Nº 25 – janeiro/fevereiro/março de 2011 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE A PRESCRIÇÃO E A DECADÊNCIA NO ÂMBITO DA ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS.

Felipe R. Deiab
Procurador do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro
Professor de Direito Financeiro do Centro de Estudos Jurídicos XI de Agosto.

Sumário: ***I. Introdução. II. A ação do tempo sobre os direitos: a prescrição e a decadência. Distinção entre os dois institutos. III. Os atos administrativos e os planos da existência, validade e eficácia. O poder-dever de autotutela administrativa: as Súmulas 346 e 473 do STF e o art. 80 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.***
A Lei Estadual n° 3.870/2002. A Lei Federal n° 9.784/98 e sua aplicabilidade à Administração Pública Estadual.
O art. 368 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.
IV. As atribuições constitucionais dos Tribunais de Contas. IV.1. Apreciação da legalidade dos atos de aposentadoria. Anulação de aposentadoria. A Súmula 6 do STF. O ato de concessão de aposentadoria como ato administrativo complexo: impossibilidade de se iniciar a fluência do prazo decadencial, estabelecido em lei, para a anulação do ato, antes do registro no Tribunal de Contas. O registro da aposentadoria como ato de controle externo. Aplicabilidade da Lei Estadual n° 3.870/2002 no âmbito do controle externo exercido pelo TCE-RJ. Cessação da fluência do prazo decadencial. Redução de proventos. IV.2. Prazo para apreciação da legalidade dos atos de admissão de pessoal pelo Tribunal de Contas.
IV.3. Pretensão punitiva conferida ao Tribunal de Contas para aplicar sanções aos agentes públicos. Fixação do termo a quo, interrupção e suspensão do prazo prescricional nos processos administrativos em trâmite perante o TCE-RJ. IV.4. Determinação de prazo, pelo Tribunal de Contas, para adoção de medidas a serem tomadas pela Administração Pública. IV.5. Sustação de atos administrativos. V. Conclusões.

I. Introdução.

1. O presente estudo tem por escopo trazer algumas reflexões sobre o tema da prescrição e decadência, no âmbito da atuação dos Tribunais de Contas.

2. Em um primeiro momento, examinaremos, de forma bastante resumida, a prescrição e a decadência sob o enfoque da Teoria Geral do Direito. A seguir, será traçado um panorama sobre os atos administrativos e o poder-dever de autotutela da Administração Pública, pedra de toque para o estudo da decadência no Direito Administrativo. Daremos ênfase, nesse ponto, à recente edição da Lei Estadual n° 3.870/2002, que regulamenta o art. 80 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. E, finalmente, serão examinadas as atribuições constitucionais outorgadas aos Tribunais de Contas e a sua correlação com os institutos da prescrição e da decadência.

II. A ação do tempo sobre os direitos: a prescrição e a decadência. Distinção entre os dois institutos.

3. A matéria atinente à prescrição e decadência é um dos pontos mais tormentosos do estudo do Direito. Embora tenham traços de semelhança - ambas surgem a partir da conjugação de dois fatores: a passagem do tempo e a inatividade do titular de uma situação jurídica subjetiva – prescrição e decadência não são nem podem ser tratadas como sinônimos.

4. É certo, entretanto, que o critério distintivo entre os dois institutos suscita longos debates tanto no campo doutrinário quanto no jurisprudencial. Criaram-se diversos mecanismos para estremar um do outro, mas com o advento do Novo Código Civil (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002), o direito positivo brasileiro[1] passou a adotar o critério da classificação dos direitos individuais[2], que põe em relevo a natureza do direito subjacente ao prazo extintivo.

5. Baseia-se este critério nos conceitos de *direito potestativo* (poder jurídico, conferido pelo ordenamento a um determinado sujeito, de interferir na esfera jurídica de outrem, a despeito ou até mesmo sem o concurso da sua vontade – estado jurídico de *sujeição*) e de *direito subjetivo* (poder jurídico de exigir

[1] É o que infere dos arts. 189 e 207 do Código Civil.
[2] Cf. a respeito o clássico trabalho de Agnelo Amorim Filho, baseado na doutrina de Chiovenda: "Critério Científico para Distinguir a Prescrição da Decadência e para Identificar as Ações Imprescritíveis", i*n RT* 300/8; RDPC III/96 e RT 744/725.

de outrem uma prestação de dar, fazer ou não fazer, poder este a que se convencionou chamar *pretensão*).

6. Quando se fala em direito subjetivo, se fala também em prestação, ou seja, em uma conduta que pode ser exigida de alguém para a satisfação do direito. Se tal conduta não for praticada, ou seja, se o dever não for cumprido, há uma lesão ao direito, para a qual o ordenamento prevê um remédio: a ação condenatória.

7. Já para exercer um direito potestativo, o seu titular não depende da vontade alheia. Como para a satisfação do direito não se exige um determinado comportamento alheio – dar, fazer ou não fazer - não há que se falar em lesão de direito. Vale dizer: o direito potestativo é insuscetível de violação, porque é um direito sem *pretensão*, cabendo a quem o possui decidir, dentro do prazo definido em lei, se irá exercê-lo. Pode, entretanto, a lei sequer estabelecer um prazo para esse exercício, e aí, a qualquer momento, poderá o titular fazê-lo valer. Exemplo clássico de direito potestativo sem prazo de exercício definido em lei é o conferido ao condômino para exigir a divisão do condomínio (Código Civil, art. 1.320).

8. A diferença entre os dois institutos também pode ser focalizada sob a ótica do Processo Civil: os *direitos potestativos* são exercidos por intermédio das *ações constitutivas*; as *pretensões*, por intermédio das *ações condenatórias*. As *ações meramente declaratórias* não são meio de exercício dos direitos potestativos nem dos direitos subjetivos, pois não visam a desconstituir um ato, muito menos a cobrar um determinado comportamento alheio. Visam apenas a obter o *reconhecimento ou não da existência de um direito*.

8. Chega-se, assim, à conclusão de que é possível estabelecer uma correlação entre os prazos extintivos e a classificação dos pronunciamentos judiciais de mérito, quanto aos seus efeitos (declaratórios, constitutivos e condenatórios), de tal sorte que:

(i) as chamadas “ações constitutivas”, por constituírem meio de exercício dos *direitos potestativos*, isto é, dos direitos sem pretensão, insuscetíveis de violação ou lesão, estão sujeitas à *decadência*, *mas se não houver prazo fixado em lei para um determinado direito potestativo, poderá o seu titular a qualquer momento ajuizar a correspondente ação constitutiva*;

(ii) as *“ações condenatórias”,* a seu turno, são atingidas pela *prescrição*, pois servem de meio para se obter

judicialmente a satisfação das pretensões não cumpridas, de forma espontânea, pelos sujeitos passivos das relações jurídicas; e

(iii) as ditas "ações declaratórias", por intermédio das quais se procura obter uma certeza jurídica a respeito da existência ou inexistência de uma reação jurídica, hão de ser consideradas *ações perpétuas*, isto é, não sujeitas à prescrição nem tampouco à decadência, tal qual ocorre com os ações constitutivas, para as quais a lei não tenha estabelecido um lapso temporal. Isto se justifica por uma razão bastante simples: seria absurdo que um ato inexistente passasse a existir em função do decurso do tempo.

9. Uma observação, entretanto, se faz necessária. Nada impede que o direito positivo estabeleça, por exemplo, a perpetuidade de uma pretensão. Portanto, muito embora as pretensões estejam sujeitas, em linha de princípio, à prescrição, pode o legislador optar por tornar uma dada pretensão imprescritível.

10. Assim o fez o Constituinte de 1988, estabelecendo, no art. 37, §5° da Constituição da República, a imprescritibilidade de uma espécie de pretensão: a de ressarcimento por prejuízos causados ao erário. Sobre esse assunto – imprescritibilidade - voltaremos a discorrer mais tarde.

III. Os atos administrativos e os planos da existência, validade e eficácia. O poder-dever de autotutela administrativa. As Súmulas 346 e 473 do STF. O art. 80 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. A Lei Estadual n° 3.870/2002. A Lei Federal n° 9.784/98 e sua aplicabilidade à Administração Pública Estadual. O art. 368 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

11. Traçado o panorama relativo à distinção entre a prescrição e a decadência no Direito Civil e no Processo Civil, incumbe transpô-lo para o Direito Administrativo.

12. Para tanto, faremos uma breve incursão sobre os atos administrativos, sob o prisma da sua existência, validade e eficácia. Depois, partiremos para a classificação dos atos administrativos inválidos, pedra de toque para a sistematização que pretendemos oferecer.

13. Ato administrativo existente é aquele que contém todos os elementos necessários à sua configuração jurídica, o que não ocorre, *v. g.*, com uma portaria, que não tenha sido assinada, e que, por isso, sequer adentrou o mundo jurídico, sequer nasceu.

14. O ato administrativo válido, a seu turno, é o produzido de acordo com os preceitos determinados pelo ordenamento jurídico (requisitos de validade). Simetricamente, será inválido o ato que não atender a tais prescrições legais, tal qual um ato de exoneração praticado por autoridade incompetente (art. 2°, alínea *a*, da Lei 4.717/65).

15. Por fim, um ato administrativo se revela eficaz quando não houver empeços à produção dos efeitos jurídicos que a lei lhe confere, como, *v.g.*, quando não estiver sujeito ao advento de um termo inicial.

16. Para os fins aqui visados, interessa sobremaneira o plano da validade dos atos administrativos. Vale dizer: temos de identificar quais vícios podem comprometer (e em que medida) a validade dos atos administrativos.

17. A mais abalizada doutrina[3] classifica os atos administrativos viciosos em três espécies, levando em consideração os efeitos jurídicos que o ordenamento lhes atribui:

a) atos absolutamente sanáveis ou meramente irregulares: apesar de produzidos em descordo com a lei, o defeito que os macula é irrelevante, em função do que *devem ser reputados regulares*. Portanto, não são, em verdade, inválidos, razão pela qual não se sujeitam à anulação. Quase sempre os defeitos que os acometem são erros de forma. É o que ocorre com um erro de grafia ou de digitação existente em uma circular.

b) atos relativamente sanáveis ou anuláveis: os vícios que os acometem atingem regras fundamentais atinentes à competência, ao motivo, ao objeto, à finalidade ou à forma. *Em linha de princípio, somente podem ser sanados pelo tempo* (não pela própria Administração), por estarem sujeitos ao preenchimento de certos requisitos específicos. Mas esses atos serão suscetíveis de convalidação pelo Poder Público, se a *decretação da sua invalidade, como sanção à infração da lei implicar conseqüência mais grave do que a subsistência de sua validade*. Nos dizeres de Seabra Fagundes, *"se estabelece uma hierarquia entre dois interesses públicos: o abstratamente considerado, em virtude do qual certas normas devem ser obedecidas, e o ocorrente na espécie, que se apresentam, por motivos de ordem prática, de justiça e de eqüidade em condições de superar aquele"*[4]. É o caso, *v.g.*, de um servidor público irregularmente investido que praticou, ao longo do tempo de exercício da função pública, inúmeros atos, cujos

[3] Weida Zancaner, *op. cit.*; Miguel Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Público,* Forense, 1957, p. 70 e segs.

[4] Miguel Seabra Fagundes, op. cit., p. 71.

efeitos devam subsistir, mesmo depois de reconhecido, pelo Poder Público, o vício de competência. É também nessa categoria que se enquadram os atos concessivos de benefícios eivados de ilegalidade (*v.g.* a concessão de aposentadoria, sem que se tenha completado o tempo de contribuição, ou alcançado a idade necessária para o seu implemento).

c) atos absolutamente insanáveis ou nulos: aqueles a que o ordenamento confere maior repulsa. Visam à prática de um ato criminoso ou afrontam de tal forma a lei, que não podem sequer ser estabilizados pelo tempo, tal qual a ordem de uma autoridade para que se torture um preso (exemplo de Weida Zancaner) ou a regulação do serviço de transporte coletivo que favoreça uma determinada empresa (exemplo de Seabra Fagundes).

18. Posta nestes termos a classificação dos atos administrativos viciosas, impende analisar a correlação entre os planos da *inexistência, invalidade e ineficácia* dos atos administrativos e os institutos da prescrição e da decadência administrativas. Iniciaremos pela abordagem dos atos inexistentes e ineficazes, que é mais simples do que a dos atos viciosos.

19. Se se trata de ato administrativo inexistente, não há que se falar em prescrição ou decadência. Como já se afirmou em outro passo, seria absurdo pretender que um ato inexistente passasse a existir pelo decurso do tempo*. Por isso, a qualquer momento a Administração Pública pode declarar a inexistência de um ato administrativo*. É o que ocorreria, por exemplo, se surgindo, entre os funcionários de uma repartição, dúvida a respeito do dever de adotar ou não as providências constantes de uma portaria não assinada pelo seu chefe, houvesse ele, por bem, declarar que aquele ato é inexistente.

20. Os administrativos ineficazes, a seu turno, são os que ainda não se aperfeiçoaram, ainda não se encontram acabados, constituídos nem – perdoe-se o truísmo - aptos a produzir efeitos. Por isso, o prazo decadencial do poder-dever de anulá-los não correrá enquanto não sobrevier o atributo necessário à sua eficácia. Um exemplo esclarece bem o que afirmamos: um ato de licença que necessite da manifestação de uma autoridade administrativa inferior e da homologação por outra, hierarquicamente superior, não produzirá efeitos enquanto esta última não se pronunciar. Como o ato de licença ainda não pode ser considerado perfeito e acabado, não se há que pretender anulá-lo. Não se desconstitui o que sequer se formou. Isso tem grande importância na questão do registro das aposentadorias pelo Tribunal de Contas. Conforme veremos adiante, há quem entenda que, sem o registro pela Corte de Contas competente, o ato de aposentadoria não se aperfeiçoa, não é eficaz, pelo que só se inicia a contagem do prazo decadencial para anular o ato de aposentadoria inválido a partir desse registro.

21. No tocante aos *atos administrativos inválidos*, não se pode cogitar de prescrição, mas sim de *decadência*. Anular um ato administrativo nada mais é senão extingui-lo, retirá-lo do mundo jurídico, desconstituí-lo. E a desconstituição de um ato administrativo pelo Poder Público se assemelha àquilo que em Processo Civil se chama de "ação constitutiva negativa".

22. Com efeito, não se pode falar em uma pretensão do Poder Público de desconstituir os atos administrativo inválidos. O que existe é uma *prerrogativa* de a Administração Pública desconstituí-los, sem que precise recorrer ao Poder Judiciário, prerrogativa esse que se assemelha ao exercício de um direito potestativo. Tanto é assim que a anulação do ato administrativo inválido ocorre a despeito da vontade do beneficiário do ato ou, muitas vezes, até mesmo contra a vontade deste. A essa altura, podemos destacar três questões:

(i) invalidar um ato administrativo viciado é uma faculdade ou um dever da Administração Pública?

(ii) até quando estará aberta a porta para que o administrador possa ingressar em esfera jurídica alheia, anulando um ato produzido há um certo tempo e que já ostenta alguma aparência de estabilidade;

(iii) e qual o termo *a quo* desse prazo?

23. Há atos que, embora eivados de ilegalidade, geraram situações favoráveis aos administrados, que merecem, em sua grande maioria, ser preservadas e cobertas pelo manto da estabilidade, em homenagem aos princípios da segurança jurídica e da boa-fé dos administrados, que se contrapõem ao dever de restaurar a legalidade.

24. Afirma-se existir, então, em contraposição aos princípios da segurança jurídica e da boa-fé dos administrados, um "dever de restaurar a legalidade, porque *o* Poder Público – *aí se incluindo o Tribunal de Contas* - não pode permanecer inerte diante de uma ilegalidade (princípio da legalidade). A única alternativa que se lhe abre é restaurar a legalidade, o que pode ser levado a efeito de duas formas: convalidando o ato administrativo ou invalidando-o. Não sendo viável a primeira opção, resta apenas a segunda: se não for possível convalidar o ato, por se tratar de ato absolutamente insanável, a invalidação passa a ser a única forma de a Administração Pública restaurar a ordem jurídica violada[5].

[5] Weida Zancaner, *op. cit.*, p. 100.

25. Assim, a invalidação de um ato administrativo não encerra apenas uma prerrogativa, mas também um *dever* da Administração Pública.

26. O Constituinte do Estado do Rio de Janeiro deu ênfase ao *dever* de o Poder Público exercer a autotutela, ao estabelecer no art. 80 da Carta Estadual[6], que:

> *"Art. 80. A Administração Pública tem o dever de anular os próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, bem como a faculdade de revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados neste caso os direitos adquiridos, além de observado, em qualquer circunstância, o devido processo legal."*

27. Por outro lado, as Súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal dão maior enfoque ao *poder* de invalidação:

> *"Súmula 346. A Administração pode declarar a nulidade dos seus próprios atos."*

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

28. A esse aspecto específico – a convalidação e a invalidação dos atos administrativos – voltaremos quando tratarmos das aposentadorias de servidores públicos.

29. Passemos aos itens (i) e (ii) do n° 22, *supra*. Já vimos que os atos administrativos viciosos podem ser: (a) meramente irregulares; (b) anuláveis; e (c) nulos.

30. Conforme consignamos em passagem anterior (n° 17, *supra*), os atos meramente irregulares não são inválidos, porque portam meros erros,

[6] Da mesma forma, refere-se o art. 53 da Lei Federal n° 9.784/98 ao *"dever de anular"*.

insuscetíveis de macular a sua legalidade. Não há interesse público em anulá-los.

31. Os atos anuláveis, ao contrário, são inválidos, mas *podem ser sanados pelo decurso do tempo*, ou seja, após escoado o *prazo decadencial previsto em lei*.

32. Os atos nulos ou absolutamente insanáveis, a seu turno, como já salientamos, contrariam de tal forma o ordenamento que não podem ser sanados nem pelo tempo. Correspondem às hipóteses de anulação de atos administrativos viciados, para as quais *a lei não instituiu prazo decadencial* (assemelhando-se a um direito potestativo sem prazo definido em lei para o seu exercício).

33. Eis aí o critério prático para diferenciar os atos administrativos anuláveis (ou relativamente sanáveis) dos nulos (ou absolutamente insanáveis): aqueles podem ser sanados pelo decurso do prazo decadencial estabelecido em lei para que o Poder Público os anule. Estes, ao revés, não poderão ser sanados pela Administração Pública porque a lei não fixou prazo decadencial para anulá-los. Dessa forma, é a lei que vai dizer se um ato administrativo é nulo ou anulável. Cabe ao legislador estabelecer quais atos administrativos podem ser validados e quais não o podem. Em suma: à falta de prazo estabelecido em lei para anular um ato administrativo viciado, pode e deve a Administração Pública anulá-lo a qualquer momento, porque a lei qualificou tal ato como nulo, insuscetível de ser convalidado pelo tempo.

34. Aliás, autores de escol defendem a tese de que se não há prazo decadencial fixado em lei, pode a Administração Pública anular seus atos a qualquer tempo[7]. Por todos, vale citar Diogo de Figueiredo Moreira Neto (*Curso de Direito Administrativo*, Renovar, p. 210, 12ª ed., 2000):

> *"Como a regra afirma a imprescritibilidade fundamental das nulidades,* ***somente o legislador poderá estabelecer exceções, instituindo hipóteses de prescritibilidade, bem como de caducidade ou prazos de preclusão, que inibam a Administração de rever seus atos****".* [negritos acrescentados]

[7] Nesse sentido, Odete Medauar, *Direito Administrativo Moderno*, 3ª ed., RT, 1999, p. 179 e Toshio Mukai, *Direito Administrativo,* Saraiva, 1999, p. 226/227).

35. Vejamos, agora, como se tratou da matéria no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. No que se refere aos servidores públicos estaduais, dispõe o art. 2° da Lei Estadual n° 3.870/2002[8], *verbis*:

> *"Art. 2º - O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis aos seus destinatários* ***servidores públicos decai em 05 (cinco anos), contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé."***

36. Como se percebe, o prazo decadencial para o Poder Público Estadual anular atos administrativos de que sejam beneficiários os servidores do Estado é de cinco anos. O termo *a quo* para o exercício desse direito potestativo (*rectius*: poder-dever) é a data em que referidos atos foram praticados. É dizer: até cinco anos a contar dessa data, o ato pode ser anulado. Evidentemente, a Administração Pública deverá, para tanto, observar os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

37. Mas o dispositivo da lei estadual faz ressalva quanto aos casos de "*comprovada má-fé"*.

38. Isso significa que a lei estabelece um tratamento mais rigoroso para as hipóteses em que houver comprovada má-fé na prática de atos administrativos favoráveis aos servidores estaduais.

39. O legislador excepcionou a anulação desses atos do prazo decadencial de cinco anos, não estabelecendo outro. Portanto, tais atos são nulos ou absolutamente insanáveis. Nem o tempo retira os vícios que os acometem, tamanha é a gravidade que o legislador atribuiu aos que obtêm benefícios do Poder Público, em *comprovada* má-fé.

40. Note-se, porém, que a má-fé há de ser *comprovada*. Não basta à autoridade administrativa afirmar que houve má-fé. Somente e tão somente, mediante o devido processo legal, em que se obedeçam aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, é que a Administração Pública poderá anular atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis ao servidor de má-fé.

41. Vale dizer: se não houver má-fé, com o transcurso de cinco anos, decai o poder-dever de a Administração Pública rever o ato que beneficia o servidor. Se, ao contrário, for comprovada a má-fé do beneficiário, mediante

[8] Regulamenta o já citado art. 80 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

a instauração de processo administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, o ato poderá ser anulado a qualquer tempo.

42. Essa conclusão é reforçada pela constatação de que os direitos potestativos, para cujo exercício a lei não fixa prazo, não se sujeitam à decadência nem à prescrição (n° 7, *supra*).

43. Mas, mesmo antes da edição da Lei Estadual, já era, a nosso ver, aplicável no âmbito do Estado, o prazo de cinco anos para a anulação dos atos administrativos, nos termos do art. 54 da Lei Federal n° 9.784/99, *verbis*:

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

44. É que, por força do art. 368 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, *"na aplicação, integração e interpretação de leis, decretos e outros atos normativos estaduais, ressalvada a existência de norma estadual específica, observar-se-ão os princípios vigentes quanto às da Constituição e das* ***leis federais****".*

45. Sem embargo da discussão a respeito da constitucionalidade desse dispositivo da Constituição do Estado[9], impende ressaltar que o Egrégio STJ, no julgamento do RMS n° 12.705, de que foi Relator o Min. Vicente Leal, decidiu ser aplicável, à falta de norma estadual expressa, o prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei Federal n° 9.784/98:

> *"ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. APOSENTADORIA. CORREÇÃO. DECADÊNCIA.*
>
> *Conforme o disposto no art. 54 da Lei 9.784/99, a Administração Pública tem prazo de cinco anos para anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários.*
>
> *Tendo sido o ato de aposentadoria editado em março de 1991, consolidou-se a situação jurídica*

[9] Embora tenha sido objeto de uma ADI, o art. 368 da Constituição do Estado não foi suspenso liminarmente pelo STF, permanecendo válido e eficaz, à luz do princípio da presunção de constitucionalidade das leis.

com o transcurso quinquênio, sendo ilegal o ato de retificação de proventos expedido em fevereiro de 1999.

Recurso ordinário provido."

46. Há que se levar em conta, todavia, que, antes do advento da Lei Federal n° 9.784/99, inexistia disposição expressa a respeito do prazo decadencial para o Poder Público anular seus próprios atos. Por isso, temos que *até a data em que entrou em vigor a referida Lei Federal, 1° de fevereiro de 1999, os atos administrativos praticados pela Administração Pública Estadual poderiam ser revistos e anulados a qualquer tempo.*

47 O mesmo raciocínio vale para quem considerar inconstitucional o art. 368 da Constituição Estadual, e, via de conseqüência, inaplicável à Administração Pública Estadual a Lei Federal n° 9.784/99: até a data em que a Lei Estadual entrou em vigor, 25 de junho de 2002, os atos administrativos praticados pelo Poder Público Estadual poderiam ser revistos e anulados a qualquer tempo.

48 Ressalte-se, porém, que, segundo o Superior Tribunal de Justiça, a Lei Federal n° 9.784/99 aplica-se não só a situações futuras (ato que foi praticado após o advento da Lei, *v.g.*, um ato praticado em 20 de janeiro de 2003), mas também a situações pendentes (ato praticado antes do advento da Lei, sem que o prazo qüinqüenal tenha decorrido, como na hipótese de um ato que, consubstanciado em 20 de janeiro de 1999, poderá ser anulado até 20 de janeiro de 2004) e a *situações pretéritas* (como, por exemplo, um ato praticado em 1991)[10]. Portanto, de acordo com julgados do STJ, mesmo antes da edição da Lei Federal n° 9.784/99, o Poder Público só poderia anular um ato administrativo até cinco anos depois da data em que foi praticado.

IV. Atribuições constitucionais dos Tribunais de Contas.

49. Feitas essas considerações, passa-se à análise dos aspectos que envolvem a prescrição e a decadência no âmbito da atuação dos Tribunais de Contas.

50. O rol das prerrogativas cometidas ao Tribunal de Contas da União, como se sabe, está previsto no art. 71 da Constituição Federal e serve de modelo para as Cortes de Contas dos Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 75, CF/88).

[10] Nessa esteira, o já citado ROMS n° 12.705, Rel. o Min. Vicente Leal e o MS n° 7.226, Rel. Min. Jorge Scartezzini.

51. A Constituição do Estado do Rio de Janeiro, a seu turno, dispõe sobre a atuação do Tribunal de Contas nos arts. 123 (no que se refere à Administração Pública Estadual) e 125 (no que se refere às Administrações Públicas municipais), seguindo os traços constitucionais do TCU.

52. No exercício das suas prerrogativas constitucionais, freqüentemente os Tribunais de Contas se deparam com temas como o da prescrição da pretensão punitiva dos agentes públicos que causam danos ao erário e o da decadência do poder-dever de a Administração rever ou anular ou seus próprios atos.

53. Nos tópicos que seguem, analisaremos algumas das prerrogativas do Tribunal de Contas que estão intimamente ligadas com o tema central deste parecer, o da prescrição e decadência administrativas. São elas:

(i) a apreciação da legalidade dos atos de admissão de pessoal, de concessão de aposentadorias e de pensões;

(ii) a aplicação de sanções aos agentes públicos responsáveis por ilegalidades de despesa ou irregularidade de contas;

(iii) a determinação de prazo para que determinado órgão ou entidade adote providências necessárias ao exato cumprimento da lei; e

(iv) a sustação de ato que houver impugnado, se não forem atendidas as providências que determinar.

IV.1. Apreciação da legalidade dos atos de aposentadoria. Anulação de aposentadoria. A Súmula 6 do STF. O ato de concessão de aposentadoria como ato administrativo complexo: impossibilidade de se iniciar a fluência do prazo decadencial, estabelecido em lei, para a anulação do ato, antes do registro no Tribunal de Contas. O registro da aposentadoria como ato de controle externo. Aplicabilidade da Lei Estadual n° 3.870/2002 no âmbito do controle externo efetuado pelo TCE-RJ. Cessação da fluência do prazo decadencial. Redução de proventos.

54. No tocante a essa atribuição constitucional das Cortes de Contas, merece registro, em primeiro lugar, a Súmula 6 do Supremo Tribunal Federal:

> ***"A revogação ou anulação, pelo Poder Executivo, de aposentadoria, ou qualquer outro ato aprovado pelo Tribunal de Contas, não produz efeitos antes de aprovada por aquele Tribunal, ressalvada a competência revisora do Judiciário."***

55. Trata-se de uma limitação ao poder-dever de autotutela da Administração Pública. Se o Tribunal de Contas já houver se pronunciado pela legalidade de um ato, não pode a autoridade administrativa, responsável pela sua edição, anulá-lo, sem a prévia aprovação do ato de anulação pelo Tribunal.

56. Havia dois entendimentos no seio do Supremo Tribunal Federal sobre os fundamentos da Súmula: (i) o de que a aposentadoria é ato complexo, e (ii) o de que as Cortes de Contas exercem a função de fiscal da Administração Pública, não podendo a vontade desta se sobrepor à atuação daquelas[11]. A adoção de um ou outro traz efeitos importantes para a fixação do termo *a quo* do prazo decadencial estipulado em lei para a Administração Pública anular os seus atos, especialmente os de aposentadoria.

57. Qual seria esse termo *a quo*, já que tanto a norma estadual quanto a federal referem-se apenas à *"data em que foram praticados"* os atos administrativos? É dizer: quando se considera perfeito, acabado, consumado, enfim *praticado* o ato concessivo de aposentação?

58. No julgamento do Recurso Extraordinário n° 195.861, de que foi Relator o Min. Marco Aurélio Mello, o Supremo Tribunal Federal deixou assente que o ato de concessão de aposentadoria é complexo, aperfeiçoando-se, somente e tão somente, com o respectivo registro no Tribunal de Contas, conforme se infere da ementa abaixo:

> *"APOSENTADORIA – ATO ADMINISTRATIVO DO CONSELHO DA MAGISTRATURA – NATUREZA – COISA JULGADA ADMINISTRATIVA – INEXISTÊNCIA.*
>
> ***O ato de aposentadoria exsurge complexo, somente se aperfeiçoando com o registro perante a Corte de Contas.*** *Insubsistência de*

[11] No sentido de que a aposentadoria é ato complexo, cf. o voto do Min. Nelson Hungria no RMS n° 3.881. Já para o Min. Castro Nunes (cf. Apelação Cível 8.442), a necessidade de apreciação dos atos de aposentadoria pelos Tribunais de Contas deriva da função que exercem no ordenamento constitucional: a de fiscal da Administração Pública.

> *decisão judicial na qual assentada, como óbice ao exame da legalidade, a coisa julgada administrativa."* [negritos acrescentados].

59. Este entendimento do STF já vem de longa data, valendo apontar como precedentes o Mandado de Segurança n° 19.861-DF (RTJ 58/382) e o Agravo Regimental n° 58.155 (RTJ 70/701)[12].

60. Desse posicionamento decorre uma relevantíssima conseqüência: a se considerar o ato de concessão de aposentadoria como ato complexo, exigindo-se para o seu aperfeiçoamento a manifestação da autoridade administrativa concedente e do Tribunal de Contas, a única conclusão a que se pode chegar é a de que não corre o prazo decadencial instituído pelo art. 2° da Lei Estadual 3.870/2002 até que o TCE-RJ proceda ao registro do ato. Com efeito, para essa corrente, sem o registro na Corte de Contas, não se pode considerar que o ato tenha sido praticado. Mas até a aplicação da mencionada Lei Estadual, na apreciação da legalidade das aposentadorias pelo TCE-RJ, é discutível, como se verá adiante.

61. Entretanto, impende destacar que, no próprio STF, havia quem propugnasse que a necessidade de registro da aposentação, pelo Tribunal de Contas, não decorreria do caráter complexo do ato, mas sim da específica posição que o Tribunal de Contas ocupa no cenário constitucional – é o fiscal da Administração Pública - consistindo o registro de aposentadoria um *ato de controle (externo) da legalidade*. Nesse sentido, é digna de registro a clássica passagem do Min. Castro Nunes, no julgamento da Apelação Cível n° 8.442:

> *"A espécie vem a ser a seguinte: perante as autoridades uma das partes se habilitou à pensão e estava no gozo da mesma quando o Tesouro lha cancelou, porque a outra parte apresentara documento mais hábil.*
>
> *Ora, a que estava no gozo desse direito, como pensionista, sê-lo-ia em virtude de* ***decisão do Tribunal de Contas, que é a jurisdição constitucional e legal competente para se pronunciar sobre título declaratório de pensão****. Assim,* ***já depois disso, não poderia mais o Tesouro insurgir-se contra a decisão do Tribunal ou desconhecê-la, para atribuir o direito a quem quer que fosse, mesmo o outro parente, ainda que este outro parente tivesse melhor direito. Essa subordinação decorre da hierarquia mesma do Tribunal de Contas, no mecanismo, porque ele não***

[12] Além do julgamento do RMS n° 3.881, Rel. Min. Nelson Hungria, citado na nota 11.

> ***é órgão administrativo; é órgão estabelecido pela Constituição, de permeio entre os poderes executivo e legislador – e essa é a teoria do instituto – e destinado a controlar a execução do orçamento. As autoridades administrativas estão subordinadas às decisões do Tribunal de Contas. Se ele defere a um dado parente a pensão, esta decisão poderá não ser conclusiva para o Judiciário mas terá de sê-lo, necessariamente, para a administração****"* [negritos acrescentados]

62. Da mesma forma, o eminente Prof. Caio Tácito[13] considera que o registro da aposentadoria, pela Corte de Contas, é uma forma de controle de legalidade e não uma nova manifestação de vontade, necessária à formação do ato:

> *"(...) Não há, no sentido jurídico estrito,* ***aprovação do ato da administração,*** *mas, apenas,* ***forma de controle da legalidade do ato acabado, cuja executoriedade fica suspensa até que se opere o julgamento.*** *(...)* ***A vontade do Tribunal não integra o ato concessivo, que se consuma na esfera administrativa. A sua análise, circunscrita ao plano da legalidade e visando à garantia do erário, se realiza sobre o ato já praticado pela autoridade administrativa competente."*** [negritos acrescentados]

63. Na mesma linha de entendimento, vale dizer, considerando o ato de apreciação de aposentadoria pelo Tribunal de Contas como ato de controle externo – e não como manifestação complementar de vontade da Administração - o Min. Victor Nunes Leal, no julgamento do MS n° 8.657, asseverou que o registro da aposentação pelas Cortes de Contas *"não integra nem completa o ato de concessão, mas que converte a executoriedade precária (porque condicionada) da concessão em executoriedade definitiva"*.

64. O mesmo Victor Nunes Leal, em estudo clássico[14], colocou em relevo a posição das Cortes de Contas na organização administrativa, deixando consignado que *"a doutrina mais segura, baseando-se na natureza de sua principal atribuição, não o considera integrante do aparelhamento administrativo em sentido estrito: coloca-o acima da administração propriamente dita, pela* ***ação fiscalizadora*** *que sobre ela exerce."*

---

[13] Caio Tácito, *Revisão Administrativa de Atos Julgados pelos Tribunais de Contas*, in *RDA 53/216-222*.
[14] *Valor das decisões do Tribunal de Contas*, in *RDA 48/418-431.*

65. Firme na esteira do que fora esposado pelo Min. Victor Nunes Leal, o eminente Min. Sepúlveda Pertence, no julgamento do MS n° 22.658-7, de que foi Relator, deixou assente em seu voto condutor que:

> *"(...) Dos julgados que alicerçam a Súmula 6, o primeiro e o mais completo é o do RMS 8.657, de 6.9.61, da lavra do saudoso Victor Nunes Leal (...)* ***O ato administrativo praticado em cumprimento de um mandado de segurança, deferido ao interessado, não muda, com isso, a sua natureza, nem os limites da eficácia que teria tido, se praticado pela autoridade, independentemente da sentença que o determinou****. Já registrada pelo Tribunal de Contas a concessão anterior da aposentadoria, admite-se – na linha da doutrina subjacente à edição da Súmula 6, há pouco recordada – que, não obstante a revisse a autoridade administrativa, de ofício ou mediante provocação, quando convencida de sua ilegalidade****: mas*** *- como também expresso no leading case da jurisprudência sumulada -* ***esse ato administrativo de revisão seria inoperante, até que, assentindo nos seus motivos, de sua vez o registrasse o Tribunal de Contas, desfazendo o registro anterior****.* [negritos acrescentados]*"*

66. Sob essa perspectiva - a de que o registro das aposentadorias, pelas Cortes de Contas, configura um ato de controle externo, não sendo o ato de concessão de aposentadoria complexo - o prazo decadencial do art. 2° da Lei Estadual n° 3.870/2002 correria antes do registro do ato perante o TCE. Mas - é forçoso reconhecer - a decadência seria afastada, pelo exercício do direito (*rectius:* poder-dever) de anular o ato vicioso, à luz do §2° do mencionado art. 2° da Lei Estadual n° 3.870/2002, *verbis:*

> *"§ 2º - Considera-se exercício do direito de anular qualquer* ***medida de autoridade administrativa aquela que importe impugnação à validade do ato****."*

67. É dizer: se a Administração Pública, revendo o ato de concessão de benefício, nele encontrar irregularidade que conduza à impossibilidade de sua convalidação, deverá tomar alguma medida para elidir a decadência.

68. Mas é forçoso reconhecer que o dispositivo legal mencionado se refere a *"medida de autoridade administrativa".* Por isso, surgem as duas seguintes indagações:

(i) os Membros dos Tribunais de Contas são autoridades administrativas, em sentido estrito, para fins de aposentadoria, i. e., exercem função administrativa quando apreciam a legalidade das aposentadorias?

(ii) se assim se considerá-los, qual seria essa "medida administrativa", impugnadora da validade do ato, no âmbito do controle de legalidade das aposentadorias, exercido pelo Tribunal de Contas?

69. A resposta à primeira indagação importa na análise da natureza da função exercida pelo Tribunal de Contas quando da apreciação dos atos de aposentação e é prejudicial ao desate de uma outra questão: se a resposta for negativa, não se deve ter por aplicável a Lei n° 3.870/2002 no âmbito dos atos de aposentadoria apreciados pelo TCE-RJ; se positiva, a Lei Estadual será, ao revés, plenamente aplicável.

70. Nesse ponto, traz-se à baila recente decisão do TCU a respeito, pela inaplicabilidade da Lei 9.874/98 relativamente aos seus atos de apreciação de aposentadoria (Decisão 1020/2000 – Plenário, Rel. Min. Marcos Villaça):

> *"(...) Tem-se, pois, que* ***os misteres constitucionais dos Tribunais de Contas consistem em função de controle externo, pertencente à função legislativa, não dizendo qualquer respeito à função administrativa de que cuida a Lei nº 9.784/99****. Disso, com as vênias ao saudoso Hely Lopes Meirelles, as Cortes de Contas não se constituem em órgãos jurisdicionais administrativos, como são os Conselhos de Contribuintes, os Conselhos Curadores de Fundos e o Tribunal Marítimo, todos vinculados ao Poder Executivo. Por conseqüência,* ***as decisões dos Tribunais de Contas também não podem ser vistas como administrativas, situando-se em patamar superior a essas, diante de seu destaque constitucional, a despeito da possibilidade de revisão judicial. São elas, em verdade, atos de controle, pertencentes à atividade legislativa, ou ao exercício de função legislativa, tomada em amplitude, segundo o melhor entendimento.***
> *(...)* ***Não sendo órgão que exerça função administrativa, ou mesmo jurisdição de cunho administrativo, exceto sobre os assuntos internos, o Tribunal de Contas não está compelido a***

> ***observar os ditames da Lei nº 9.784/99****, que aliás determina uma processualística amplamente divergente daquela já regulada pela Lei nº 8.443/92, aplicável aos julgamentos em matéria de controle externo.* [negritos acrescentados].

71. Inobstante essa decisão do TCU, passa-se à resposta ao que se questionou no item (ii), resposta essa que está no procedimento adotado pelo TCE-RJ para a apreciação da legalidade dos atos de aposentação (Lei Complementar Estadual 63/90, art. 38, §5°), disciplinado pela Deliberação 190/95 em seu art. 9°:

> *"Art. 9º - **Verificada a ilegalidade dos atos concessórios**, **ou na outorga de vantagens, o Tribunal diligenciará ao órgão de origem, a fim de que sejam adotadas as medidas corretivas,** no prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável uma só vez, mediante pedido tempestivo e devidamente justificado."*

72. Do dispositivo acima se infere que a medida administrativa idônea a elidir a decadência do direito potestativo (*rectius*: poder-dever) de a Administração anular os atos concessivos de benefícios, prevista na Lei Estadual n° 3.870/2002, é a diligência externa.

73. Com efeito, se o TCE-RJ decidiu pela diligência externa, é porque há algum vício a ser sanado no ato apreciado.

74. Repise-se, no entanto, que, de acordo com julgados antigos e recentes do STF, está em voga a tese de que o ato de concessão de aposentadoria é complexo, só se consumando, só se tornando perfeito e acabado com o registro no Tribunal de Contas. Portanto, somente e tão somente depois do registro, pelo TCE-RJ, é que se iniciaria a contagem do prazo decadencial.

75. Impõe-se, porém, um alerta: é que, muitas vezes, a adoção, na prática, dessa orientação do STF pode conduzir a situações iníquas, *v.g.*, na hipótese de um servidor de setenta e nove anos, que tivesse o seu registro de aposentadoria negado, dez anos após a entrada do processo administrativo de concessão do benefício no Tribunal de Contas, por não haver completado o tempo de serviço necessário. Determinar que o servidor volte a trabalhar é juridicamente impossível, já que completou a idade limite para permanecer em cargo público efetivo (70 anos). Então, seus proventos devem ser reduzidos? É nítido que responder afirmativamente a essa indagação seria desarrazoado.

76. No entanto, há que se atentar para uma outra constatação: *o ato de concessão de aposentadoria é vinculado.* Ou o servidor preenche os requisitos para a sua aposentação ou não os preenche. Não existe meio termo nesta matéria.

77. De um lado, fere o *princípio constitucional da isonomia* relevar a falta de requisitos necessários à aposentadoria de um determinado servidor, concedendo-lhe um benefício a que não tem direito, enquanto outros houveram de cumprir estes mesmos requisitos para obter o seu sagrado direito de se aposentar. Mas, por outro, não se pode esquecer que o servidor não pode sofrer conseqüências desfavoráveis se em nada contribuiu para a prática do ilícito, ou seja, se desconhecia o vício que maculou a legalidade do ato (em suma: se tinha boa-fé). Todavia, se agiu, *comprovadamente*, de má-fé, a qualquer momento poderá ser revisto o ato. Novamente, permite-se citar o art. 2° da Lei Estadual n° 3.870/2002, *verbis*:

> *"Art. 2º - O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis aos seus destinatários servidores públicos decai em 05 (cinco anos), contados da data em que foram praticados,* ***salvo comprovada má-fé****."*

78. Retorna-se, nesse passo, àquilo que se afirmou em outro passo: se não houver comprovada má-fé, com o transcurso de cinco anos, decai o poder-dever de a Administração Pública rever o ato de aposentadoria. Se, ao contrário, for comprovada a má-fé do servidor aposentado (*v.g.,* se juntou documento falso para alcançar o tempo de serviço necessário para a obtenção do benefício), mediante processo administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, o ato poderá ser anulado a qualquer tempo. Isso porque o exercício da autotutela pelo Poder Público assemelha-se ao exercício de um direito potestativo. E os direitos potestativos, para cujo exercício a lei não fixa prazo, não se sujeitam à decadência nem à prescrição (n° 7, *supra*)

79. Acresça-se, também, por oportuna, uma outra questão: havendo revisão do ato de concessão de aposentadoria, eventual redução dos proventos operaria efeitos *ex nunc* ou *ex tunc*, isto é, o beneficiário deve devolver o que já recebeu ou só se sujeita ao pagamento a menor do momento da revisão da aposentadoria em diante?

80. Aqui, não há outra saída senão aplicar o princípio da razoabilidade. Novamente, a resposta dependerá da comprovação da má-fé do beneficiário. Se não se comprovar a má-fé, não é razoável se falar em devolução do dinheiro percebido a maior pelo servidor, porque nem a ele nem a ninguém soaria razoável presumir a ilegitimidade da sua

aposentadoria (princípio da presunção de legitimidade dos atos do Poder Público). Já, se houver má-fe comprovada, não só em razão do prejuízo ao erário, mas até mesmo por força do efeito punitivo, é plausível que a redução de proventos opere retroativamente. Imagine-se a hipótese de um servidor que tenha fraudado documentos comprobatórios de seu tempo de serviço. Soa, no mínimo, estranho que este servidor receba o mesmo tratamento dispensado àquele que desconhece uma irregularidade.

81. Aliás, pertinente é salientar, mais uma vez, que toda e qualquer redução de proventos do servidor público só poderá ser levada a efeito se houver a instauração de processo administrativo para tanto, respeitados os princípios constitucionalmente assegurados do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

82. Tudo o que expusemos nesse tópico sobre as aposentadorias, aplica-se às pensões.

V.2. Prazo para apreciação da legalidade dos atos de admissão de pessoal pelo Tribunal de Contas.

83. Tal qual ocorre com as aposentadorias, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, ressalvados os que ocupam apenas cargos comissionados, também está sujeita à apreciação, para fins de registro, pelos Tribunais de Contas.

84. Em relação à natureza do registro, pelas Cortes de Contas, dos atos de admissão de pessoal, trata-se, tal qual as aposentadorias, de ato de controle externo.

85. Mas nesse ponto, há uma outra questão a se acrescentar.

86. Como os servidores públicos efetivos adquirem estabilidade, mediante avaliação de desempenho, após *três anos de efetivo exercício* (art. 41, *caput*, CF/88), há quem sustente ser esse também o prazo para que o Tribunal de Contas analise a legalidade do ato de admissão[15].

87. Todavia, é bem de se ver que o instituto da *estabilidade* decorre da *aptidão* demonstrada no *estágio probatório* pelo servidor estatutário, nomeado em virtude de concurso público. Em outros termos, a estabilidade

[15] Na esteira do entendimento de Luiz Manoel Gomes Junior, *Tribunais de Contas – Aspectos Controvertidos*, Forense, 2003, p. 104.

e o estágio probatório nada têm que ver com a legalidade do ato de admissão.

88. Por isso, o prazo – decadencial, diga-se de passagem - para o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro proceder ao exame da legalidade dos atos de admissão de pessoal é, a nosso ver, de cinco anos (Lei Estadual n° 3.870/2002, art. 2°).

a. *IV.3. Pretensão punitiva conferida ao Tribunal de Contas para aplicar sanções aos agentes públicos. Fixação do termo* a quo*, interrupção e suspensão do prazo prescricional nos processos administrativos em trâmite perante o TCE-RJ.*

89. No desempenho dessa função constitucional, os Tribunais de Contas freqüentemente se deparam com o tema da prescrição da pretensão punitiva.

90. No desempenho dessa sua função, os Tribunais de Contas podem aplicar duas espécies de sanção: (a) *a imputação de débito ao agente público*, correspondente ao ressarcimento do prejuízo que houver causado ao erário; e (b) *a imputação de multa*, ou seja, de pena pecuniária, quantificada pelo Tribunal, quando não houver *lesão direta e imediata* ao patrimônio público, apenas infração a norma legal.

91. No primeiro caso (em que há ilegalidade e dano ao erário), a pretensão punitiva da Corte de Contas será imprescritível, à luz do §5° do art. 37 da Constituição Federal.

92. Quanto ao segundo, inexiste norma expressa que estabeleça prazo prescricional para a pretensão punitiva do TCE-RJ. Mas nem por isso é plausível entender que a pretensão punitiva é perpétua.

93. Afirmamos em trecho anterior (n° 32, *supra*) que, à falta de norma expressa estipulando prazo para a invalidação de ato administrativo inválido, a Administração Pública pode exercer o seu poder de autotutela a qualquer tempo. Ao não estabelecer prazo para a anulação de um ato administrativo, o legislador o toma como absolutamente insanável, isto é, insuscetível de ser sanado pelo decurso de tempo.

94. O exercício da autotutela administrativa assemelha-se ao exercício de um direito potestativo, que, como vimos, ou está sujeito a decadência, nos casos em que a lei estipula prazo, ou é perpétuo, quando não há norma estipulando um prazo para o exercício desse direito.

95. Diferentemente, a pretensão punitiva sempre está sujeita a um prazo prescricional. Essa é a regra. A imprescritibilidade é a exceção e depende de norma expressa[16]. Confira-se, a propósito, a clássica decisão do STF, no MS nº 20.069, de que foi Relator o Min. Moreira Alves:

> *"Em matéria de prescrição em nosso sistema jurídico, inclusive no terreno do direito disciplinar, não há que se falar em* jus singulare*, uma vez que a regra é a da prescritibilidade."*

96. Entendemos que o prazo para o exercício dessa pretensão punitiva do TCE-RJ é de cinco anos, não por força da Lei Estadual n° 3.870/2002 – que trata da decadência - mas porque esta é a regra geral do Direito Administrativo brasileiro[17], conforme bem ilustrado pelo Egrégio STJ, no ROMS n° 8.775, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca:

> *"Mas, mesmo na falta de lei fixadora do prazo prescricional, não pode o servidor público ou o particular ficar perpetuamente sujeito à sanção administrativa por ato ou fato praticado há muito tempo. A esse propósito, o STF já decidiu que a regra é a prescritibilidade e que esta ocorre no prazo de cinco anos para as penalidades disciplinares do funcionalismo federal. Entendemos que, quando a lei não fixa prazo da prescrição administrativa, esta deve ocorrer em cinco anos, à semelhança da prescrição das ações pessoais contra a Fazenda Pública."*

97. Passemos a questão do termo *a quo* do prazo prescricional. Não o define a Lei Complementar Estadual n°63/90, mas, por se tratar de pretensão punitiva, sustentamos que o início da contagem do prazo qüinqüenal, à falta de norma expressa, deve se dar a partir da data em que ocorrer a infração legal, tal como sucede no Direito Penal, como, aliás reconheceu o STF no julgamento do Recurso Extraordinário n° 78.917, Rel. o Min. Luiz Galotti:

> ***"Prescrição de falta disciplinar. Contagem a partir da pratica do fato, antes da atual lei paulista, que faz a prescrição correr do dia em que a autoridade toma conhecimento da falta. Recurso extraordinário conhecido e provido."***

---

[16] Luís Roberto Barroso, *A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da Lei n° 9.873/99*, *in* Temas de Direito Constitucional, Renovar, 2001, p. 495 e segs.

[17] Luís Roberto Barroso, op. cit., p. 506/507, citando, entre outros, Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia Zanella di Pietro, Diógenes Gasparini e Pontes de Miranda.

98. Na mesma esteira, José Cretella Jr (*in* Prática do Processo Administrativo, RT, 1988, p. 102):

> "Ora, se a sanção, como categoria jurídica, é sempre ligada à prescrição e está é vinculada ao tempo, o princípio informador do instituto prescricional não pode deixar de ser senão este: a prescrição começa a correr **'a partir do fato'**. Por quê? Porque o tempo vai apagando aos poucos a imagem do evento e do quadro da época. O fato e as circunstâncias que o cercaram esmaecem-se na maioria dos que o presenciaram, as provas materiais e as testemunhas perdem o significado." *[negrito acrescentado].*

98. É de se reconhecer ainda que, na hipótese de infração administrativa que se repita no tempo, por analogia à sanção penal (art. 111, inciso II, do Código Penal), deve-se contar o prazo prescricional a partir do momento em que cessar a permanência dos efeitos do ilícito administrativo. Isso se justifica pela similitude teleológica entre as sanções penal e administrativa.

99. Analisemos agora as causas suspensivas e interruptivas do prazo prescricional. Especificamente em relação ao TCE-RJ, a Deliberação n° 204/96, que dispõe sobre o exercício de ampla defesa nos processos administrativos em trâmite perante esta Corte, prevê a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (art. 25).

100. Temos, assim, que o prazo prescricional se interrompe com a comunicação, citação ou notificação do administrado (Deliberação 204/96, art. 6°), à semelhança do que ocorre no Processo Civil, em que a citação do devedor interrompe os prazos extintivos (CPC, art. 219, *caput*).

101. Por exemplo, se a infração legal perpetrada pelo administrado se deu em 20 de fevereiro de 1998, mas ele só foi citado em 15 de janeiro de 2003 – antes, portanto, de haver escoado o prazo prescricional - o prazo para a eventual aplicação de multa pelo próprio TCE-RJ recomeça a correr, por inteiro, dessa última data, só se expirando em 15 de janeiro de 2008. Note-se que, a partir da interrupção, pouco importa a data do fato. O prazo prescricional reinicia do zero.

102. Entretanto, tal qual ocorre no Processo Civil, também no âmbito desta Corte de Contas, pode haver *prescrição intercorrente.* Assim será se o Tribunal de Contas deixar de impulsionar o processo administrativo de tomada ou prestação de contas, quedando-se inerte, deixando de praticar os atos necessários ao seguimento do processo, como, *v.g.*, o de determinar ao responsável o cumprimento de diligências externas.

103. Situação diferente é, todavia, a paralisação do processo administrativo por fato imputável ao administrado. Caso típico é o da falta de empenho para cumprir diligências externas.

104. Se isso ocorrer, o novo prazo de cinco anos que, dada a interrupção, deve ser contado a partir da comunicação, citação ou notificação do administrado - será *suspenso* tantas vezes quantas o processo administrativo ficar paralisado em decorrência de inércia não imputável ao TCE-RJ, retomando-se a contagem do tempo que ainda resta para o exercício da pretensão punitiva com o cômputo do que já transcorreu. Com efeito, a determinação de medidas a serem tomadas pelo administrado em diligência externa equivale a uma condição suspensiva (Código Civil, art. 199, inciso I).

105. Para esclarecer, voltemos ao exemplo anterior. Houve interrupção do processo administrativo em 15 de janeiro de 2003. Assim, até 15 de janeiro de 2008 poderá o TCE-RJ punir o administrado. Se chamado a cumprir uma diligência externa em 15 de janeiro de 2004, o administrado só o fizer em 15 de janeiro de 2005, restarão ainda mais quatro anos, a contar de 15 de julho de 2004, passando o termo final para 15 de julho de 2009.

106. Por derradeiro, é possível entender que a realização de inspeções e auditorias pelo TCE-RJ (Constituição do Estado do Rio de Janeiro, arts. 125, inciso V e 123, inciso IV) também interrompe a prescrição da pretensão de aplicar multas aos agentes públicos.

IV.4. Determinação de prazo, pelo Tribunal de Contas, para adoção de medidas a serem tomadas pela Administração Pública.

107. Essa competência está intimamente ligada ao controle dos atos administrativos pelos Tribunais de Contas. Vale registrar que o art. 79 da Constituição do Estado confere expressamente ao TCE-RJ o poder de exercer o controle dos atos administrativos praticados pelas autoridades estaduais.

108. A determinação de prazo, pelo Tribunal de Contas, para que determinado órgão ou entidade adote providências quanto às irregularidades apontadas traz, a nosso ver, uma conseqüência importante no tocante aos atos administrativos praticados pelas autoridades desse órgão ou entidade: a decadência do poder-dever de anulá-los é afastada.

109. Com efeito, trata-se de *medida impugnadora da validade do ato,* que deve ser considerada como exercício do poder-dever de autotutela administrativa, à luz do §2° do art. 2° da Lei Estadual n° 3.870/2002, quando se tratar de atos cujos beneficiários sejam servidores públicos estaduais. Para os demais casos, entendemos ser aplicável o §2° do art. 54 da Lei Federal n° 9.784/99, por força do art. 368 da Constituição do Estado, como já afirmamos no n° 43, *supra*.

110. No tocante ao prazo de que dispõe o Tribunal de Contas para determinar medidas administrativas a órgãos ou entidades, sustentamos que é o mesmo prazo decadencial estabelecido em lei para que a autoridade administrativa competente (estadual ou municipal) exerça o poder de autotutela.

111. Seria inócua a determinação feita pela Corte de Contas após expirado esse prazo. Como consignamos várias vezes, no decorrer desse estudo, esse prazo decadencial no âmbito do Estado é de cinco anos, no que se refere aos atos de que sejam beneficiários servidores públicos estaduais (Lei Estadual n° 3.870/2002), e também, quanto aos demais atos de que decorram efeitos favoráveis para os seus destinatários em geral (art. 54, §2° da Lei Federal n° 9.784/99 c/c art. 368 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro).

IV.5. Sustação de atos administrativos.

112. Se permanecer inerte o agente público que deveria exercer o poder de autotutela administrativa quanto ao ato cuja validade foi impugnada pelo Tribunal de Contas, pode este sustar a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Casa Legislativa competente.

113. O termo *execução* sugere que o ato administrativo ainda esteja produzindo efeitos, em razão do que concluímos que somente será possível sustar o ato se a produção dos seus efeitos já não se esgotou.

114. Mas, mesmo que já se tenha esgotado a produção dos efeitos do ato, pode o Tribunal de Contas determinar à autoridade administrativa que o anule, desde que não expirado o prazo decadencial. É que a sustação da execução do ato é um *minus* em relação à sua anulação. Para haver a sustação da execução do ato, é necessário que sua validade tenha sido impugnada pelo Tribunal de Contas, o que configura a cessação do prazo decadencial para que o órgão ou entidade o anule (n° 108, *supra*).

115. Um exemplo bastante prático esclarecerá o que afirmamos. Suponhamos que um Município precise construir uma ponte, resolvendo o seu Prefeito contratar sem licitação a empreiteira responsável pela construção. Levada a questão ao Tribunal de Contas, este determina que o Prefeito anule o ato de dispensa de licitação, ocorrido em 20 de janeiro de 1998, mas permanece ele inerte. Digamos que essa decisão do Tribunal de Contas tenha sido publicada em 15 de abril de 2000 e que a ponte já tenha sido construída nessa data. De que adianta sustar a execução do contrato?

116. O que um outro Prefeito, que assumir o cargo em janeiro de 2004, pode fazer? Anular o ato de dispensa e, via de conseqüência, o contrato. Teremos de adotar como termo *a quo* do prazo decadencial a data do ato de dispensa. Essa questão da dispensa é prejudicial à da anulação do contrato, pois se a dispensa foi indevida, o contrato é nulo. Dessa forma, a data de início da contagem é 20 de janeiro de 1998 e o poder-dever de anular esse ato decairia em 20 de janeiro de 2003. Entretanto, é de se notar que o Tribunal de Contas houvera impugnado a validade do ato de dispensa de licitação (15 de abril de 2000). Então, estará aberta a porta para o novo Prefeito invalidar o ato. Obviamente que ele deverá instaurar processo administrativo para tanto, assegurando à empreiteira as garantias do contraditório e da ampla defesa.

117. Os Tribunais de Contas, embora não tenham competência para sustar a execução de um contrato administrativo, podem determinar à autoridade administrativa que o anule, determinação essa que também deve ser tomada como medida impugnadora da validade do contrato, fazendo cessar o prazo decadencial para o exercício da autotutela (n° 108, *supra*).

118. Retomando o exemplo dado, se o Tribunal de Contas determinasse a anulação do contrato, não por falta de licitação, mas por um vício intrínseco do próprio contrato, como, por exemplo, defeito de forma (Lei n° 8.666/93, art. 60, par. único) a decisão da Corte de Contas também afastaria o prazo decadencial.

119. Nessa esteira, vale, aliás, salientar que o Egrégio STF, no julgamento do MS n° 23.550, em que foi Redator para o Acórdão o Min. Sepúlveda Pertence, deixou patenteado que os Tribunais de Contas têm competência para determinar à autoridade administrativa que anule um ato administrativo carecedor de validade, conforme resta consignado na seguinte passagem da ementa daquele julgado:

> *"O Tribunal de Contas da União - embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos - tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou."*

VII. Conclusões:

120. À guisa de conclusão, é possível extrair as seguintes proposições:

1) a prescrição atinge as pretensões; a decadência, os direitos potestativos;

2) o poder-dever de a Administração Pública anular os seus próprios atos (exercício da autotutela administrativa) assemelha-se ao exercício de um direito potestativo, por isso se sujeita à decadência;

3) não há prazo para o Poder Público declarar que um ato administrativo é inexistente; quanto aos atos administrativos ineficazes, o poder-dever de anulá-los não correrá enquanto não sobrevier o atributo necessário à sua eficácia, é dizer: enquanto o ato não se aperfeiçoar;

4) os atos meramente irregulares não são inválidos, porque portam meros erros formais, insuscetíveis de macular a sua legalidade. Não há interesse público em anulá-los;

5) os atos administrativos anuláveis podem ser sanados pelo decurso do tempo;

6) os atos administrativos nulos não podem ser sanados sequer pelo decurso do tempo, e correspondem às hipóteses de atos inválidos em relação às quais o legislador não fixou prazo para anulação, pois a decadência administrativa não se presume, há que estar prevista em lei;

7) a Lei Estadual n° 3.870/2002 diferencia os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis aos servidores públicos: se praticado de boa-fé, o ato será anulável, decaindo o poder-dever de anulá-lo em cinco anos; se houver comprovada má-fé, o ato será nulo, e não haverá, portanto, prazo decadencial para o Poder Público anulá-lo;

8) em uma ou outra hipótese, só é possível ao Poder Público anular o ato mediante processo administrativo em que sejam assegurados o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório;

9) antes da edição da Lei Estadual, já era, a nosso ver, aplicável, no âmbito do Estado, o prazo de cinco anos para a anulação dos atos administrativos, nos termos do art. 54 da Lei Federal n° 9.784/99, por força do art. 368 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro;

10) até a data em que entrou em vigor a referida Lei Federal, ou seja, 1° de fevereiro de 1999, os atos administrativos praticados pela Administração Pública Estadual poderiam ser revistos e anulados a qualquer tempo, porque não havia prazo decadencial para tanto;

11) mas, de acordo com julgados do STJ, mesmo antes da edição da Lei Federal n° 9.784/99, o Poder Público só poderia anular um ato administrativo até cinco anos depois da data em que foi praticado;

12) é discutível a aplicação da Lei Estadual n° 3.870/2002, à apreciação dos atos de aposentadoria, pelo TCE-RJ, dada a posição específica que as Cortes de Contas ocupam, qual seja a de fiscal da Administração Pública;

13) há julgados do STF em que se decidiu ser o ato de concessão de aposentadoria complexo. Se o TCE-RJ adotar essa tese, só se iniciará a contagem do prazo decadencial para anulá-lo ou retificá-lo após o registro da aposentadoria no TCE-RJ;

14) sem embargo dessas decisões, em várias outras proferidas pelo próprio STF, prevaleceu o entendimento de que o registro da aposentadoria, pelo Tribunal de Contas, é um ato de controle externo, de natureza homologatória;

15) caso esta Corte adote essa tese, advirão duas importantes conseqüências: (i) durante o período em que o TCE-RJ estiver analisando a legalidade da aposentadoria, continua a correr o prazo decadencial para o órgão concessor da aposentadoria revê-la ou anulá-la; e (ii) a decadência do poder-dever de anular os atos de aposentadoria será elidida a partir do momento em que for verificada a ilegalidade no ato de concessão, nos termos do art. 9° da Deliberação 190/95 (a diligência externa é de ser considerada medida administrativa que importa em impugnação à validade do ato, à luz do §2° do art. 2° da Lei Estadual 3.870/2002);

16) ambas as orientações são juridicamente plausíveis. Mas, independente de se adotar uma ou outra, é forçoso reconhecer que depois de o TCE-RJ registrar o ato de aposentadoria, o órgão que concedeu o benefício não poderá anular ou rever o ato sem a aprovação prévia do TCE-RJ (Súmula 6 do STF);

17) apenas na hipótese de má-fé do servidor comprovada mediante processo administrativo, asseguradas a ampla defesa e o contraditório, é que se poderá determinar a devolução de quantias indevidamente percebidas (a comprovação da má-fé faz com que a retificação produza efeitos *ex tunc*);

18) como os servidores públicos efetivos adquirem estabilidade, mediante avaliação de desempenho, após três anos de exercício (art. 41, *caput*, CF/88), sustentamos ser esse também o prazo para que o Tribunal de Contas analise a legalidade do ato de admissão, podendo o TCE-RJ rever o registro desse ato, no prazo de 5 anos (Lei Estadual n° 3.870/2002, art. 2°);

19) os Tribunais de Contas podem aplicar duas espécies de sanção aos responsáveis por irregularidades: (i) a imputação de débito ao agente público, correspondente ao ressarcimento do prejuízo que houver causado ao erário; e (ii) a imputação de multa, ou seja, de pena pecuniária, quantificada pelo Tribunal, quando não houver lesão direta e imediata ao patrimônio público, apenas infração a norma legal;

20) no primeiro caso (em que há ilegalidade e dano imediato ao erário), a pretensão punitiva da Corte de Contas será imprescritível, à luz do §5° do art. 37 da Constituição Federal; no segundo, o prazo prescricional é de cinco anos, seguindo a regra geral do Direito Administrativo brasileiro, contados da prática da infração, segundo entendimento do STF;

21) aos processos administrativos em trâmite perante o TCE-RJ aplica-se subsidiariamente o Código de Processo Civil (Deliberação 204, art. 25) Por isso, esse prazo prescricional será interrompido quando houver comunicação, notificação ou citação do administrado, à semelhança do que ocorre com a citação do devedor no Processo Civil;

22) por outro lado, haverá suspensão do prazo prescricional toda vez que o processo administrativo ficar paralisado por fato imputável ao administrado;

23) a determinação de prazo, pelo Tribunal de Contas, para que determinado órgão ou entidade adote providências quanto às irregularidades apontadas deve ser considerada *medida impugnadora da validade do ato*, para os efeitos da Lei Estadual n° 3.870/2002. O prazo para a Corte de Contas determinar providências é o mesmo prazo estabelecido para o exercício da autotutela; e

24) o Tribunal de Contas não pode sustar a execução de um contrato, mas pode determinar a anulação do mesmo. Essa determinação também deve ser tomada como uma *medida impugnadora à validade* do contrato, e afasta a decadência do poder-dever de a Administração Pública anular o ato.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

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

DEIAB, Felipe R. Algumas reflexões sobre a prescrição e a decadência no âmbito da atuação dos tribunais de contas. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 25, janeiro/fevereiro/março de 2011. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-25-MARCO-2011-FELIPE-DEIAB.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

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

Publicação Impressa / Informações adicionais: