos atos administrativos não é absoluto e encontra limites determinados por outros princípios norteadores da atividade administrativa, dentre estes, aqueles que visam à garantia da segurança jurídica, à necessidade de estabilização das relações sociais, à proteção da confiança e da boa-fé de terceiros envolvidos; afinal que eficácia teriam as decisões das cortes de contas se delas efeito jurídico algum pudesse ser extraído?

Embora a matéria ainda hoje suscite muita controvérsia, pois não há unanimidade na doutrina, tribunais superiores e cortes de contas, sabe-se que, até o advento da Lei Federal n. 9.784/99, era ponto pacífico que a Administração poderia rever os seus próprios atos, a qualquer tempo, quando eivados de ilegalidade, conforme jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal consagrada nos enunciados das Súmulas 346 e 473, ambas editadas na década de 60, e também com fulcro na norma positivada decorrente, presente no art. 114 da Lei Federal n. 8.112/90.

Há que se alertar que a adoção indiscriminada do instituto da decadência quinquenal para os processos que contêm atos de aposentadoria, reforma e pensão faria que o simples transcurso do tempo transformasse em servidor efetivo e estável qualquer pessoa admitida para ocupar cargo público, mesmo sem o cumprimento da disposição constitucional do concurso público, razão pela qual entendemos não ser aplicável o princípio da segurança jurídica, nesses casos, face à mitigação, não admitida, do princípio constitucional proeminente do concurso público.

Em que pesem os argumentos contrários, há argumentos defensáveis para se determinar a aplicação da decadência administrativa aos processos de atos de aposentadorias, reformas e pensões concedidos há mais de cinco anos que contêm vícios anuláveis e que não podem ser anulados, ressalvadas as hipóteses de má-fé.

Neste passo, é necessário fazer a identificação e diferenciação dos atos inexistentes, nulos e anuláveis, uma vez que sua distinção revelar-se-á essencial para a aplicação do instituto da decadência. Conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Mello²⁸, *verbis*:

Em face do quanto se expôs, dir-se-ão inexistentes os atos que assistem no campo do impossível jurídico, como tal entendida a esfera abrangente dos comportamentos que o Direito radicalmente inadmite, isto é, dos crimes, valendo como exemplos as hipóteses, já referidas, de “instruções” baixadas por autoridade policial para que subordinados torturem presos, autorizações para que agentes administrativos saqueiem estabelecimentos dos devedores do fisco ou para que alguém explore trabalho escravo, etc.

São nulos:

- a) os atos que a lei assim declare;*
- b) os atos em que é racionalmente impossível a convalidação, pois, se o mesmo conteúdo (é dizer, o mesmo ato) fosse novamente produzido, seria reproduzida a invalidade anterior.*

Sirvam de exemplo: os atos de conteúdo (objeto) ilícito; os praticados com desvio de poder; os praticados com falta de motivo vinculado; os praticados com falta de causa.

São anuláveis:

- a) os que a lei assim declare;*
- b) os que podem ser re praticados sem vício.*

Sirvam de exemplo: os atos expedidos por sujeito incompetente; os editados com vício de vontade; os proferidos com defeito de formalidade. (grifos nossos)

Em atenção aos elementos dos atos administrativos, quais sejam, sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade, Maria Sylvia Zanella di Pietro²⁹ diz que nem sempre é possível a convalidação, pois essa possibilidade dependeria do tipo de vício a atingir o ato. A referida autora, iniciando pelo sujeito do ato, esclarece que se o ato for praticado com vício de incompetência, admitir-se-á a convalidação, que nesse caso recebe o nome de ratificação, salvo se houver incompetência *rationae materiae* ou violação de competência exclusiva. Quanto à forma, aduz Maria Sylvia que a convalidação não é possível se ela for da essência do ato. Nesse diapasão, analisando o motivo e a finalidade, esclarece a mesma autora nunca ser possível a convalidação, por haver correspondência com a situação de fato, inalterável. Nessa trilha, adverte que objeto e conte-

²⁸ MELLO, 2004, p. 437-438.

²⁹ DI PIETRO, 2006, p. 254.

údo, se ilegais, não podem ser objeto de convalidação.

Partindo-se das premissas elencadas por Maria Sylvia, verifica-se que os atos são convalidáveis caso se refiram a atos jurídicos meramente anuláveis.

Ademais, chega-se à mesma conclusão ao se considerar que aqueles vícios podem ser sanados caso os atos sejam reproduzidos, o que se extrai do pensamento, já mencionado, de Bandeira de Mello³⁰. Dessa maneira, a convalidação dos referidos atos é um imperativo jurídico, por serem eles atos anuláveis, consoante a lição do consagrado administrativista, *verbis*:

Dado o princípio da legalidade, fundamentalíssimo para o Direito Administrativo, a Administração não pode conviver com relações jurídicas formadas ilícitamente. Donde, é dever seu recompor a legalidade ferida. Ora, tanto se recompõe a legalidade fulminando um ato viciado quanto convalidando-o. É de notar que esta última providência tem, ainda, em seu abono o princípio da segurança jurídica, cujo relevo é necessário encarecer. A decadência e a prescrição demonstram a importância que o Direito lhe atribui. Acresce que também o princípio da boa-fé – sobreposse ante atos administrativos, já que gozam de presunção de legitimidade – concorre em prol da convalidação, para evitar gravames ao administrado de boa-fé. (grifos nossos)

Lado outro, como um dos princípios proeminentes do nosso sistema jurídico, o princípio da segurança jurídica, em sua vertente do reconhecimento da aplicabilidade da decadência administrativa, há que ser invocado com cautela para que não haja a pulverização de outros princípios constitucionais. Sobre o tema, o escólio de Maria Sylvia Zanella Di Pietro³¹, participante da comissão de juristas que elaborou o anteprojeto da citada Lei Federal n. 9.784/99, *verbis*:

O princípio tem que ser aplicado com cautela, para não levar ao absurdo de impedir a Administração de anular atos praticados com inobservância da lei. Nesses casos, não se trata de mudança de interpretação, mas de ilegalidade, esta sim a ser declarada retroativamente, já que atos ilegais não geram direitos. (grifos nossos)

Em sentido contrário, conforme dito alhures, o Professor Almiro do Couto e Silva³² sustenta que até mesmo atos inconstitucionais poderão ser alcançados pelo princípio da segurança jurídica, *verbis*:

O princípio da segurança jurídica, entendido como proteção à confiança, está hoje reconhecido na legislação e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como princípio de valor constitucional, imanente ao

³⁰ MELLO, 2004, p. 436.

³¹ DI PIETRO, 2006, p. 100.

³² COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 2, p. 58-59, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 28 nov. 2008.

princípio do Estado de Direito, e que serve de limite à invalidação, pela administração pública, dos seus atos administrativos eivados de ilegalidade ou de inconstitucionalidade.

(...) Note-se, porém, que nulos apenas serão aqueles atos administrativos, inconstitucionais ou ilegais, marcados por vícios ou deficiências gravíssimas, desde logo reconhecíveis pelo homem comum, e que agridem em grau superlativo a ordem jurídica, tal como transparece nos exemplos da licença de funcionamento de uma casa de prostituição infantil ou da aposentadoria, como servidor público, de quem nunca foi servidor público. Não é a hierarquia da norma ferida que, por si só, implica a nulidade, como mostra o acórdão do STF n. MS 22.357/DF, que aplicou o princípio da segurança jurídica para manter atos administrativos contrários à Constituição. A grande maioria dos atos administrativos, inconstitucionais ou ilegais, não é, pois, composta por atos administrativos nulos, mas sim por atos administrativos simplesmente anuláveis, estando o Direito a pleitear-lhes a anulação, sujeitos, portanto, à decadência. (grifos nossos)

Mais uma vez, a preservação do interesse público poderá implicar na preservação de atos administrativos eivados de nulidades, através da convalidação, preservando-se seus efeitos jurídicos. Corroborando o que ora se afirma a lição de Miguel Reale³³, da qual se extrai:

No Direito Administrativo, em suma, é necessário o trato da matéria com critérios especiais: as nulidades de pleno direito configuram-se “objetivamente”, mas a Administração, desde que não se firam legítimos interesses de terceiros ou do Estado e inexistir dolo, pode deixar de proferi-la, ou, então, optar pela sua validade, praticando ato novo: a sanatória excepcional do nulo, “retroagindo os seus efeitos até à data da constituição do ato inquinado de vício”, pode ser uma exigência do interesse público, que nem sempre coincide com o restabelecimento da ordem legal estrita.

Quanto à magnitude do princípio da segurança jurídica, a convalidar inclusive atos anuláveis, trazemos à colação lição de Hely Lopes Meirelles³⁴, pautada em estudos do Professor Almiro do Couto e Silva, *verbis*:

O princípio da segurança jurídica é considerado como uma das vigas mestras da ordem jurídica, sendo, segundo J. J. Gomes Canotilho, um dos sub-princípios básicos do próprio conceito do Estado de Direito. Para Almiro do Couto e Silva, um “dos temas mais fascinantes do Direito Público neste século é o crescimento da importância do princípio da segurança jurídica, entendido como princípio da boa-fé dos administrados ou da proteção da confiança. A ele está visceralmente ligada a exigência de maior estabilidade das situações jurídicas, mesmo daquelas que na origem apresentam vícios de ilegalidade.”

³³ REALE, 1980, p. 63.

³⁴ MEIRELLES, 2004, p. 96-97.

(...) Estudioso desse princípio, Almiro do Couto e Silva (...) ensina que, “no Direito Público”, não constitui uma excrescência ou uma aberração admitir-se a sanatória ou o convalescimento do nulo. Ao contrário, em muitas hipóteses o interesse público prevalecente estará precisamente na conservação do ato que nasceu viciado mas que, após, pela omissão do Poder Público em invalidá-lo, por prolongado período de tempo, consolidou nos destinatários a crença firme na legitimidade do ato. Alterar esse estado de coisas, sob o pretexto de restabelecer a legalidade, causará mal maior do que preservar o status quo. Ou seja, em tais circunstâncias, no cotejo dos dois subprincípios do Estado de Direito, o da legalidade e o da segurança jurídica, este último prevalece sobre o outro, com imposição da justiça material. Pode-se dizer que é esta a solução que tem sido dada em todo mundo, com pequenas modificações de país para país. (grifos nossos)

5 Da decadência nos processos sujeitos a registro pelos tribunais de contas

Em autos submetidos à apreciação das cortes de contas, contendo atos sujeitos a registro, observa-se que as aposentadorias, reformas e pensões, não raro, remontam há mais de cinco anos, preenchendo, portanto, o requisito temporal exigido para a aplicação do instituto da decadência.

No tocante ao outro requisito, ou seja, ausência de má-fé, inculcado no art. 54 da Lei Federal n. 9.784/99, raramente encontrar-se-ão nos autos indícios de que os interessados tenham contribuído ou dado causa às irregularidades apontadas.

Sendo assim, impor-se-á a aplicação do instituto quando estiverem presentes os requisitos ensejadores de sua incidência, quais sejam: a) a data da concessão remontar há mais de cinco anos; b) não houver nos autos indícios ou comprovação de má-fé dos beneficiários. Mas não é tudo.

Embora possam apresentar irregularidades que os tornem anuláveis, os atos editados que lograrem se prostrar por um longo lapso temporal farão com que as suas eventuais anulações, nesse contexto, constituam risco para a estabilidade das relações jurídicas estabelecidas entre a administração e os interessados que foram beneficiados por atos anuláveis, ou seja, trata-se de atos jurídicos maculados de modo não definitivo, já que poderiam ser repetidos sem a pecha que os contaminou.

Sem estremes dúvidas, caso se constate que desde a sua concessão os interessados venham, de forma incontestada, percebendo seus proventos por mais de cinco anos, tempo suficientemente razoável para que a qualificação de jubilado seja incorporada ao *status* pessoal de cada interessado, isso resultará, a nosso ver, na impossibilidade de a Administração Pública anular os atos sem agredir, frontalmente, o princípio da segurança jurídica.

Portanto, nos casos em concreto, confrontar-se-ão, de um lado, o princípio da legalidade, a demandar pela anulação dos atos em que se constataram vícios, e de outro, o princípio da segurança jurídica, a pretender a manutenção dos atos que, embora viciados, ampliaram o acervo de direitos dos interessados.

Questão laboriosa e delicada é ponderar sobre princípios de tão vultoso impacto. A colenda Suprema Corte brasileira, quando confrontada acerca desta questão, nos autos do Mandado de Segurança MS 24.448-8/DF, julgado, por unanimidade, em 27/09/07, ausentes os Ministros Eros Grau e Celso de Mello, do qual se extraem os seguintes excertos, *verbis*:

A inércia da Corte de Contas, por sete anos, consolidou de forma positiva a expectativa da viúva, no tocante ao recebimento de verba de caráter alimentar. Esse aspecto temporal diz intimamente com o princípio da segurança jurídica, projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana e elemento conceitual do Estado de Direito.

(...) o gozo da aposentadoria por um lapso prolongado de tempo confere um tônus de estabilidade ao ato sindicado pelo TCU, ensejando questionamento acerca da incidência dos princípios da segurança jurídica e da lealdade (que outros designam por proteção da confiança dos administrados). (...) Em situações que tais, é até intuitivo que a manifestação desse órgão constitucional de controle externo há de se formalizar em tempo que não desborde das pautas elementares da razoabilidade. Todo o Direito positivo é permeado por essa preocupação com o tempo enquanto figura jurídica, para que sua prolongada passagem em aberto não opere como fator de séria instabilidade inter-subjetiva ou mesmo intergrupala. (grifos nossos)

Não se olvide, conforme dito em linhas anteriores, que a matéria sob exame vem sendo objeto de grandes discussões no meio jurídico, principalmente no seio da nossa Suprema Corte. Assim, há de se registrar o julgamento do Mandado de Segurança n. 25.552-8, em 07/04/2008, cujo objeto versa sobre aposentadoria, na qual, embora considerada legal pelo TCU, houve a determinação de cessação do pagamento de vantagem considerada indevida, passados sete anos e seis meses da edição do ato de aposentação.

No julgamento retro, o Supremo Tribunal Federal, tendo como Relatora a Ministra Cármen Lúcia, adotou o entendimento da preclara magistrada, em acórdão assim ementado, no que foi acompanhada pelos Ministros Marco Aurélio, Carlos Brito, Eros Grau, Menezes Direito e Ellen Gracie, ausentes os Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski, *verbis*:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. APOSENTADORIA DE MAGISTRADO. NÃO PREENCHIMENTO DA TOTALIDADE DOS REQUISITOS PARA A OBTENÇÃO DA VANTAGEM PREVISTA NO ART. 184, INC. II, DA

LEI N. 1.711/1952. INAPLICABILIDADE DO ART. 250 DA LEI N. 8.112/1990. DECA-DÊNCIA ADMINISTRATIVA E OFENSA AO PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DE SALÁRIOS NÃO CONFIGURADAS. 1. O direito à aposentação com a vantagem prevista no inciso II do art. 184 da Lei n. 1.711/1952 exige que o interessado tenha, concomitantemente, prestado trinta e cinco anos de serviço (no caso do magistrado impetrante, trinta anos) e sido ocupante do último cargo da respectiva carreira. O impetrante preencheu apenas o segundo requisito em 13/7/1993, quando em vigor a Lei n. 8.112/1990. 2. A limitação temporal estabelecida no art. 250 da Lei n. 8.112/1990 para a concessão da vantagem pleiteada teve aplicação até 19/4/1992, data em que o impetrante ainda não havia tomado posse no cargo de juiz togado do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. 3. O Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento de que, sendo a aposentadoria ato complexo, que só se aperfeiçoa com o registro no Tribunal de Contas da União, o prazo decadencial da Lei n. 9.784/99 tem início a partir de sua publicação. Aposentadoria do impetrante não registrada: inoportunidade da decadência administrativa. 4. A redução de proventos de aposentadoria, quando concedida em desacordo com a lei, não ofende o princípio da irredutibilidade de vencimentos. Precedentes. 5. Segurança denegada. (grifos nossos)

Entretanto, em sentido contrário, encontra-se a recente decisão, publicada em 13/10/2008, do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso em Mandado de Segurança n. 25.652-PB³⁵, em que figura como autoridade coatora o Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, sob a relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, cujo voto condutor se baseou no critério *allexyano* da ponderação dos valores para a solução da demanda, com a preponderância do princípio da segurança jurídica sobre o da legalidade, conforme ementa abaixo transcrita, tendo assim se pronunciado, *verbis*:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS QUE ASSUMIRAM CARGOS EFETIVOS SEM PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO APÓS A CF DE 1988. ATOS NULOS. TRANSCURSO DE QUASE VINTE ANOS. PRAZO DECADENCIAL DE CINCO ANOS CUMPRIDO, MESMO CONTADO APÓS A LEI N. 9.784/99, ART. 55. PREPONDERÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

1. O poder-dever da Administração de invalidar seus próprios atos encontra limite temporal no princípio da segurança jurídica, de índole constitucional, pela evidente razão de que os administrados não podem ficar indefinidamente sujeitos à instabilidade originada da autotutela do Poder Público.

2. O art. 55 da Lei n. 9.784/99 funda-se na importância da segurança jurídica no domínio do Direito Público, estipulando o prazo decadencial de cinco anos para a revisão dos atos administrativos viciosos e permitindo, a contrario sensu, a manutenção da eficácia dos mesmos, após o transcurso do interregno

³⁵ No mesmo sentido, veja-se a decisão prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do recurso em Mandado de Segurança n. 24.339-TO (2007/0130.492-7), julgado em 30/10/2008.

quinquenal, mediante a convalidação ex ope temporis, que tem aplicação excepcional a situações típicas e extremas, assim consideradas aquelas em que avulta grave lesão a direito subjetivo, sendo o seu titular isento de responsabilidade pelo ato eivado de vício.

3. A infringência à legalidade por um ato administrativo, sob o ponto de vista abstrato, sempre será prejudicial ao interesse público; por outro lado, quando analisada em face das circunstâncias do caso concreto, nem sempre sua anulação será a melhor solução. Em face da dinâmica das relações jurídicas sociais, haverá casos em que o próprio interesse da coletividade será melhor atendido com a subsistência do ato nascido de forma irregular.

4. O poder da administração, destarte, não é absoluto, de forma que a recomposição da ordem jurídica violada está condicionada primordialmente ao interesse público. O decurso do tempo, em certos casos, é capaz de tornar a anulação de um ato ilegal claramente prejudicial ao interesse público, finalidade precípua da atividade exercida pela administração.

5. Cumprir a lei nem que o mundo pereça é uma atitude que não tem mais o abono da ciência jurídica, neste tempo em que o espírito da justiça se apóia nos direitos fundamentais da pessoa humana, apontando que a razoabilidade é a medida sempre preferível para se mensurar o acerto ou desacerto de uma solução jurídica.

6. Os atos que efetivaram os ora recorrentes no serviço público da Assembléia Legislativa da Paraíba, sem a prévia aprovação em concurso público e após a vigência da norma prevista no art. 37, II, da Constituição Federal, são indubitavelmente ilegais, no entanto, o transcurso de quase vinte anos tornou a situação irreversível, convalidando os seus efeitos, em apreço ao postulado da segurança jurídica, máxime se considerando, como neste caso, que alguns dos nomeados até já se aposentaram (4), tendo sido os atos respectivos aprovados pela Corte de Contas paraibana.

7. A singularidade deste caso o extrema de quaisquer outros e impõe a prevalência do princípio da segurança jurídica na ponderação dos valores em questão (legalidade vs segurança), não se podendo fechar os olhos à realidade e aplicar a norma jurídica como se incidisse em ambiente de absoluta abstratividade.

8. Recurso ordinário provido para assegurar o direito dos impetrantes de permanecerem nos seus respectivos cargos nos quadros da Assembléia Legislativa do Estado da Paraíba e de preservarem as suas aposentadorias. (grifos nossos)

Nesse mesmo sentido, o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, nos autos do Mandado de Segurança n. 1.0024.06.930413-7/001(1), da relatoria do Exmo. Desembargador Audebert Delage, assim decidiu, em 4/10/2007, conforme ementa abaixo transcrita:

EMENTA. CONCESSÃO DE VANTAGEM. RETIFICAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL. O administrador público tem o direito de rever seus próprios atos. Entretanto, se estes produziram efeitos concretos, a revisão fica limitada ao prazo deca-

dencial de cinco anos, mormente quando não comprovada eventual má-fé do administrado e se tratar de prática de medida que importe em supressão de ato concessivo de vantagens a servidor público. (grifos nossos)

Ressalta-se — da mesma forma que acontece na aplicação do instituto da prescrição, conforme visto alhures — que o reconhecimento da decadência alcança tão-somente o direito das cortes de contas de negar o registro de atos anuláveis ampliativos por ela atingidos, uma vez que a autoridade administrativa já não os pode anular. Contudo, jamais será mitigada a força da missão constitucionalmente atribuída aos tribunais de contas de apurar eventuais danos, em razão de tais registros, tomando as medidas subsequentes visando à reparação do erário na esfera cível, com base inclusive na teoria dos poderes implícitos, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no MS 26.547³⁶, a estabelecer que quando a Constituição traça os fins garante os meios, no mesmo sentido do que já salientou Diogo Ribeiro Ferreira³⁷, *litteris: Portanto, conclui-se que, ex vi da ressalva expressa no art. 37, § 5º, da Constituição da República, são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário. Como corolário de tal imprescritibilidade, também são imprescritíveis as análises de contas.*

5.1 Considerações finais acerca da incidência da decadência

Faz-se necessário tecer algumas considerações finais acerca da incidência da decadência no âmbito dos tribunais de contas.

Como se viu, em regra, não há maiores óbices para a aplicação do princípio da segurança jurídica aos atos ampliativos de direito, meramente anuláveis, concedidos há mais de cinco anos, nos quais não há indícios ou provas de má-fé dos beneficiários para a edição dos respectivos atos.

Há que se ter em mente que na hipótese de colisão de princípios deve ser ponderado o peso de cada princípio no caso concreto, devendo prevalecer o princípio que melhor atende os fins da justiça, paz social e bem comum.

Por todo o exposto, vê-se que o princípio da segurança jurídica é o mais adequado à solução da questão discutida, desde que não haja violação aos princípios constitucionais proeminentes da isonomia e da moralidade pública, em sua vertente da não-violação ao princípio constitucional da livre acessibilidade aos cargos públicos através de concurso público.

Diante dessas considerações, há que se concluir que os atos previdenciários ampliativos de direitos que apresentam vícios anuláveis podem ser registrados, com fundamento na jurisprudência dos egrégios Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, respectiva-

³⁶ Publicado no DJU 07 e no Boletim Informativo n. 468, Relator Ministro Celso de Mello.

³⁷ FERREIRA, 2008, p. 44.

mente, Mandados de Segurança n. 24.448-8 e 25.652-PB, e ainda com fulcro nos comandos contidos no art. 37 da Constituição Federal e art. 54 da Lei do Processo Administrativo Federal, Lei n. 9.784/99.

Conforme o exposto, há de se ressaltar que a adoção da decadência não implica, a nosso ver, na não-verificação de eventuais ilegalidades nos processos submetidos à apreciação das cortes de contas. Isso porque a presença de ilegalidades ampliativas de direito no ato que o tornam anulável é um pressuposto de aplicação do instituto, consoante os dispositivos constitucionais e legais retro. Ou seja, aplicar a decadência não significa reconhecer a legalidade do processo. Eventuais danos ao erário poderão ser reparados a qualquer tempo e por quaisquer meios, inclusive por ação dos tribunais de contas, através da instauração de tomadas de contas especiais.

Finalmente, da mesma forma como ocorre quando da adoção do instituto da prescrição, entende-se ser pertinente a remessa dos referidos processos, contendo os atos alcançados pela decadência, ao *parquet* de contas para que aquele proceda à apuração de eventuais responsabilidades, se for o caso, no âmbito de sua competência, haja vista a imprescritibilidade do ressarcimento do dano ao erário, de acordo com o disposto no art. 37, § 5º, da Carta Magna de 1988, e na esteira do entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal (Mandado de Segurança 26.210-9/DF, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 04/09/2008 e publicado em 10/10/2008) e da incomunicabilidade *a priori* das esferas administrativa, penal e cível.

Referências

ANDRADE, Érico. O controle judicial da responsabilidade fiscal: ação civil pública de improbidade. *Revista Jurisprudência Mineira*, Minas Gerais, v.165, jul./set. 2003.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, v. I. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1956.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, 2008. Disponível em: <www.presidencia.gov.br/legislacao>. Acesso em: 30 nov. 2008.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, 2008. Disponível em: <www.presidencia.gov.br/legislacao>. Acesso em: 30 nov. 2008.

BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, 2008. Disponível em: <www.presidencia.gov.br/legislacao>. Acesso em: 30 nov. 2008.

BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, 2008. Disponível em: <[60](http://www.presi-</p></div><div data-bbox=)

dencia.gov.br/legislacao>. Acesso em: 30 nov. 2008.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, 2008. Disponível em: <www.presidencia.gov.br/legislacao>. Acesso em: 30 nov. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 26.210-9/DF. Impetrante: Tânia Costa Tribe. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 04 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.gov.br.>. Acesso em: 28 nov. 2008.

BULOS, Uadi Lamêgo. *Constituição Federal Anotada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CORDEIRO, Renato Sobrosa. Prescrição administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 207, jan./mar. 1997.

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 2, abr./jun. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 28 nov. 2008.

_____. Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da administração pública com relação a seus atos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 204, abr./jun. 1996.

CRETELLA JÚNIOR, José. Prescrição da falta administrativa. *Revista Forense*, São Paulo, n. 275, jul./ago. 1981.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FERREIRA, Diogo Ribeiro. Regime jurídico da prescrição sob o enfoque do controle de contas públicas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 68, n. 3, jul./set. 2008.

FILHO, Agnelo Amorim. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 3, jan./jun. 1961.

FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GARCIA, Emerson. *Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. O instituto da prescrição no Direito Administrativo. *Revista do Tribunal de Contas da União*. jan./mar. 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado: parte geral, Tomo VI. 4. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1974.

REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo: contribuição ao estudo das figuras que*

integram o instituto da revisão dos atos administrativos pela própria administração. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

ROCHA, Daniel Machado da. O princípio da segurança jurídica e a decadência do direito de revisão do ato de concessão de benefício previdenciário. *Revista da AJUFERGS*, Rio Grande do Sul, v. 03, 2006. Disponível em: <http://www.ajufergs.org.br/revistas/rev03/06_daniel_machado_da_rocha.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2008.

SILVEIRA, Júlio César Costa. *Da prescrição administrativa e o princípio da segurança jurídica: significado e sentido*. Tese (Doutorado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

TOURINHO, Rita. A prescrição e a lei de improbidade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 12, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 28 nov. 2008.