Nº 35 – julho/agosto/setembro de 2013 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

# TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. FUNÇÃO ADMINISTRATIVA DE CONTROLE. PRAZO MÁXIMO PARA EXERCÍCIO. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS. EXERCÍCIO EXTEMPORÂNEO EVIDENTE. INADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DO DEVER DE RESSARCIR. CONTROLE RESPONSIVO DAS CORTES DE CONTAS. PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E PRECAUÇÃO.

***Raquel Melo Urbano de Carvalho***
*Professora de Direito Administrativo em Pós-Graduações e cursos preparatórios (Juspodium, A Carvalho, LFG) e de órgão públicos (STJ, Ministério da Justiça, TST). Mestre em Direito pela UFMG. Procuradora do Estado de Minas Gerais..*

O Advogado-Geral Adjunto do Estado, Dr. Roney Luiz Torres Alves da Silva, proferiu no Parecer abaixo o seguinte Despacho:
"Aprovo. Em 02/06/2011"

**Procedência:** Procuradoria de Obrigações da Advocacia Geral do Estado
**Interessado:** Estado de Minas Gerais
**Número**: 15.090
**Data:** 03 – junho – 2011
**Ementa:**

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. FUNÇÃO ADMINISTRATIVA DE CONTROLE. PRAZO MÁXIMO PARA EXERCÍCIO. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS. EXERCÍCIO

EXTEMPORÂNEO EVIDENTE. INADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DO DEVER DE RESSARCIR. CONTROLE RESPONSIVO DAS CORTES DE CONTAS. PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E PRECAUÇÃO.

## Relatório

Trata-se de expediente encaminhado pela Procuradora Chefe da Procuradoria de Obrigações ao Advogado Geral Adjunto do Estado de Minas Gerais, a propósito do prazo prescricional para o Tribunal de Contas condenar ente público a devolver recursos recebidos em razão de convênio.

Denota-se da promoção aviada pelo Procurador do Estado Diógenes Baleeiro Neto ter sido ajuizada ação cautelar no STF em face da decisão exarada pelo TCU no processo TC 004953/1992-4, com obtenção de liminar na Corte Suprema, já tendo sido providenciada a ação principal. Esclareceu-se que foi invocada "a prescrição da pretensão da União e do INCRA, haja vista que o Estado somente veio a ser citado no processo administrativo mais de dez anos após o fim do prazo para prestação de contas previsto nos termos aditivos do convênio", sendo aplicável o prazo do Decreto nº 20.910/32, em cumprimento ao princípio da isonomia. Reforçando a fundamentação aduzida, "Foram colacionados precedentes jurisprudenciais do STF que tratavam especificamente dos efeitos da prescrição sobre os processos de contas que tenham por objeto o exame dos atos concessivos de benefícios previdenciários".

Em face da escassez de manifestação doutrinária e jurisprudencial específica sobre a matéria, o expediente foi regularmente distribuído e submetido a exame, a fim de que sejam balizadas futuras manifestações do Estado.

É o breve relatório, passo a opinar.

## Parecer

### *1. O Tribunal de Contas e o exercício da função administrativa de controle*

O Tribunal de Contas é um dos órgãos encarregados de exercer a atividade de controle como mecanismo capaz de promover a licitude dos comportamentos públicos. A atuação das Cortes de Contas afigura-se como meio próprio à busca da economicidade, da eficiência na gestão administrativa e da regularidade nos comportamentos estatais, "ensejando novos paradigmas de titularidade como *interesses difusos* ou interesses da própria *coletividade*". (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência. 1.ed., 2 tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 36-37)

Para tanto, a Constituição da República estabeleceu como competência do Tribunal de Contas a emissão de parecer prévio sobre as contas prestadas anualmente pelo Chefe do Executivo; o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos da Administração direta e indireta e, ainda, de que resulte prejuízo ao erário; aplicação das sanções previstas em lei aos responsáveis das ilegalidades; fixação de prazo para o órgão ou entidade adotar providências necessárias ao exato cumprimento do ordenamento, sustando a execução do ato, se não atendido. Nesse sentido já ensinava Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 685) e analisa, com especificidade, Edmir Netto de Araújo (ARAÚJO, Edmir Netto. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1140-1141).

A inserção do Tribunal de Contas no sistema constitucional de distribuição de competências deu-se com o reconhecimento de que se trata de órgão público especializado e auxiliar do Legislativo no exercício do controle externo das finanças públicas. Dentre as competências constitucionais, destaca-se a sua tarefa de aferir a juridicidade administrativa no uso e guarda do patrimônio público, assegurando correta execução orçamentária e excluindo comportamentos prejudiciais ao erário. Não se trata de controle meramente formal do cumprimento de procedimentos e formalidades especiais, mas de fiscalização capaz de aferir a adequação no uso dos recursos e bens públicos. O *status* conferido pela Constituição de 1988 ao Tribunal de Contas, com independência administrativa e financeira, bem como prerrogativas e vantagens reconhecidas aos seus membros, é proporcional à seriedade do *munus* que lhe foi imposto.

Assevera Luciano Ferraz que o Tribunal de Contas

> "comparece como um complexo orgânico (despersonalizado) aplicado ao exercício de função constitucionalmente assentada, própria, de natureza administrativa, consoante nosso entendimento. Obviamente, é-lhe atribuído o exercício de função estatal, na qualidade de órgão integrante da estrutura do Estado.
> Entretanto, por força de suas peculiaridades institucionais, consagradas pela própria Constituição, o Tribunal de Contas não se subordina a qualquer órgão superior." (FERRAZ, Luciano de Araújo. Controle da administração pública: elementos para a compreensão dos Tribunais de Contas. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 139-140)

Não sendo considerado um poder, certo é que "Estruturalmente (do ponto de vista orgânico), o Tribunal de Contas integra o Poder Legislativo", lhe sendo assegurada ampla autonomia e exercício de competências exclusivas, donde resulta a sua caracterização como "órgão de relevância constitucional" (FERRAZ, Luciano de Araújo. Controle da administração pública: elementos para a compreensão dos Tribunais de Contas, op. cit., p. 141-142; 209) Também Eduardo Lobo Botelho Gualazzi, valendo-se do ensinamento de Hely Lopes no sentido de que "não exercendo funções legislativas, nem judiciais, o Tribunal de Contas só pode ser classificado como órgão administrativo independente, de cooperação com o Poder Legislativo na fiscalização financeira e orçamentária, consoante suas atribuições constitucionais", conclui:

> "Assim, pode-se definir o *Tribunal de Contas, no Brasil*, como o órgão administrativo parajudicial, funcionalmente autônomo, cuja função consiste em exercer, de ofício, o controle externo, fático e jurídico, sobre a execução financeiro-orçamentária, em face dos três Poderes do Estado, sem a definitividade jurisdicional." (GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. Regime Jurídico dos Tribunais de Contas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 185; 187)

No contexto delineado, é importante frisar que o Tribunal de Contas exerce a função administrativa de controle. Nessa tarefa, como todo órgão que exerce competência administrativa, material ou fiscalizatória, submete-se a prazos máximos nos quais deve cumprir

suas atribuições. Afinal, o Tribunal de Contas é um órgão que, malgrado independente administrativa e financeiramente, integra a pessoa federativa (União ou Estado-membro) e se sujeita a lapso temporal em que, de modo razoável, lhe incumbe realizar as atribuições previstas no ordenamento. A importância de observar um período máximo para o exercício do controle reafirma-se principalmente quando se trata de fiscalização posterior incidente sobre atos que implicaram consequências em esferas subjetivas de cidadãos diversos.

A propósito da natureza da atividade administrativa, a doutrina clássica pontuava que: a) administrar é aplicar a lei de ofício; b) os atos administrativos realizam o direito pela individualização das regras gerais e abstratas constitutivas do direito positivo; c) a Administração satisfaz necessidades palpáveis materializadas nos serviços públicos. (FAGUNDES, Miguel Seabra. O contrôle dos atos administrativos pelo poder judiciário. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 17, 21 e 23) Embora seja certo que o Tribunal de Contas não aplica lei de ofício para satisfação das necessidades coletivas mediante prestação de serviços públicos, não há dúvida que fiscaliza a adequada execução dos deveres públicos pelos órgãos dos Poderes do Estado e de todos aqueles que estão sob sua jurisdição. Referida tarefa consubstancia atividade administrativa, na perspectiva ampla que atualmente se lhe é dada. Confira-se a lição de Luciano Ferraz:

> "Administrar é exercer atividade destinada a fins diretos e específicos, orientados por uma decisão de poder. A atividade de administração pública tem como endereço único a satisfação dos interesses coletivos, consubstanciados nos programas de governo traçados pelos órgãos legislativos. Em substância, administrar é: prever (traçar programa de ação), organizar (constituir o organismo), comandar (dirigir, direcionar o pessoal), coordenar (harmonizar atos e esforços) e controlar (velar para que tudo ocorra de acordo com as regras estabelecidas e as ordens dadas.
> (...)
> Todas as atribuições do Tribunal de Contas têm natureza administrativa. Coerente com a conclusão de que o ato final do exercício da função administrativa é ato administrativo, pode-se verificar essa assertiva.
> (...) A fiscalização de convênios e congêneres tem como ato final a decisão (ato administrativo) sobre a

> regularidade do instrumento e da destinação do recurso." (FERRAZ, Luciano. Controle da administração pública: elementos para a compreensão dos Tribunais de Contas. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 207-208; 210)

Na mesma linha de raciocínio, Marcia Pelegrini considera que as decisões dos Tribunais de Contas, inclusive as decorrentes do artigo 71, II da CF, "têm natureza meramente administrativa, podendo ser revista pelo Poder Judiciário, por força do princípio da unidade de jurisdição adotada pelo sistema constitucional brasileiro. (...) Cumpre destacar que a natureza de seus atos não se confunde com sua função. Em nosso entendimento seus atos são de natureza administrativa pelas razões que já consignamos adrede, mas sua função é a de controle". (PELEGRINI, Marcia. A prescrição da pretensão ressarcitória do Estado – Exegese do artigo 37, parágrafo 5º da Constituição Federal e aplicabilidade no exercício da função controladora exercida pelos Tribunais de Contas. Fórum Administrativo – Direito Público. Belo Horizonte: Fórum, a.10, n.112, p.14-15, jun./2010)

Destarte, embora se reconheça ser tormentosa a fixação da natureza jurídica dos Tribunais de Contas, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, reconhece-se natureza administrativa à atividade de controle por ele exercida. Observe-se que, nesse sentido, ao decidir o REsp nº 1.032.732-CE, o STJ, seguindo entendimento do STF reconheceu que a atividade fiscalizadora do Tribunal de Contas e os seus atos decisórios têm natureza técnico-administrativa, excluído o caráter jurisdicional (REsp nº 1.032.732-CE, rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma do STJ, DJe de 03.12.2009). De fato, o direito brasileiro não adotou como paradigma do controle o contencioso administrativo com origem na França, não se reconhecendo às decisões dos Tribunais de Contas o atributo da coisa julgada.

Sendo atividade administrativa de controle, as competências do Tribunal de Contas devem ser exercidas dentro de um prazo máximo, visto que a decadência e a prescrição são a regra no ramo do direito público, em razão do postulado da paz social e da segurança jurídica; trata-se de institutos pétreos com assento constitucional que não podem ser excluídos em face dos órgãos de controle externo.

Vem ganhando força na sociedade e na própria estrutura do Poder Público o inconformismo com a inércia relativa ao exercício das competências estatais, sejam elas executórias ou de controle. Não há

dúvida que a doutrina colaborou significativamente para construir os fundamentos com base em que se impõe o célere dever de agir dos órgãos dos diversos Poderes. Tornou-se evidente que, por vezes, a omissão e o atraso no cumprimento do dever, inclusive na obrigação relativa à função de controle, podem trazer conseqüências tão ou mais desastrosas que eventual atuação irregular. Neste contexto, o que se impõe é uma atuação tempestiva e legítima, por meio dos órgãos encarregados da função de controle, sob pena de inobservância de postulados constitucionais basilares.

## *2. O tempo como limite ao exercício da função de controle à luz dos princípios da segurança jurídica e da duração razoável do processo*

É preciso admitir, preliminarmente, que a segurança é uma necessidade cada vez mais acentuada, mormente diante de tantas e céleres mudanças como as enfrentadas pela sociedade do século XXI. Conforme ensina Juarez Freitas, "Por mais incertas que sejam as circunstâncias da vida, esta somente se torna racionalmente experimentável se houver um horizonte de previsibilidade estatal, em que a entropia ceda lugar à organização, ao método, à fundamentação (...) É que, sem estabilidade, a justiça não se afirma, carecendo do alicerce da ação estatal, que há de ser inspiradora dos laços de coesão, permanência e de respeitabilidade mútua." (FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 76)

A demanda por estabilidade impõe, de modo crescente, também sobre os órgãos de controle o dever de ação tempestiva. Segundo Rafael Valim, "a plenitude do princípio da segurança jurídica no direito administrativo se alcança através de mecanismos que assegurem a certeza na atribuição e no exercício das competências administrativas e a estabilidade das situações e relações jurídico-administrativas." (VALIM, Rafael. O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 68) Com efeito, é posição doutrinária assente que "A segurança jurídica está relacionada a questões de ordem objetiva, como garantia de estabilidade e firmeza de orientações", pelo que se trata de um principal geral que "deve estar presente em todos os atos do Poder Público, sejam de natureza jurisdicional, legislativa ou administrativa." (SILVA, Clarissa Sampaio. Limites à invalidação dos atos administrativos. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 86)

Frise-se que a Emenda Constitucional nº 45/04 deixou expresso no artigo 5º, LXXVIII da Constituição da República o direito à duração razoável do processo administrativo ou judicial ("a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação"). Assim sendo, a celeridade e a adoção de medidas tempestivas e adequadas ao processo administrativo de controle são imperativos próprios do Estado Democrático de Direito.

A passagem do tempo não é elemento que o ordenamento jurídico despreza, sendo o excesso na duração de um procedimento administrativo fato capaz de gerar ou de extinguir direitos ou obrigações. Como ensina Paulo Otero, o tempo desempenha em Direto Administrativo "um papel de facto gerador do 'esquecimento' de situações jurídicas contrárias ou conformes à legalidade jurídico-positiva, modificando e invertendo o seu sentido ou os seus efeitos", ao que acresce:

> "Verifica-se que o decurso do tempo (i) permite a consolidação jurídica de situações de facto criadas à margem do Direito e cuja duração se arrasta no tempo ou, em termos semelhantes, (ii) pode determinar a extinção de posições jurídicas tituladas e válidas pelo seu simples não exercício durante certo tempo. Em ambas as hipóteses, a ordem jurídica como que 'esquece', respectivamente, a invalidade subjacente à situação de facto ou a validade da situação jurídica agora extinta, passando a reconhecer efeitos válidos à primeira hipótese e a negá-los à segunda." (OTERO, Paulo. Legalidade e administração pública. o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2007, reimpressão da ed. 2003, p. 1069)

Nessa perspectiva, admite-se a extinção ou destruição daquilo que a ordem jurídica fixa conforme a legalidade, edificando o que muitas vezes seria desconforme com a juridicidade, como resultado do decurso do tempo:

> "Em qualquer das situações, envolvendo o decurso do tempo a aquisição ou a extinção de posições jurídicas – ou, como é mais natural, ambas as hipóteses, simultaneamente, em relação aos sujeitos envolvidos -, encontra-se subjacente uma especial

> protecção conferida pela ordem jurídica à necessidade social e aos valores da certeza, da segurança, da confiança e da própria justiça nas situações jurídicas, tutelando-se a aparência de uma situação de facto que, apesar de poder ser contrária ao Direito – e sendo-o, muitas vezes -, se entende justificar 'apagar' ou fazer 'esquecer' a legalidade normalmente aplicável ou aquela que decorreria da ausência de ponderação do factor tempo." (OTERO, Paulo. Legalidade e administração pública. o sentido da vinculação administrativa à juridicidade, op. cit., p. 1070)

Destarte, mesmo atos administrativos inválidos estabilizam-se, notadamente quando ampliativos de esferas subjetivas sociais, sendo clara a pertinência de permanecer situação benéfica a interesses hierarquicamente superiores aos residentes na norma invocada.

Não cabe, portanto, que se pretenda a incidência exclusiva da legalidade restrita como único parâmetro da atividade de controle, sendo necessário reconhecer eventuais tensões e antinomias entre normas, inclusive de natureza principiológica, com solução orientada pela adequação ao interesse público. Nas palavras de Juarez Freitas é preciso repensar o Direito Administrativo no objetivo "de realizar um controle verdadeiramente capaz de oferecer vida à combinação e à complementação dos princípios, mais se reforçando a perspectiva de uma Administração voltada para o público consumidor de seus serviços e detentor do Poder, não simples destinatário." (FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais, op. cit., p. 96) Reconhece-se, assim, a possibilidade de tensão conflitual entre princípios como o da segurança jurídica e o da legalidade, devendo-se ponderar em cada situação aquele cuja primazia se impõe à luz das normas e das peculiaridades administrativas em questão. De tal análise complexa, relativa aos pilares de sustentação do Estado de Direito (segurança jurídica e legalidade) é que surgirá a compreensão da juridicidade própria diante da realidade em questão.

Essa tarefa implica reflexão sobre a razoabilidade de, a qualquer momento, uma Corte de Contas desconstituir circunstâncias que nasceram de comportamentos públicos, mesmo se da prática dos atos em questão já decorreram dez, quinze ou vinte anos. Não se ignore a possibilidade dessas situações concretas terem se originado situações ampliativas de direito de membros da sociedade, o que dá nova

perspectiva à recomposição da legalidade violada, à luz da justiça e da equidade. Não se desconheça que "o tempo é fator fundamental nas relações jurídicas. Tem o poder de apaziguar, superar contendas e arrostar nulidades", sendo certo que "a segurança jurídica sobrepõe-se a qualquer outro interesse. Sobre ser fator de segurança é também fator de pacificação." (STOCO, Rui. Revisão dos atos administrativos após o decurso do prazo de cinco anos (a questão da preclusão temporal). Revista dos Tribunais, a. 98, v. 886, p.47, ago/2004)

A questão temporal se coloca, pois, como decorrência da própria segurança jurídica, fazendo-se necessário perquirir se um órgão controlador pode a qualquer tempo, invalidar comportamentos públicos, de modo a suprimir efeitos e produzir um estado inexistente na realidade administrativa até então, determinando ressarcimento subseqüente, sem evidência clara de prejuízo. Para enfrentar tal questionamento, é mister considerar que a atividade controladora, nas suas diversas modalidades, deve ser, antes de mais nada, principiologicamente orientada,

> "pois qualquer disposição apenas pode alcançar o seu plexo e culminante esclarecimento em confronto com os princípios máximos alojados na Lei Maior. Assim, toda a legislação derivada, especialmente a infraconstitucional e os atos infra-legais, deve ser lida sob o prisma dos princípios fundamentais da Constituição, almejando-se plena conformidade ou adequação valorativa da norma com os princípios, nunca o contrário, se se quiser a efetividade da dimensão publicista do processo interpretativo." (FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais, op. cit., p. 95)

Ao tratar especificamente da função de controle, a doutrina frisa ser inviável que essa atividade possa exceder a limites protetivos do cidadão, entre eles o da segurança jurídica (MOURÃO, Licurgo. Prescrição e decadência: emanações do princípio da segurança jurídica nos processos sob a jurisdição dos Tribunais de Contas. Fórum Administrativo – Direito Público. Belo Horizonte: Fórum, a.9, n.102, p. 09, ago.2009) No mesmo diapasão, a professora Marcia Pelegrini assevera:

> "Os indivíduos não devem permanecer por períodos de tempo excessivamente longos no aguardo do deslinde de processos administrativos instaurados

> para as mais variadas finalidades, inclusive no âmbito da função de controle exercida pelos Tribunais de Contas. Essa situação, além de permitir que as pendências fiquem em aberto impedindo a consolidação dos direitos, implica invariavelmente em prejuízo ao direito de defesa na medida em que a passagem do tempo dificulta a obtenção e resgate de informações necessárias aos esclarecimentos pertinentes." (PELEGRINI, Marcia. A prescrição da pretensão ressarcitória do Estado, op. cit., p.10).

Há especial interesse de ordem pública no afastamento das incertezas possível em razão da função de controle exercida pelas Cortes de Contas, tendo em vista o potencial de atingimento sobre a existência e eficácia de direitos que interessam à sociedade sob um prisma coletivo e individual. Essa compreensão é que embasa institutos como o da prescrição e da decadência, sendo certo que "atuando a Administração Pública sob a égide de um ordenamento jurídico que não tolera a eternização dos conflitos, absurdo seria supor que ela não esteja sujeita a prazos", donde resulta clara a necessidade de reconhecer o fator tempo como fundamental da vida humana, administrativa e em sociedade. (SILVA, Clarissa Sampaio. Limites à invalidação dos atos administrativos, op. cit., p. 92) Outra não é a posição de Rui Stoco ao analisar que o Decreto Federal nº 20.910/32 fixa prazo prescricional de cinco anos para as ações ajuizadas contra pessoas jurídicas de direito público: "Ora, se o particular em face da Administração ou de qualquer outra pessoa, só pode agir e pleitear dentro de determinado tempo, não há justificativa e significado que também àquela não deva se impor o mesmo critério." (STOCO, Rui. Revisão dos atos administrativos após o decurso do prazo de cinco anos (a questão da preclusão temporal), op. cit., p.45)

Não é razoável supor que há prazo máximo para a Administração rever seus próprios atos e para terceiros irem a juízo invocando ilegalidade administrativa, mas que não há lapso temporal para o exercício de atividade de controle pelos Tribunais de Contas, mormente se se considerar a amplitude que lhe foi outorgada pela Constituição da República. Se o particular e a Administração que praticou determinado ato só podem agir e pleitear algo dentro de determinado período, inclusive na seara judicial, é injustificável não impor o mesmo limite a quem exerce o controle externo das contas públicas, com ampla competência destrutiva e construtiva referente aos comportamentos estatais e interesses de terceiros.

Nessa porfia, Ana Maria Goffi Scartezzini sustenta a impossibilidade de o Tribunal de Contas determinar à Administração Pública a revisão de ato inquinado quando já operada a decadência do direito de revê-lo pela própria Administração, mormente quando do ato de controle pode resultar restrição ou supressão de direitos. (apud PELEGRINI, Marcia. A prescrição da pretensão ressarcitória do Estado, op. cit., p.17)

Se a indeterminação e a perpetuidade da competência da própria Administração rever seus atos “ad eternum” já foi causa de verdadeiro caos para cidadãos, órgãos e servidores públicos, hoje vivemos grave instabilidade jurídica, sofrida inclusive pelo Estado, em razão da pretensão de exercício do controle externo sem quaisquer limitações temporais. É preciso fazer prevalecer a segurança jurídica nas diversas atividades estatais, qualquer que seja sua natureza: administrativa concreta ou administrativa de controle.

Administrador e controlador não podem, de modo traumático, anos depois, frustrar as consequências estáveis resultantes de comportamentos públicos, impondo efeitos orçamentários graves e insuportáveis por entes estatais. A atuação da Administração Pública, inclusive dos agentes fiscalizadores, deve ser sempre marcada por uma pauta previsível, em tempo razoável, não havendo lugar para rompantes, inércias ou surpresas desarrazoadas. Submisso ao princípio da juridicidade, conformador da segurança jurídica, o Estado deve observar prazos razoáveis de atuação, mormente quando determinado comportamento pode resultar em retroatividade destrutiva e construtiva capaz de comprometer interesses de ente federativo e da própria sociedade.

Ao interpretar as decisões do Supremo Tribunal Federal relativamente às significações atribuídas ao princípio da segurança jurídica, Judith Martins-Costa reconhece que a Corte Suprema o traduz como o fenômeno em razão do qual cabe Estado, no contexto social complexo, multiforme, instável e conflitual, promover a garantia dos variados mecanismos de realização dos direitos e das legítimas expectativas geradas. (MARTINS-COSTA, Judith. Almiro do Couto e Silva e a re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos. In Fundamentos do estado de direito. Estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. Org. Humberto Ávila. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 130; 132 e 146)

Quando dois entes federativos firmam convênio e estabelecem prazo para prestação de contas, em razão do princípio da segurança jurídica, o Direito repele que situações decorrentes desse vínculo fiquem eternamente pendentes, o que implica limitação temporal ao exercício da autotutela administrativa e do controle externo pelas Cortes de Contas. Não se pode admitir que, depois de uma década, uma das pessoas federativas seja acionada pelo Tribunal de Contas para que sejam desconstituídas situações e devolvidos recursos, sem prova de prejuízo manifesto na espécie.

Confiram-se, na mesma linha de raciocínio, os esclarecimentos do Auditor e conselheiro substituto do Tribunal de Contas de Minas Gerais Licurgo Mourão:

> "Conforme dito alhures, verificando tratar-se de assuntos sujeitos ao Controle Externo autuados 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." (MOURÃO, Licurgo. Prescrição e decadência: emanações do princípio da segurança jurídica nos processos sob a jurisdição dos Tribunais de Contas. op. cit., p. 13)

Especificamente quanto à atuação das Cortes de Contas, a doutrina reconhece ser comum a existência de processos autuados há muitos anos, aguardando exame de legalidade de convênios, termos aditivos e instrumentos congêneres:

> "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*). (...)
> 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." (MOURÃO, Licurgo. Prescrição e decadência: emanações do princípio da segurança jurídica nos processos sob a jurisdição dos Tribunais de Contas, op. cit., p. 10 e 18)

A adequação de tais ponderações à presente hipótese exsurge clara conforme resulta das especificidades da realidade administrativa em comento.

### *3. Das peculiaridades da realidade pertinente ao convênio CRT/MG/3006/87*

Denota-se da documentação e das peças processuais acostadas ao presente expediente que o Estado de Minas Gerais e o INCRA firmaram o convênio CRT/MG/3006/87, em 13 de maio de 1987, para o desenvolvimento de ações conjuntas e coordenadas para execução do Plano Regional de Reforma Agrária (PRRA) e implementação do Programa Básico de Assentamento de Trabalhadores Rurais. O Estado de Minas Gerais, então administrado pelo ex-governador Newton Cardoso, e devidamente autorizado por termos aditivos, empregou parte das verbas que lhe foram repassadas com base no convênio na melhoria da infraestrutura de comunidades rurais atingidas por situação de calamidade, notadamente no Vale do Jequitinhonha, uma das regiões mais pobres e carentes do país.

Não obstante a aprovação das contas pelo INCRA, instaurou-se Tomada de Contas Especial (TC 004.953/1992-4) e, em 05 de junho de 2002, o Tribunal de Contas da União proferiu o acórdão nº 206/2002 julgando irregulares as contas prestadas pelo Governador, à época, Sr. Newton Cardoso, aplicando-lhe multa no valor de R$ 1.300,00 (um mil e trezentos reais) e determinando a citação do Estado

de Minas Gerais. Opostos embargos declaratórios pelo ex-governador, estes foram acolhidos, para que se considerassem insubsistentes alguns itens do acórdão nº 206/2002, sendo determinada a realização de novo julgamento pelo Tribunal, que, em 08 de dezembro de 2004, proferiu o acórdão nº 2009/2004 em que decidiu:

> - julgar irregulares as contas prestadas pelo Governador, à época, Sr. Newton Cardoso, aplicando-lhe multa no valor de R$ 2.600,00 (dois mil e seiscentos reais);
>
> - condenar o Estado de Minas Gerais ao recolhimento aos cofres do INCRA de valores que lhe foram repassados em razão do convênio – montante que, atualizado pelo TCU até 19 de janeiro deste ano, corresponde a R$ 29.621.806,73 (vinte e nove milhões seiscentos e vinte e um mil oitocentos e seis reais e setenta e três centavos).

Frise-se que o Convênio entre o Estado e o INCRA fora celebrado em 13 de maio de 1987. Posteriormente, foram firmados oito termos aditivos. O Termo Aditivo n. 03/88, em sua Cláusula Quarta, item 4.7., previa o prazo máximo de trinta dias para a prestação de contas dos recursos recebidos. O oitavo termo aditivo, ao seu turno, prorrogava o prazo do convênio até 31 de dezembro de 1990. Assim, embora tenha havido aprovação das contas prestadas, tem-se o dia 30 de janeiro de 1991 como marco inicial do prazo de que dispunha a União para aplicar ao Estado de Minas Gerais sanções decorrentes da incorreta aplicação dos recursos recebidos em razão do aludido Convênio. Ocorre que o demandante somente veio a ser citado, no procedimento de Tomada de Contas, no dia 24 de julho de 2002, precisamente 11 anos, 05 meses e 24 dias após o início do prazo.

Insta reiterar que até 24 de julho de 2002, não houve a prática de qualquer ato que possa ser considerado como um marco interruptivo de tal prazo. A Tomada de Contas Especial nº TC 004.953/1992-4, da sua instauração até a prolação do acórdão proferido pelo TCU em 05 de junho de 2002, considerava como sujeito passivo o Sr. Newton Cardoso, já na condição de ex-governador, bem como o Sr. Benedito Sebastião dos Santos, na qualidade de ex-Coordenador Estadual de Defesa Civil. Até então, nenhuma notificação havia sido dirigida ao Estado de Minas Gerais, que foi surpreendido, onze anos depois, com um mandado de citação, recebido por sua então

Procuradora-Geral, hoje Ministra Carmem Lúcia Antunes Rocha. Ora, é absolutamente despido de razoabilidade exigir, do ente público Estado de Minas Gerais, com mais de uma década de atraso, uma dívida decorrente da gestão dos recursos por um ex-Governador. Isso principalmente em se considerando que ao ente federativo não foi oportunizada a produção das provas aptas a demonstrar a regularidade das contas rejeitadas pelo TCU.

Nos estritos termos em que o Estado de Minas Gerais aduziu perante o Supremo Tribunal Federal, o TCU o condenou pela utilização de recursos que lhe foram repassados pelo INCRA em razão do Convênio nº CRT/MG/3006/87, e posteriores termos aditivos, com finalidade supostamente diversa da prevista. O Tribunal de Contas entendeu que não foram executados quaisquer serviços em áreas de assentamento do INCRA no território mineiro que deveriam ser beneficiadas com as verbas repassadas ao Estado de Minas Gerais. No entanto, o emprego de verbas em finalidades que não eram exatamente as previstas no instrumento original, foi posteriormente autorizado por meio de termos aditivos, com anuência do INCRA e do Ministério da Agricultura.

Previa a cláusula primeira do *Primeiro Termo Aditivo* que "O Estado de Minas Gerais desenvolverá nas áreas de assentamento de famílias beneficiadas pelo PNRA, um programa básico de infra-estrutura com a perfuração de poços artesianos comunitários, construção de cisternas rurais, bem como a distribuição de cestas básicas de alimentos à população carente." O *segundo termo aditivo*, por sua vez, continha a previsão de que "O presente Termo Aditivo tem por finalidade adquirir, através da Coordenadoria Estadual de Defesa Civil de Minas gerais de carros-pipas, cujo objetivo é beneficiar as famílias de assentados nas áreas abrangidas pelo PNRA." O *terceiro termo aditivo* previu, ainda, o seguinte: "Constitui objeto do presente Termo Aditivo a construção e/ou melhoramento de estradas vicinais, em Projetos de Assentamento e/ou Colonização, conforme programação preparada e aprovada pelo MIRAD, através de seus órgãos técnicos." Posteriormente, foram celebrados *oito termos aditivos*, sendo que o *sétimo* continha a seguinte previsão:

> "Este Termo Aditivo tem como objetivo alterar finalidades descritas na CLÁUSULA PRIMEIRA, do 1º Termo Aditivo, possibilitando ao presente executar a construção e/ou melhoramento de estradas vicinais, em projetos de assentamento e/ou colonização, bem

> como a aquisição de 03 (três) Patrulhas Motomecanizadas, a fim de dotá-los de infra-estrutura adequada ao desenvolvimento rural."

O TCU considerou que os termos aditivos continham um desvio de finalidade, que, na realidade, não houve. As verbas foram empregadas naquilo que representa a finalidade maior do ajuste – melhorias na infraestrutura e nas condições sócio-econômicas das comunidades rurais atingidas pela seca. Tem-se, portanto, que não houve o alegado desvio de finalidade – atingiu-se o escopo maior, que é o interesse público, pois a aplicação das verbas guardou coerência com a natureza da aplicação inicialmente prevista.

O próprio Tribunal de Contas da União, já assentou que "Embora tenha havido desvio de objeto na aplicação dos recursos públicos, julga-se as contas regulares, com ressalvas, dando quitação aos responsáveis, se restou constatada a ausência de locupletamento e o efetivo atendimento do interesse da população local" (Acórdão nº 1424/2008, 2ª Câmara do TCU). Não foi em outro sentido o entendimento exarado no Acórdão nº 1.121/2008, da 1ª Câmara da Corte de Contas da União:

> "Julga-se regulares com ressalva as contas quando, nada obstante o descumprimento do plano de trabalho, restar comprovado que os recursos do convênio foram integralmente aplicados no seu objeto e em prol da comunidade." (Acórdão nº 1121/2008, 1ª Câmara do TCU)

Inviável, assim, pretender devolução de parcela empregada em finalidade pública, com base em alegada inobservância de objetivo inicialmente conveniado, se evidente a conformidade com aditivo firmado de modo regular e o atendimento de interesse da comunidade local. A estabilização decorrente do emprego dos recursos impõe-se pelo significativo decurso do tempo e por não ser razoável a invalidação irrefletida de comportamento estatal, com determinação de devolução imediata de montante vultoso, ausente comprovação de desvio de poder na espécie.

## *4. Prazos máximos de atuação dos Tribunais de Contas*

Sobre o lapso temporal máximo para atuação do Tribunal de Contas, tem-se significativa divergência, senão vejamos:

O Tribunal de Contas a União já entendeu pela inaplicabilidade dos prazos prescricionais e decadenciais consagrados na legislação federal à sua atividade de controle. Na Decisão nº 1.020/2000, relatada pelo Ministro Marcos Vinícius Vilaça, o Pleno do TCU consignou a inaplicabilidade de normas dessa natureza, previstas na Lei Federal nº 9.784/99, à atividade de controle externo da Administração, ao fundamento de que a Corte de Contas não estaria exercendo função administrativa em sentido estrito. Referido posicionamento foi reiterado em mais de uma oportunidade excluindo a natureza punitiva da atividade do TCU, com o conseqüente afastamento de prazos decadenciais pertinentes ao exercício do poder de polícia (Acórdãos nº 71/2000, 248/2000 e 61/2003, Pleno do TCU)

Identificam-se, entretanto, manifestações doutrinárias em sentido contrário, atribuindo natureza administrativa à função de controle dos Tribunais de Contas, com entendimento de que é preciso definir prazo máximo para o seu exercício. Aqueles que criticam a ausência prescrição ou decadência quando do controle externo lembram que, se a própria administração não pode invalidar comportamento anterior em razão da estabilização pelo tempo, o mesmo ocorre relativamente ao controle externo como o efetuado pelo Tribunal de Contas, sendo mister observar a segurança jurídica na espécie.

De modo amplo, o doutrinador Romeu Felipe Bacellar Filho pontua que “nem sempre será imprescindível o escoamento do prazo prescricional (ou decadencial) para que se reconheça a estabilização do ato administrativo”, ao que acrescenta:

> “Há casos em que a conjugação dos princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da moralidade administrativa constituirão uma ‘barreira ao dever de invalidar’ o ato viciado. São as hipóteses em que o ato administrativo amplia direitos ou concede benefícios ao cidadão, e nas quais já tiver decorrido um período de tempo capaz de consolidar situações jurídicas.” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé. Revista de Direito Administrativo &

Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, a.10, n.40, p. 300, abr/jun 2010)

De tais ponderações resultam dois possíveis entendimentos opostos: um que defende a ausência de prazos decadenciais e prescricionais sobre a função exercida pelos Tribunais de Contas, legitimando a possibilidade infinita de manifestação do referido órgão controlador; outro que, independente de prazo prescricional ou decadencial específico, vale-se do princípio da segurança jurídica para estabilizar comportamentos públicos, o que serviria de impedimento para a atuação das Cortes de Contas. Entre tais extremos, há posições que buscam estabelecer, de modo objetivo, qual seria o prazo máximo para atuação dos Tribunais de Contas, no controle da juridicidade dos comportamentos públicos.

Ao tentar delimitar esse lapso temporal máximo, uma primeira corrente entende incidir o período de 10 (dez) anos, por força da regra geral consagrada no artigo 205 do Código Civil, incidente quando ausente norma específica de direito público de prescrição ou decadência. A ausência de norma específica que estabeleça tempo para o TCU exercer a atividade controladora implicaria, atualmente, observância do prazo decenal.

Uma segunda corrente defende ser de 05 (cinco) anos tal prazo, identificando-se dois fundamentos diversos para o referido entendimento. Um primeiro argumento sustenta que o princípio da isonomia estende a prescrição quinquenal do artigo 1º do Decreto nº 20.910/32 ao lapso temporal máximo de atividade administrativa de controle que resulte em invalidação destrutiva e construtiva na realidade administrativa. Afinal, se o particular tem cinco anos para se insurgir contra a Administração na defesa dos seus direitos pessoais, por força do artigo 1º do Decreto nº 20.910/32, o órgão de controle não poderia ter prazo maior para atuar e atingir o comportamento público, com eficácia destrutiva e negativa para a Administração e cidadãos.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal já assentou que “O lapso prescricional qüinqüenal estabelecido em favor da Fazenda Pública pelo Decreto nº 20.910/32 decorre de uma opção legislativa e alcança toda e qualquer ação, seja qual for a sua natureza.” (Apelação Cível nº 3407494, Acórdão nº 75650, rel. Des. Getúlio M. Oliveira, TJDF, DOU de 05.04.2005, p. 4.196). Nesse sentido, tem-se julgados do TCU do Pleno (Acórdãos 71/00 e 248/00), da 1ª Câmara (Acórdãos nº 1727/2003, 1905/03, 904/03 e 2.584/03), bem como da 2ª Câmara

(Acórdãos nº 8/97, 11/98 e 05/03). Em igual sentido, Rui Stoco invoca o princípio da simetria, tendo em vista que o prazo outorgado ao particular para acionar a Fazenda Pública no Decreto nº 20.910/32. (STOCO, Rui. Revisão dos atos administrativos após o decurso do prazo de cinco anos (a questão da preclusão temporal), op. cit., p. 46-47)

Um outro fundamento para a segunda corrente que defende prazos quinquenais invoca a generalidade das regras de direito público, determinantes do lapso de cinco anos para o exercício de diversas prerrogativas e direitos. Diversas regras serviriam de justificativa para estabelecer o prazo de cinco anos como máximo para o controle dos Tribunais de Contas, destacando-se: prazo de cinco anos para cobrança de créditos tributários fixado no CTN, prazo prescricional também de cinco anos fixado na Lei nº 8.429 para os casos de improbidade administrativa (artigo 23), prescrição quinquenal estabelecida na Lei de Ação Popular (artigo 21), bem como a decadência em cinco anos para a Administração Federal rever atos ilegais fixada no artigo 54 da Lei nº 9.784/99, dentre outras. O Superior Tribunal de Justiça, ao decidir o REsp nº 406.545-SP, aplicou analogicamente em ação civil pública o prazo quinquenal estabelecido no artigo 21 da Lei nº 4.717/65 (Lei de Ação Popular), porquanto "*ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*" (REsp nº 406.545-SP, rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma do STJ, RSTJ, v.169, p. 214). É Marcia Pelegrini quem extrai de julgados do Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a lei federal de processo administrativo tem aplicação subsidiária em seus procedimentos, não só no que diz respeito às garantias processuais, mas também no aspecto relacionado ao prazo decadencial, destacando o MS nº 26.782-8, rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 22.02.2008 e o MS nº 26.363-6-DF, rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 17.12.2007. (PELEGRINI, Marcia. A prescrição da pretensão ressarcitória do Estado, op. cit., p.18)

Ainda se vislumbra uma terceira posição segundo a qual, em cada realidade, o princípio da proporcionalidade evidenciará o prazo máximo razoável para a atividade de controle. Atentando para as especificidades concretas serão ponderadas as exigências de legalidade estrita e de segurança jurídica, de modo a definir o prazo máximo de atuação tempestiva para os Tribunais de Contas.

Considerando os mencionados posicionamentos, extrai-se o entendimento majoritário de que o fato das leis orgânicas das Cortes de Contas não estabelecerem, de forma expressa, prazo máximo para sua atuação não significa legitimidade do exercício da função de controle "ad infinitum", incidindo necessariamente termo final para a referida

atividade. Denota-se, outrossim, que a maioria da doutrina e inúmeros julgados sustentam o prazo quinquenal de prescrição com fulcro no princípio da isonomia, a partir do lapso temporal de cinco anos previsto no artigo 1º do Decreto Federal nº 20.910/32. Confira-se, a propósito, jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: Agravo Regimental no REsp nº 1.236.866-RS, rel. Min. Hamilton Carvalhido, 1ª Turma do STJ, DJe de 13.04.2011; Agravo Regimental no REsp nº 1.153.654-SP, rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma do STJ, DJe de 09.12.2010)

Na hipótese em comento, observe-se que, em relação ao Estado de Minas Gerais, nenhuma conduta foi tomada entre o início do período em que a fiscalização relativa ao convênio tornou-se possível (30.01.1991) e a citação ocorrida em 24.07.2002. Passados mais de 11 (onze) anos e inexistente qualquer causa interruptiva, tem-se claro que expirou o prazo para atuação da Corte de Contas, ausente hipótese que autorize se falar em ressarcimento no caso.

Seja considerando o prazo de prescrição quinquenal conforme orientação que se consolida majoritária, seja considerando-o decenal ou em cumprimento aos limites do que se afigura proporcional na realidade específica, é certo que, quando da citação do Estado de Minas Gerais em 2002, já havia expirado o lapso temporal máximo dentro do qual seria cabível controle externo pelos órgãos competentes. Qualquer das orientações doutrinárias evidencia, portanto, a intempestividade da atuação do TCU.

Também Licurgo Mourão assevera que, sem embargo da polêmica acerca do prazo prescricional ser decenal (em analogia com as normas de Direito Privado) ou qüinqüenal (em analogia com as demais normas de Direito Público), cabe observar entendimento que aponta 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, consubstanciado na equação custo-benefício – da eficiência e da razoabilidade e, notadamente, o da celeridade, estampado no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República de 1988, acrescentado pela EC nº 45 (...) Nos casos em concreto, há que se verificar se nos processos sob análise operou-se a prescrição suscitada, seja tomando por parâmetro o critério qüinqüenal 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." (MOURÃO, Licurgo. Prescrição e decadência: emanações do princípio da segurança jurídica nos processos sob a jurisdição dos Tribunais de Contas, op. cit., p. 15)

Em caso semelhante ao ora em discussão, a 2ª Câmara do Tribunal de Contas de Minas Gerais assentou nos autos do Processo nº 101.215, relatado pelo então conselheiro Simão Pedro Toledo:

> "O tempo decorrido desde a autuação dos processos nesta Corte até a presente data, sem nenhuma citação ou intimação ao jurisdicionado, dificulta a obtenção de documentação comprobatória por parte do responsável, inviabilizando a comprovação da regular aplicação dos recursos recebidos.
> Em consequência e ao fundamento da segurança jurídica, não seria possível a condenação de qualquer gestor por omissão ou emissão de outro juízo sobre estes atos após mais de uma década da ocorrência dos fatos.
> Diante de todo o exposto e considerando a ausência de análise técnica preliminar ou de citação válida ou a prática de outro ato interruptivo da prescrição e, ainda, a constatação de que os atos de gestão em exame foram praticados há mais de 10 (dez) anos, voto pela aplicação do instituto da prescrição e consequente extinção dos processos, com resolução de mérito, ao fundamento do disposto no§ 7º, artigo 76 da Constituição do Estado de Minas Gerais e no inciso IV, artigo 269 do Código de Processo Civil." (julgamento realizado em 02.09.2008)

Não foi outra a posição da 1ª Câmara do TCEMG que, em sessão realizada em 25.09.2008, deparou-se com controle de execução iniciado 10 (dez) anos depois de firmado o instrumento contratual, com determinação de diligência para complementação de informações prestadas anteriormente:

> "Isso, pergunta-se, é racionável? Evidente que não!
> E mais, convém ressaltar que não estaria garantida a efetividade do controle exercido por esta instituição

> haja vista que tais processos foram enviados e autuados sem observância de critérios e condições que possibilitariam a efetiva análise técnica, seja de forma simultânea ou *a posteriori*, que transparecesse uma fiscalização eficaz.
> Lado outro, a Emenda à Constituição da República de n. 45, inovando a ordem jurídico-processual, assegurou, nas esferas judicial e administrativa, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII).
> Com efeito, pode-se inferir que o decurso de prazo existente entre a celebração dos referidos instrumentos e um possível julgamento por esta Corte de Contas, além de não se conformar com a mencionada garantia constitucional, representa medida inóxia, comprometendo os resultados que se busca alcançar no controle externo da gestão pública, pois, como repisado, não vislumbro razoabilidade na citação das partes interessadas, nem na realização de diligência para a juntada de documentos e/ou razões de justificativas, visando ao exame técnico inicial apenas formal."

Não há dúvida, portanto, quanto à impossibilidade de o TCU, mais de uma década depois, citar o Estado de Minas Gerais para fins de controle externo do convênio CRT/MG/3006/87, exarando condenação sem fundamento nos pressupostos indispensáveis.

Observe-se que o Supremo Tribunal Federal já afastou atos de controle da Corte de Contas que veio atuar somente sete anos depois de praticado ato administrativo ampliativo da esfera de um beneficiado. Com efeito, o STF manteve ato de aposentadoria objeto de controle pelo TCU após sete anos de inércia (MS nº 24.448-8-DF), no bojo do qual se assentou: "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." Não foi em sentido diverso o entendimento exarado no Mandado de Segurança nº 25.552-8. Também o Superior Tribunal de Justiça já assentou que o transcurso de quase vinte anos após a efetivação indevida de servidores públicos "tornou a situação irreversível, convalidando os seus efeitos, em apreço ao postulado da segurança jurídica". (MS nº 25.652-PB)

Se em relação a atos ampliativos de direitos com repercussões estritamente individuais os Tribunais Superiores vem fixando a impossibilidade de atuação extemporânea das Cortes de Contas, com muito mais razão há de se observar tal limite em matéria de comportamentos estatais concretizadores de políticas públicas adotadas em situação de calamidade pública. Trata-se de realidade que atrai a estabilização como um dever, até mesmo em atenção à supremacia do interesse social.

Ao tratar do dever do Estado ser leal e responsável, pondera Rafael Valim:

> "A preocupação com a *estabilidade* emerge com grande intensidade no direito administrativo com a consagração do Estado Social de Direito, no bojo do qual se introduz a idéia de *atos ampliativos*, concedentes de vantagens em favor dos administrados, de cuja singularidade de regime jurídico derivará a criação de novos mecanismos para defesa do administrado, bem como a difusão, no âmbito do direito administrativo, de institutos outrora tipicamente privatísticos, como são o direito adquirido e o ato jurídico perfeito." (VALIM, Rafael. O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro, op. cit., p. 104)

Os efeitos das ações estatais relativas ao convênio CRT/MG/3006/87 deixam evidente a necessidade de estabilização, em atenção à própria supremacia dos interesses da sociedade.

## *5. A prescritibilidade e a ausência do dever de ressarcir pelo cumprimento da finalidade pública na aplicação dos recursos orçamentários*

Ao fiscalizar, é possível a identificação de prejuízo causado ao interesse público, mediante identificação de desvio no emprego das verbas públicas. Contudo, para se falar em ressarcimento, é mister que haja prova do dano causado, com elementos suficientes para vincular a ação de um agente público ao prejuízo imposto ao erário. Indenizar é a obrigação de "tornar indene", vale dizer, "indene de prejuízo". Se não há prova clara de prejuízo ao interesse público, inviável falar-se em dever de ressarcimento. No caso em exame, tem-se atendida a finalidade

pública, porquanto satisfeitas necessidades urgentes, decorrentes de estado de calamidade, na região do Vale do Jequitinhonha. Nenhum vício se identifica no atendimento de bens jurídicos que deveriam de fato ser protegidos e supridos em situação de calamidade pública. Não se está a defender comportamentos ilegais, mas a compreensão da legalidade como atendimento, inclusive, das finalidades públicas, numa perspectiva ampla da noção de juridicidade. Os aditivos firmados ao convênio originário representaram instrumento de consecução das competências públicas, com atendimento de necessidades sociais então existentes. Nesse contexto, impõe-se uma compreensão finalista da conduta administrativa, sedimentando o equilíbrio entre a atividade estatal e o bem comum. Não há que se falar, pois, em ressarcimento. Consequentemente, igualmente inadmissível falar em incidência da parte final do artigo 37, § 5º da Constituição, apenas cabível se há parcela a ser ressarcida, comprovadamente.

No caso em questão, não há falar em locupletamento ilícito, como já se evidenciou no item 3, tendo em vista os fatos evidenciados pelo Estado na ação principal ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal. Não se comprovou desvio, nem o desatendimento a finalidade maior da celebração do convênio. Outrossim, eventual desatendimento dos termos iniciais no que se refere a questões pontuais, sem que se desvie da sua finalidade precípua, devem resultar, tão-somente, na cominação de penalidade pecuniária ao gestor responsável – no caso, o ex-governador Newton Cardoso – e não na condenação do Estado na restituição à União de recursos aplicados em benefício de comunidades carentes. Mesmo se evidente locupletamento ilícito ou desvio de finalidade, as sanções decorrentes dessas condutas ilícitas (sejam elas de natureza punitiva ou indenizatória) devem ser imputadas ao gestor, e não ao ente público.

O art. 71 da Constituição Federal, ao definir a competência do Tribunal de Contas da União, dispõe competir à referida Corte “julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público” (inciso II), bem como “aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário” (inciso VIII). Ora, quando a Lei Maior se refere a *julgar*, inclui, como sujeitos a tal julgamento, apenas os gestores dos

valores públicos. Não compete ao TCU julgar as pessoas jurídicas de direito público em nome das quais os gestores praticaram as supostas irregularidades (que, “in casu”, sequer ocorreram, conforme já se elucidou). O mesmo vale para o inciso VIII, que contempla a aplicação de penalidades pecuniárias e outras sanções aos agentes públicos responsáveis, jamais aos entes públicos.

Notificar o Estado de Minas Gerais onze anos depois do início do prazo para controle externo e condená-lo por suposto erro de gestão cometido há mais de vinte anos por um ex-Governador equivale a punir a coletividade – em grande parte composta hoje por pessoas que ainda não gozavam de plenos direitos políticos ou sequer eram nascidas à época - por um fato imputável apenas ao antigo gestor, o que se revelaria absurdo e contrário aos mais comezinhos princípios de direito público.

Prevalece, destarte, o emprego público dado às verbas do convênio em razão do estado de necessidade experimentado pelo nordeste de Minas Gerais à época, em desfavor da investigação formalística, contrária à ampla defesa e à razoabilidade, aduzida pela Corte de Contas. Neste caso, a estabilização e a exclusão do dever de indenizar afiguram-se não somente cabíveis, mas condição necessária à preservação da juridicidade, tendo em vista as exigências de proporcionalidade, segurança jurídica e instrumentalidade administrativa.

Ademais, ressalvado entendimento pessoal em sentido contrário, reconhece-se ser cada vez mais significativo o número de julgados e de doutrinadores que sustentam a prescritibilidade das ações de ressarcimento civil. Conforme aduziu Celso Antônio Bandeira de Mello na 26ª edição da sua obra, publicada no ano de 2010, o entendimento da imprescritibilidade das ações de ressarcimento deixa óbvio o desacerto da solução normativa. “Com efeito, em tal caso, os herdeiros de quem estivesse incurso na hipótese poderiam ser acionados pelo Estado mesmo decorridas algumas gerações, o que geraria a mais radical insegurança jurídica.” Estaria consagrada a minimização ou eliminação prática do direito de defesa, pois ninguém guarda documentação por prazo além do razoável. Entendendo que a Constituição não pode abonar resultados contrários ao direito de defesa, frisa a imprescritibilidade do artigo 5º, LII e LXIV em matéria penal, situações em que não se eternizam, pois não ultrapassam uma vida. O sentido que teria o artigo 37, § 5º seria o de separar os prazos de prescrição do ilícito propriamente, isto é penal ou administrativo, dos

prazos de ações de responsabilidade, que não terão porque obrigatoriamente coincidir. “Assim, a ressalva para as ações de ressarcimento significa que terão prazos autônomos em relação aos que a lei estabelecer para as responsabilidades administrativa e penal.” Conclui o professor Celso Antônio, portanto, serem os prazos prescricionais nas ações de ressarcimento de cinco anos, quando não houver má-fé e dez anos, no caso de má-fé, contados a partir do término do mandato do governante em cujo período foi praticado o ato danoso. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 1.048; 1.064-1.065)

O argumento basilar, suficiente para o combate da regra da imprescritibilidade seria, entretanto, a incidência do princípio da ampla defesa, uma vez que podem ser cobradas explicações em face dos seus atos como agente público após significativo lapso temporal:

> “Se passagem do tempo muitas vezes torna impossível ao cidadão provar seus direitos perante o Poder Público, quando mais se defender de acusações (considerando, inclusive, o princípio da presunção de inocência). Deve-se ponderar, ainda, que a imposição da prescritibilidade mesmo nos casos de ressarcimento não favorece a impunidade. A Administração tem o dever de cobrar, mas tem um tempo pra isso. E este tempo é, inclusive, um marco para que os responsáveis pela apuração da responsabilidade e ingresso com as ações de ressarcimento efetivamente cumpram com a sua obrigação, sob pena de eles estarem cometendo uma falta. Se não têm prazo, tais responsáveis jamais estarão em mora. Disso resulta a necessidade de extração de interpretações equilibradas do sistema jurídico a partir de alocação de um senso de razoabilidade na leitura dos dispositivos constitucionais e no próprio conceito de interesse público incidente. Conceito este que precisa compreender uma interpretação extensiva da ampla defesa, a partir de suas condições concretas de realização probatória. Afinal, os sujeitos, seus filhos, seus netos, não podem ficar eternamente a mercê de investidas administrativas. Ou seja, a ampla defesa é incompatível com a eternidade. E isso não é só uma questão de segurança jurídica ou de garantia de

> direitos ou interesses particulares. É uma questão de justiça inerente ao interesse público primário. A adoção da tese da prescritibilidade das ações de ressarcimento é um caso bastante ilustrativo, portanto, para exemplificar como a defesa do princípio da supremacia do interesse público não promove qualquer desconsideração da esfera de direitos fundamentais. (GABARDO, Emerson. Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 312-314)

Também Marcia Pelegrini defende que a interpretação razoável do artigo 37, § 5º da CF é a de que o constituinte não pretendeu tornar imprescritíveis as ações de ressarcimento, estando a imprescritibilidade restrita a duas hipóteses: crime de racismo (artigo 5º , XLII) de ação de grupos armados, civis ou militares (artigo 5º, XLIV). "Todas as demais situações que não encontram previsão expressa, devem seguir os princípios constitucionais, vetores de sua interpretação." A citada professora afirma, especificamente em relação à Corte de Contas:

> "Por isso, independentemente da existência de dano ao erário a ser ressarcido, pela lógica de tudo que foi consignado acerca do conteúdo da segurança jurídica e da inviabilidade de os indivíduos permanecerem perpetuamente sujeitos à revisão de atos praticados, cujos efeitos já se estabilizaram no tempo, a Corte de Contas no exercício da função controladora também estará sujeita a prazos para revisão dos atos submetidos à sua fiscalização, bem como para a determinação de ressarcimento nas situações de dano causado ao erário." (PELEGRINI, Marcia. A prescrição da pretensão ressarcitória do Estado, op. cit., p.12 e 17)

Afasta-se, não só em razão de tais ponderações, mas precipuamente pela ausência de prejuízo, qualquer arguição de imprescritibilidade neste caso.

## *6. A exigência de responsividade em relação à função de controle exercida pelos Tribunais de Contas*

A realidade contemporânea não mais se coaduna com controles cujos resultados terminem inócuos ou teratológicos, esperando a sociedade brasileira que fiscalizações efetivas tornem-se atuação exemplar e instrumental da proteção do interesse público. Outrossim, não se entende cabível autorizar uma potencial constrição patrimonial sobre ente federativo "ad eternum", em razão da função de controle exercida pelas Cortes de Contas, mormente em se considerando a necessidade de eficiência e de segurança jurídica no Estado contemporâneo. A atuação do TCU não pode impor à Administração de quaisquer dos níveis federativos uma expectativa de punição ou de determinação de ressarcimento sem um mínimo de limite temporal, sendo incabível a perpetuação indefinida de tais atribuições no tempo. Referido quadro agrava-se quando ausente prova da condição indispensável ao dever de ressarcimento, sendo claro o caráter teratológico de se determinar a um ente federativo devolver milhões de reais mais de vinte anos depois de terem sido empregadas verbas públicas em situação de calamidade pública vivenciada por região do Estado.

No direito comparado, é comum a advertência de que

> "Qualquer organização, pública ou privada, deve estar permanentemente atenta ao mundo que a rodeia. Este postulado merece especial e redobrada atenção quando se trata de um órgão como o Tribunal de Contas que é um verdadeiro *observatório* da administração pública, como já assinalámos.
> Na verdade, se isto não acontecer, as organizações acabam por se transformar em instituições 'mortas', vivendo para si próprias, com todos os reflexos negativos para a utilidade da sua actividade." (TAVARES, José F.F. O Tribunal de Contas. Do Visto, em especial – Conceito, natureza e enquadramento na actividade de Administração. Coimbra: Almedina, 1998, p. 54)

Não se vislumbra qualquer conexão com o que a sociedade espera de uma Corte de Contas determinar que um Estado-Membro devolva à União recursos vultosos empregados há mais de duas décadas em situação de calamidade pública, com fulcro em aditivos firmados a instrumento convenial. Cabe lembrar, aqui, o ensinamento de Floriano de Azevedo Marques Neto, segundo quem

> "O controle não é um fim em si mesmo. Ele é um instrumento para o aperfeiçoamento da administração e para a busca da eficiência e efetividade. A presunção de que o controle valha por si só, como se a mera existência de estruturas de controle seja suficiente para a Boa Administração trai uma visão formalista de controle. (...) Qualquer controle que, sob o pálio de coibir o desvio ou o desperdício impede a consecução de uma ação administrativa acaba por produzir um efeito contrário àquele que justifica a existência do controle. Para impedir que a Administração gaste mais do que o devido numa obra ou numa compra, não se deve predicar que ela seja impedida de executar a obra ou adquirir o insumo. O entrave da Administração pelo controle acaba por causar malefício comparável àquele gerado pelas condutas ímprobas. Uma Administração pia, proba e impródiga não é necessariamente uma Boa Administração. Será se conciliar lisura e economicidade com eficiência e efetividade. Do mesmo modo, um sistema de controle que só pune, invalida e impede não será um controle conforme os cânones do Estado Democrático de Direito." (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública, In: MODESTO, Paulo (Coord.). Nova Organização Administrativa Brasileira. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 207)

Cumpre observar as transcritas advertências principalmente quando os órgãos de controle externo deparam-se com novas realidades como informatização, privatizações, reforma da estrutura do Estado e novos custos ambientais. Todas essas searas exigem controle eficaz e imediato, sendo incongruente esforço controlador em face de realidades antigas em que se cumpriu o interesse público em sentido amplo. Os Tribunais de Contas devem também atentar para o fato de que a Constituição de 1988 promoveu uma significativa descentralização de competências sem a descentralização dos recursos, o que impõe desafios significativos aos Estados e Municípios, com chances reduzidas de eficiência quando se deparam com decisões que ordenam devolução de milhões adequada e previamente empregados no atendimento de necessidades locais, conforme pactuado entre convenentes em aditivos regularmente firmados. Esses aspectos

influenciam, como um todo, o modo de exercício da competência pelos Tribunais de Contas, exigindo tomada de medidas correspondentes e proporcionais com os reflexos para o futuro.

O controle da Administração não pode se prestar exclusivamente para evitar desvio formal no emprego de bens ou recursos públicos. O controle deve envolver a verificação de que o poder atribuído ao Estado foi manejado eficientemente para cumprir finalidades justificadas e legítimas à atribuição do agente público. O controle dos meios não pode predominar de modo absoluto ignorando o controle dos objetivos que se volta para a permanência e estabilidade na consecução das políticas públicas. Estas, como programas de ação, são instrumentos de finalidades públicas. Um bom sistema de controle deve aferir os resultados das políticas públicas e das ações administrativas, verificando o quanto elas estão a reverter para a sociedade. Esse é o ensinamento de Floriano Azevedo Marques Neto:

> "Neste sentido é que se diz que o controle deve ser responsivo ou que deve ter um viés pragmático ou consequencialista. Em uma palavra, qualquer órgão ou agente incumbido do controle (Tribunal, órgão administrativo ou Corte de Contas) deve sempre perquirir e avaliar as conseqüências da medida de controle antes de adotá-la. Não para tornar o controle mais lasso, mas para modular as medidas corretivas ou acautelatórias no sentido de que elas tenham o menor impacto para o interesse público mais denso envolvido no caso." (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública, op. cit., p. 206-207)

Determinar que um ente federativo, mais de duas décadas depois de executado um convênio, devolva à União e a uma autarquia federal, trinta milhões de reais devidamente empregados conforme aditivos conveniais, significa simplesmente manejar competência de controle para objetivos formalísticos e punitivos desarrazoados. Controles dessa natureza têm como consequência concorrer para o risco ao próprio equilíbrio federativo e patrimonial do Estado-membro. Quem sofrerá as conseqüências do agir do órgão de controle externo será a população mineira, que terá obstado o uso de recursos orçamentários estaduais em seu favor, com impacto grave nas contas públicas e, consequentemente, na execução das competências administrativas. Com a devida vênia, não se vislumbra uma prática

responsiva, nem um elemento eficiente para a gestão pública. Ao contrário, entende-se que o controle externo não considerou os impactos da medida tomada e, para usar expressão empregada pelo professor Floriano Azevedo, caracteriza-se como "típico exemplo de controle autorreferenciado e incompatível com as finalidades públicas da atividade." (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública, op. cit., p. 208)

O citado doutrinador observa que o controle pelo controle pode levar ao déficit de responsividade. Isso não se admite uma vez que tal atividade administrativa também deve se submeter ao cânone da economicidade e eficiência. Mais que buscar regras e controles em excesso, o desafio é perseguir um sistema de controle que seja eficiente, preocupado com a defesa eficaz do patrimônio público e com o cumprimento das finalidades da atuação administrativa em favor da sociedade. Não se pode tolerar um controle que se exerce como um fim em sim mesmo e é preciso atentar para a responsabilidade política que as instituições de controle devem observar, com exclusão do chamado déficit de responsividade:

> "O controle hoje se volta mais ao processo e à verificação formal do cumprimento de prescrições legais em detrimento da análise do impacto das medidas adotadas, da efetividade dos resultados. A receptividade ou a frustração das expectativas dos atores sociais em relação à ação administrativa assume importância menor. A defesa da moralidade e do patrimônio público (inegavelmente valores da maior relevância) passa a ser objetivo bastante e suficiente. Evitar o descalabro torna-se a única meta a alcançar, ainda que isso leve à total inoperância da Administração." (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública, op. cit., p. 209-211; 229)

Implantar um controle vinculado primordialmente ao atendimento das necessidades sociais é instrumento capaz de evitar um risco que atualmente o Estado brasileiro enfrenta, a saber, a captura das políticas públicas pelo controlador:

> "A partir do momento em que se passa a exercer o controle pelo controle, sem preocupação com propósitos e finalidades, bem como com resultados, o

> controlador acaba por se apropriar da pauta das políticas públicas que se intenciona implementar. Isso acaba por tornar tais políticas vulneráveis a serem capturadas por outros interesses que não aqueles sinalizados no âmbito governamental (envolvendo Executivo e Legislativo), espaço em que devem ser estabelecidas, conjugando-se os objetivos e princípios das políticas de Estado – previstas em lei ou na Constituição – com as metas e orientações de políticas governamentais." (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública, op. cit., p. 230)

O referido sistema ainda traz implícito o deslocamento de discricionariedade para os órgãos de controle, o que, "venia permissa", entende-se inadmissível. O mérito na execução de políticas públicas, quando encontra suporte em instrumento de acordo preliminar, como é o caso de aditivos de convênio, não podem ser objeto de revisão pelos Tribunais de Contas, sob pena de a discricionariedade na gestão pública ser transferida ao órgão de controle. Se não há prova de que o comportamento público extrapolou a legalidade e se demonstra o atendimento de necessidades públicas primárias, tem-se inviável manifestação contrária pelo controlador, mormente quando esse pretende suprimir realidade anterior já estabilizada há mais de uma década. Implementada a finalidade convenial, conforme com demandas sociais, afigura-se inconsistente e questionável pretender qualquer ato de controle negativo posteriormente.

Também a doutrina assevera que imputar ao controlador a prerrogativa de fazer opções sobre qual seja a melhor ação administrativa ou a política pública mais adequada apresenta dois graves problemas; de um lado, o déficit democrático, pois tal decisão deve caber a quem é democraticamente legitimado para isso, e não a quem é funcionalmente responsável por verificar a conformidade de tal opção; o segundo problema é ainda pior, pois, assumindo o papel de dizer a melhor opção dentre aquelas facultadas pela margem da discricionariedade, o controlador se desqualifica para controlar tal decisão e sua implementação. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública, op. cit., p. 230)

Na verdade, o controle que se exige em pleno século XXI nos coloca diante do desafio de fazer predominar a verificação de

resultados, ao que se acresce o dever, para os órgãos ou entes de controle, de verificação da existência de alternativas compatíveis com as finalidades de interesse público dos atos ou procedimentos que sejam por eles impugnados. Verificar o resultado é, a um só tempo: (i) ampliar o escopo de atuação dos órgãos de controle que devem trabalhar também com a análise de custo-benefício da ação administrativa (eficiência e efetividade) e II) dotar a atividade de controle de alguma responsividade, obrigando a que cada medida adotada no controle seja precedida de uma avaliação de impacto, no qual sejam perquiridos os efeitos e conseqüência da sua adoção. “Ter compromisso com os resultados (e não pressupor aceitável qualquer ato irregular porque efetivo) é na verdade tirar o controle do autismo institucional e, por conseguinte, fortalecê-lo.” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública, op. cit., p. 231 e 233)

A necessidade de se ter um controle minimamente comprometido com os resultados da sua ação, inserido num sistema amplo de tornar eficiente os comportamentos públicos em favor da sociedade, exclui o que a doutrina qualifica como um “agir autista” e é uma obrigação da qual todos os operadores do direito não podem se afastar.

Em situações como a ora em exame, é imperioso que o órgão controlador observe a necessidade de agir com precaução, evitando a ocorrência de danos que podem ser maiores do que os riscos e ônus então presentes. Segundo Juarez Freitas, o princípio da prevenção impõe um dever ao administrador de evitar danos que, com um mínimo de prudência, podem ser afastados. Referida cautela vale, também, para a atividade hermenêutica realizada pelos órgãos públicos a quem cabe antecipar e evitar riscos desnecessários:

> “Já o princípio constitucional da precaução, igualmente dotado de eficácia direta e imediata, estabelece (não apenas no campo ambiental, mas nas relações de administração em geral) a obrigação de adotar medidas antecipatórias e proporcionais mesmo nos casos de incerteza quanto à produção de danos fundadamente temidos (juízo forte de verossimilhança).” (FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 101)

Com efeito, a precaução requer com o uso de medidas adequadas, em especial limitações a determinado nível, com exclusão, na medida do possível, das repercussões negativas que são evitáveis. Conforme lição de Eberhard Schmidt-Assmann, em virtude do princípio da precaução, cabe exigir a minimização dos riscos incluindo-se aqueles casos em que as relações de causalidade não são suficientemente conhecidas ou demonstráveis por meios estatísticos ou empíricos. Cabe a possibilidade de uso dos meios de intervenção do Direito Público, de forma prudente, antes que se alcance o perigo. (SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. La teoría general del derecho administrativo como sistema. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 133)

Também no direito comparado indica-se a prudência como o primeiro vetor do administrador, na medida em que os outros são regrados por este. É a prudência que faz discernir o que é bom de fazer, bom de dizer, escolher, praticar, sustentar e o que não é. A prudência moral adverte do que soa mal, sendo um dos elementos fundamentais da razoabilidade, do bom senso do burocrata, limitando a sua vontade de agir. O controlador que se confronta a cada dia com a arbitragem entre interesses antagônicos, com dificuldades materiais e financeiras da gestão, com as pressões políticas, com protestos públicos e com demandas sociais de toda sorte, deve exercer seu papel com seriedade. Deve regrar a sua vontade, mantendo-a e a imaginação em certos limites aceitáveis para ele próprio e para os outros. A ponderação é também, para o controlador, saber conter o seu poder. Saber medir e ajustar os meios aos objetivos perseguidos, saber moderar seu poder ao justo necessário requer um certo controle de si mesmo e atenção ao senso do possível e de oportunidade. Enfim, é preciso que se habitue a desenvolver um caminho probabilista da ciência administrativa, ou seja, colocar em questão as regras da probabilidade aplicáveis à disciplina. Assim, quando se lança no estudo de uma questão, de um sistema, de uma instituição, de uma organização, de uma realidade qualquer deve ter interesse de reparar nas zonas de riscos, aquelas relativas ao provável, ao duvidoso, à incerteza. Não é possível que encontre confusão, desordem e caos. Afinal, a coisa administrativa é complicada e exige do analista efetiva compreensão da realidade. (MONNIER, François. THUILLIER, Guy. Administration: vérités et fictions. Paris: Economica, 2007, p. 305-306; 310-312; 332-333)

Se São Tomás de Aquino já erigia a prudência como virtude e como critério jurídico, a doutrina se vale da lógica preventiva para

colocá-la como valor de existência, sob o império de um grau de prudência com tonalidades mais acentuadas:

> "Podemos dizer que o princípio da precaução viu a luz do dia na Alemanha, nos conturbados anos trinta (ainda sem contornos ecológicos), sob a forma de *Vorsorgeprinzip*, sendo hoje reconhecido em vários textos internacionais e também no Tratado da C.E. (art. 174.º/2, sem esquecer que o momento comunitário originante radica no Tratado de Maastricht – art. 130-R/2)." (ANTUNES, Luís Filipe Colaço. Para um direito administrativo de garantia do cidadão e da administração. Coimbra: Almedina, 2000, p. 100-101)

Tal princípio, atualmente invocado como aspecto condicionador também do controle externo, exige a prevenção de riscos principalmente nas searas que, em determinado estágio evolutivo da Ciência Jurídica, ainda se vêem marcadas por incerteza quanto aos limites adequados, o que exige esforço significativo dos magistrados e cautela da Administração. Não existindo certezas jurídicas indiscutíveis, cabe órgão de controle assegurar a efetividade do resultado levado a efeito de modo razoável em favor da sociedade local. Isso até mesmo por estarmos "diante de um *standard de comportamento juridicizado*, princípio que incentiva (antes e depois do momento decisório) os poderes públicos e os beneficiários do acto autorizativo a adoptarem, especialmente numa fase de incerteza científica, um comportamento prudente e diligentemente seguro, adequado à prevenção de riscos graves no exercício das respectivas actividades, sob pena de serem chamados a responder pelos danos causados a terceiros e do acto perder estabilidade ou mesmo ser banido da ordem jurídica. (ANTUNES, Luís Filipe Colaço. Para um direito administrativo de garantia do cidadão e da administração, op. cit., p. 111) Não se pode reforçar a chamada "crise da generalidade e permanência das normas" e das políticas públicas, com foco exclusivo no cumprimento formal de objetivos iniciais fixados em instrumentos de convênio ou na resolução de demandas singulares e concretas, sem comprometimento com a solução de problemas abstratamente e a longo prazo, em favor da sociedade. (PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. Principios de derecho administrativo general. v. I. 1ª ed. Reimp. Madrid: Iustel, 2005, p. 151)

Na situação ora em exame, é verossímil que haja danos futuros, resultantes inclusive de insegurança jurídica, se mantido o juízo ultimado pelo Tribunal de contas da União. Afigura-se desproporcional

que o Estado devolva milhões à esfera federal após o emprego de recursos no atendimento das necessidades sociais de determinada região, mormente em se considerando o contexto de calamidade pública em que formam firmados os aditivos e a necessidade de um mínimo de estabilidade nas ações do Estado. Não se trata de uma dose irrealista de precaução, mas do mínimo que se exige de um controlador prudente, que não se rende ao imediatismo ou ao controle de meios estritamente formal. Há motivos idôneos para, nessa matéria, a Corte de Contas adotar o que a doutrina denomina, hoje em dia, de "lógica das estratégias prudentes de longa duração" (FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração, op. cit., p. 108), de modo a assegurar um mínimo de estabilização, de longo prazo, na sociedade, sem os riscos da desagregação do próprio sistema. Afinal,

> "não se pode ignorar o seu papel *preventivo*, na justa medida em que obrigará a Administração e os seus agentes (bem como os beneficiários do acto administrativo) a desenvolver uma actuação mais conforme com os ditamos do ordenamento jurídico, sem esquecer que a responsabilidade civil pode ser vista como um mecanismo de externalização dos custos do processo decisional.
> (...) Em poucas palavras, se o princípio da precaução requer uma jurisprudência afinada e prudentemente orientada pelo princípio da precaução, não deixará também de exigir uma Administração estrutural e procedimental orientada pela lógica da prevenção e da gestão dinâmica dos conhecimentos.
> Numa frase, o jurista, antes de dar solução aos problemas, dá forma aos problemas (Gestalt)." (ANTUNES, Luís Filipe Colaço. Para um direito administrativo de garantia do cidadão e da administração, op. cit., p. 144 e 149)

À luz do princípio da precaução e da proporcionalidade incidentes quando do exame da realidade pertinente ao convênio CRT/MG/3006/87, entende-se inadmissível a atuação do Tribunal de Contas, "cum maxima venia" da decisão exarada pela referida corte.

**Conclusão**

Pelas razões expostas, opino pela extemporaneidade do controle externo realizado pelo Tribunal de Contas da União em face do convênio CRT/MG/3006/87, bem como pela inadmissibilidade de ressarcimento de quaisquer valores pelo Estado de Minas Gerais.

À consideração superior.

Belo Horizonte, 31 de maio de 2011.

**Raquel Melo Urbano de Carvalho**
Procuradora do Estado
MASP 598.213-7
OAB/MG 63.612

**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:

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. FUNÇÃO ADMINISTRATIVA DE CONTROLE. PRAZO MÁXIMO PARA EXERCÍCIO. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS. EXERCÍCIO EXTEMPORÂNEO EVIDENTE. INADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DO DEVER DE RESSARCIR. CONTROLE RESPONSIVO DAS CORTES DE CONTAS. PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E PRECAUÇÃO. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 35, julho/agosto/setembro de 2013. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-35-JULHO-2013-RAQUEL-MELO-URBANO.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.