ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

R e RE | Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado

Número 22 – junho/julho/agosto 2010 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1888

SEGURANÇA JURÍDICA POSITIVADA: INTERPRETAÇÃO, DECADÊNCIA E PRESCRITIBILIDADE

Luciano Ferraz
Professor Adjunto de Direito Administrativo na UFMG. Advogado.

1 – Direito Administrativo e segurança jurídica

O moderno Direito Administrativo sofreu e sofre significativos influxos da virada conceitual da Teoria Geral do Direito. Cunhada fundamentalmente a partir da segunda metade do Século XX com o reconhecimento – cada vez mais presente – da força normativa dos princípios jurídicos, essa virada protagoniza reaproximação entre Direito e justiça –, apresentando como reflexos (a) o reconhecimento da centralidade dos textos constitucionais – seus princípios – em substituição à centralidade do Código Civil que dominou o Século XIX (desde o Código de Napoleão) e grande parte do Século XX (com efeitos que ainda se projetam fortemente nos dias atuais) – (b) e o reconhecimento da falibilidade do dogma da onipotência do legislador, com o conseqüente descrédito do positivismo jurídico clássico e dos ideais racionalistas que cultivou.

É nesse quadro que se torna útil discutir o princípio da segurança jurídica (*lato sensu*), porquanto o pano de fundo – e de tensão – das normas éticas sempre foi – e será – a estabilidade das relações sociais subjacentes: *ubi societatis ibi jus*.

Nessa linha, a doutrina nacional[1] e a estrangeira[2] anotam que a incidência do princípio da segurança jurídica (*lato sensu*), como derivação do princípio do Estado de Direito, relaciona-se com os seguintes temas:

---

[1] No Brasil, cf., por todos, SILVA, Almiro do Couto e. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Brasileiro e o Direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n. 9.784/99), *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 2, n. 6, Belo Horizonte, Fórum, jul./set. 2004. p. 7-59.

[2] Na doutrina estrangeira, cf. MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre. 2001. p. 65-84.

a) Irretroatividade das leis e demais atos estatais, bem assim de interpretações já realizadas pelos órgãos administrativos e judiciais acerca da legislação aplicável;

b) Dever de o Estado dispor sobre regras transitórias em razão de alterações abruptas de regimes jurídicos setoriais (v.g., ordem econômica, exercício profissional, servidores públicos);

c) Responsabilidade pré-negocial do Estado (v.g., direito à contratação dos vencedores de licitação; direito à nomeação dos aprovados em concursos públicos);

d) Responsabilidade do Estado pelas promessas firmes feitas por seus agentes, notadamente no âmbito do planejamento econômico;

e) Manutenção no mundo jurídico de atos administrativos inválidos.

No primeiro desses temas – irretroatividade das leis e atos estatais (direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada) – revela-se o aspecto objetivo do princípio da segurança jurídica. Nos demais – interessando para os fins deste artigo o da alínea "e" – revela-se o aspecto subjetivo do princípio, que, no particular, intitula-se princípio da proteção à confiança ou da confiança legítima.[3] [4]

Até pouco tempo, não era comum o direito administrativo brasileiro trabalhar com a noção subjetiva da segurança jurídica – o princípio da proteção à confiança –, mas a edição de leis que explicitamente a consagraram[5] e

[3] *"La sécurité juridique couvre em effet deux dimensions qui sont lieés et qui renvoient toutes deux à cette idée générale de sécurité juridique comme garantie nécessaire au respect d'autres exigences, c'est-à-dire, comme principe-cadre ou principe 'matriciel'. Une dimension est objetive, l'autre subjective, cette seconde dimension englobant la logique de protection de la confiance légitime"* (CALMES, Sylvia. *Du principe de protection de la confiance légitime em droits allemand, communautaire et français*. Paris: Dalloz, 2001. p. 169).

[4] É no direito alemão que o princípio da proteção à confiança encontra a gênese e a evolução, afirmando-se como construção jurisprudencial aplicável à Administração Pública, conforme anota Hartmut Maurer: "É digno de atenção que a proteção à confiança foi concebida e formada não pelo legislador, mas pela jurisprudência (...) o princípio da proteção à confiança apareceu na discussão sobre a revogação de atos administrativos, a vinculatividade de informações da autoridade, a eficácia de contratos administrativos antijurídicos, o efeito externo de prescrições administrativas, a vinculação da administração em sua própria prática, a determinação da propriedade, da fundamentação de um direito de garantia de um plano e – *last not least* – a limitação da retroatividade da modificação da jurisprudência judicial superior." (MAURER. *Elementos...,* cit. p. 67-8).

[5] No Brasil trataram especificamente do tema da segurança jurídica: a) Lei Federal n. 9.784/99 (processo administrativo federal) – art. 2º, *caput* e inciso XII e 54; b) Lei Federal n. 9.868/99 (ação declaratória direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade), cujo art. 27 possibilitou, em nome da segurança jurídica, a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade; c) a Lei Federal n. 9.882/99 (ação de descumprimento de preceito fundamental), cujo art. 11 tem regra semelhante à da lei de ADI/ADC.

especialmente a tratativa jurisprudencial[6] dada ao tema deixam ver o quão importante é averiguar as repercussões práticas da aplicação desse princípio e de regras que nele buscam inspiração, tal como os arts. 2º, parágrafo único, XIII e 54 da Lei 9.784/99, como também confrontar o aludido princípio com a regra do art. 37, § 5º, da Constituição da República e a suposta imprescritibilidade que consagra.

Ei-la, portanto, a temática em torno da qual girará este ensaio.

2 – Questão de ordem: princípios e regras no Direito Administrativo

Antes de se adentrar propriamente na análise dos temas suscitados, quadra aludir ao significado da expressão "segurança jurídica positivada". É que certamente existirão vozes – sobretudo entre aqueles que ainda crêem que na Administração Pública somente é possível fazer o que a lei autoriza – a dizer que o princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) somente haverá de ser aplicado nos casos em que o legislador o tenha expressamente consagrado, pois aí ele estará "positivado".

Bem verdade que modernamente é quase pacífica a constatação de que o ordenamento jurídico é formado por normas – expressões de dever ser jurídico – de duas espécies, regras e princípios. Segundo Dworkin – o grande teórico da virada conceitual dos princípios jurídicos –, as regras são proposições normativas que se aplicam num critério interpretativo de tudo ou nada*:* uma regra vale ou não vale. A partir do momento em que faticamente se verifica a situação prevista na regra, se ela não for excepcionada por outra, haverá de ser aplicada; caso contrário, será ela inaplicável.

Já os princípios, por possuírem maior teor de abstração – um fundamento ético, afinal – não podem ter sua aplicação balizada por juízos de tudo ou nada, mas devem ser aplicados conforme critério de ponderação. É dizer: o intérprete procura estabelecer o peso de cada um dos princípios contrapostos para a solução do caso no momento da aplicação, e, mediante balanceamento entre ditos princípios, deve-se chegar ao resultado socialmente desejável, sacrificando-se ao mínimo os direitos fundamentais em oposição na espécie.

Bem por isso (pela normatividade autônoma e peculiar dos princípios em relação às regras), a aplicação do princípio da segurança jurídica à solução de conflitos e questões (administrativas ou não) independe da respectiva previsão em qualquer texto legislativo e por vezes dar-se-á em confronto com (e por prevalência sobre) dispositivos legais: a ruptura do clássico modelo de direito

[6] Cingindo as referências ao âmbito do Supremo Tribunal Federal, a título de exemplo: MC n. 2900/RS, 2ª T, Min. Gilmar Mendes; MS 24.268/MG, Min. Gilmar Mendes; MS 22357/DF, Min. Gilmar Mendes; MS 25.963/DF, Pleno, César Peluso; ADI 3689/PA, Pleno, Eros Grau.

por regras, admite que um princípio – tal como o da segurança jurídica – possa ser aplicado diretamente.[7]

Por outro lado, quando numa lei já existe regra a revelar dado princípio (é o que acontece com o art. 54 da Lei 9.784/99, relativamente ao princípio da segurança jurídica/proteção à confiança) e, no caso concreto, cogita-se da aplicação dessa regra (reveladora do princípio), a questão não será resolvida com a aplicação direta do referido princípio, senão com a aplicação da regra que nele busca inspiração (art. 54). É dizer: a questão jurídica será solucionada à luz da regra e não do principio da segurança jurídica/proteção à confiança, que poderá, contudo, ser utilizado autonomamente para solução de outros casos não abrangidos pela regra, como adiante se verá.[8]

3 – Lei 9.784/99 e princípio da segurança jurídica

A Lei 9.784/99 regulou o processo administrativo em âmbito federal e trouxe importantes disposições a serem observadas pela Administração Pública Direta e Indireta da União.[9]

No que toca aos princípios, referida lei seguiu a trilha das legislações administrativas nacionais mais recentes (v.g., Lei 8.666/93, Lei 8.987/95), destacando – embora isso fosse desnecessário –, a sua importância para o âmbito de aplicação, ao preceituar no art. 2º, *caput*:

> Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros[10], aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Como se vê, o dispositivo albergou o princípio da segurança jurídica como norma cogente (nem precisava dizer) a ser seguida pela Administração Pública Federal na resolução de suas questões diuturnas. A alusão – calha esclarecer – comporta tanto a perspectiva objetiva quanto a subjetiva do princípio, é dizer: segurança jurídica *stricto sensu* e proteção à confiança legítima.

---

[7] É esta a lógica, por exemplo, do art. 2º, parágrafo único, I, da Lei 9.784/99 – inspirado no art. 20, item 3, da Lei Fundamental Alemã –, quando aduz que nos processos administrativos serão utilizados critérios de atuação conforme a lei e o Direito.

[8] A propósito dessa questão, que será retomada adiante quando da análise do art. 54 da Lei 9.784/99, Cf. SILVA. O Princípio..., cit., p. 29.

[9] A Lei 9.784/99 é direcionada ao âmbito federal. Sem embargo, sempre sustentei que os princípios e os critérios de aplicação dispostos nos arts. 2º, *caput* e seu parágrafo único, por serem derivações de princípios constitucionais, seriam aplicáveis a Estados e Municípios (cf., FERRAZ, Luciano. *Licitações: estudos e práticas*. 2. ed., Rio de Janeiro: Esplanada, 2002. p. 31). Numa linha ainda mais incisiva, o STJ firmou entendimento no sentido de que, na ausência de leis processuais administrativas próprias, Estados e Municípios devem obediência à legislação federal (Cf. por todos, RESP 852493/DF, 5ª T, Min. Arnaldo Esteves Lima).

[10] Note-se que a expressão "dentre outros", presente também no parágrafo único, utilizada pelo legislador federal demonstra que a enumeração de princípios constante do dispositivo, como não poderia deixar de ser, é apenas exemplificativa.

Mas o princípio da segurança jurídica inspira, conforme anunciado, pelo menos dois dispositivos previstos na Lei 9.784/99: o art. 2º, parágrafo único, XIII e o art. 54. O primeiro trata de critérios de interpretação das normas administrativas vertida ao interesse público, vedando aplicação retroativa de nova interpretação; o segundo delimita temporalmente o exercício do dever de autotutela pela Administração Pública.

4 – Irretroatividade de nova interpretação da norma administrativa

A disposição constante do inciso XIII do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/99 aproxima-se, em grande medida, da regra constitucional que veda a retroatividade da lei e cuja inspiração advém do aspecto objetivo do princípio da segurança jurídica.

Com efeito, para a aplicação de qualquer lei é imprescindível sua interpretação: toda regra, toda lei, conquanto proprietária de sentido lexical, é capaz de enunciar multiplicidade de sentidos normativos (*open texture*, no dizer de Hart), a depender – a fixação do sentido adequado – da atividade cognoscitiva.[11]

Interpretar é "atividade de mediação pela qual o intérprete compreende o sentido de um texto, que se lhe tinha deparado como problemático [...] interroga o contexto textual e o seu próprio conhecimento do objeto de que no texto se trata, examina a situação que deu origem ao texto ou ao seu discurso, assim como outras circunstâncias 'hermeneuticamente relevantes', que possam ser consideradas como indícios relativamente ao significado procurado."[12]

Decifrar o conteúdo da norma aplicável é, desta feita, tarefa compósita e complexa, que demanda realizar 'conexões hermenêuticas' entre aspectos abstratos e genéricos, os quais comparecem na apresentação em si do texto, como também entre estes e a realidade empírica, porquanto o jurista tem que ter em mente "os fatos sociais a que se refere uma norma e tomá-los em conta quando a interpreta."[13]

Logo, não é exagerado afirmar que interpretar uma norma é praticamente a determinação do seu sentido; interpretá-la novamente, noutro giro, não deixa de ser medida equivalente à edição de norma nova, cuja aplicação, em respeito ao aspecto objetivo da segurança jurídica, deve se

[11] É preciso, portanto, compreender a norma, tarefa que somente se torna possível mediante o interpretar o texto. É este o objetivo central da atividade de interpretação. "Objeto da interpretação é o texto legal como 'portador' do sentido nele vertido, de cuja compreensão se trata na interpretação. 'Interpretação' (*Auslegung*) é, se nos ativermos ao sentido das palavras, 'desentranhamento' (*Auseinanderlegung*), difusão e exposição do sentido disposto no texto, mas, de certo modo, ainda oculto. Mediante a interpretação 'faz-se falar' este sentido, quer dizer, ele é enunciado com outras palavras, expressado de modo mais claro e preciso, e tornado-se comunicável." (LARENZ, Karl. *Methodenlehre Der Rechtswissenschaft*, 3. ed., Trad. José Lamego, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 441).

[12] LARENZ. *Methodenlehre*..., cit., p. 282-283.

[13] LARENZ. *Methodenlehre*..., cit., p. 263.

projetar para o futuro e não retroagir ao momento da edição da norma interpretada.[14]

No fundo, o que o preceito da lei de processo administrativo introduz no seio da Administração Pública é "a mesma idéia que inspirou a norma constitucional que protege os direitos adquiridos, os atos jurídicos perfeitos e a coisa julgada, diante das alterações legislativas."[15]

A jurisprudência brasileira começa a registrar casos em que o preceito da Lei 9.784/99, que vedou a retroatividade de novas interpretações da legislação administrativa, tem aplicabilidade:

a) no julgamento da AMS no processo 2002.03.99.030048-7/SP, o TRF da 3ª Região, reconheceu a aplicação do art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei 9.784/99, diante da mudança pelo INSS de interpretação de regras previdenciárias em detrimento de seus segurados;

b) no julgamento da AMS no processo 2001.7108008104-3/RS, o TRF da 4ª Região, também reconheceu a aplicação do preceito em face da tentativa de desprezo do cômputo de atividade rural, para efeito de aposentadoria de segurado, tempo este anteriormente reconhecido pelo INSS;

c) no julgamento da AMS no processo 980214954-3, o TRF da 2ª Região, reconheceu, uma vez mais contra o INSS, a impossibilidade de modificação do critério de avaliação dos documentos para concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço.

A incidência da regra de irretroatividade da nova interpretação certamente ocorrerá no âmbito das relações entre o Poder Público e seus servidores (o foco aí será intenso), mas há de se lhe reconhecer aplicação, por exemplo, no âmbito das interpretações firmadas pelos Tribunais de Contas – TCU, TCE, TCM –, todas as vezes que suas decisões, pareceres, consultas, instruções normativas, apresentarem alteração de entendimentos anteriormente firmados.[16]

---

[14] O STF, no julgamento do MS 22.357/DF, Gilmar Mendes, adotou este entendimento quanto aos empregados da INFRAERO, que foram admitidos sem concurso público, em violação, portanto, à regra do art. 37, II, da Constituição da República, entre 05.10.1988 e 23.04.1993, data este em que o próprio STF fixou a interpretação acerca da aplicabilidade do certame às empresas públicas e sociedades de economia mista de qualquer natureza. Outra decisão importante do STF sobre a aplicação não retroativa de normas inconstitucionais, pode ser conferida no julgamento da ADI 2240/BA, Eros Grau, em que se discutiu a criação do Município de Luiz Eduardo Magalhães, mediante lei complementar estadual, considerada no julgamento inconstitucional. Neste caso, o STF, haja vista a força normativa dos fatos – a existência física e longeva do Município, embora tenha declarado a inconstitucionalidade, não desconstituiu retroativamente seus efeitos.

[15] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo, *Fórum Administrativo*, n. 100, junho/2009, Editora Fórum, 2009.

[16] TCMG – Informativo de jurisprudência, n. 3, 2009, acessível em www.tce.mg.gov.br.

A tal título – embora sem dizê-lo expressamente – o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, na resposta à Consulta n. 747.263, Rel. Conselheiro Antônio Carlos Andrada, ao alterar, em caráter normativo, seu entendimento acerca da fixação de subsídios diferenciados para membros das Mesas Diretoras das Câmaras Municipais, determinou que a nova interpretação tivesse efeitos *ex nunc*, de modo a prevalecer apenas a partir da próxima legislatura, pois, para a atual, tais subsídios já se encontravam estabelecidos, conforme as anteriores orientações daquela Corte de Contas. [17]

O mesmo se diga relativamente aos processos administrativos no âmbito do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), do CNMP (Conselho Nacional do Ministério Público), dos procedimentos de órgãos de controle interno, das recomendações do Ministério Público em todos os níveis, para os quais também haverá de prosperar a irretroatividade de nova interpretação, em obséquio ao princípio da segurança jurídica.

Artigo1 5 – Decadência e outras formas impeditivas da invalidação dos atos administrativos

A segunda regra da Lei 9.784/99, inspirada no princípio da segurança jurídica *lato sensu* é o art. 54, que estabeleceu inovadoramente prazo decadencial de cinco anos para os atos administrativos ablativos de direito, salvo comprovada má-fé.

Diz-se presente aí a segurança jurídica *lato sensu*, porquanto neste caso evidencia-se mais claramente seu aspecto subjetivo – o princípio da proteção à confiança. Evidencia-se também a necessidade de concomitância – na aplicação da regra – do princípio da boa fé, que será analisado posteriormente.

O dispositivo é imbuído do espírito de que, embora seja dever da Administração Pública rever seus próprios atos quando eivados de ilegalidade (autotutela)[18] – conforme classicamente se reconhece –,[19] não raras vezes esta revisão, sobre não ser realizada a tempo e modo[20] – seja porque se

[17] O STF tem entendimento já manifestado sobre a aplicabilidade da Lei de Processo Administrativo ao TCU e, como consectário, aos demais Tribunais de Contas (a seguir-se a orientação do STJ). Veja-se: STF – MS 23.550/DF, Pleno, Rel. p/ Ac. Sepúlveda Pertence; MS 24.519/DF, Pleno, Eros Grau.

[18] Cf. Súmulas 346 e 473 do STF e art. 53 da Lei 9.784/99.

[19] O art. 114 da Lei 8.112/90 dispõe: *"A Administração deverá rever seus atos, a qualquer tempo, quando eivados de ilegalidade"*. Tal dispositivo, conquanto anteriormente já pudesse ser questionado à luz da aplicação dos princípios da segurança jurídica/proteção á confiança e da boa-fé (mediante ponderação), agora indiscutivelmente sofreu o impacto da regra do art. 54 da Lei 9.784/99. Não há se falar aqui que a Lei 8.112/90 é especial e a lei 9.784/99 é geral: a densidade normativa de ambos os preceitos – em termos de generalidade – é a mesma, e se assim não fosse a preconizada aplicação subsidiária da Lei 9.784/99 (art. 69) aos processos administrativos regidos por leis próprias tornar-se-ia letra morta. É possível sustentar, portanto, que o art. 54 da Lei 9.784/99 revogou em parte o art. 114 da Lei 8.112/90 (cf. SILVA, *O princípio...*, cit. p. 30) ou que estão excluídos da incidência deste último (art. 114) os atos atingidos pela decadência (art. 54).

[20] Hoje é praticamente pacificado o entendimento de que a regra para a anulação de atos administrativos é a garantia do contraditório e da ampla defesa prévios (cf., por todos, STF –

desconhece a ilegalidade cometida, seja porque se julga legítima a interpretação do direito perpetrada na ocasião –, permite que situações fáticas irreversíveis ou reversíveis, porém a custos juridicamente intoleráveis, se constituam, tornado-se, pois, merecedores da salvaguarda do ordenamento jurídico.

É claro que medidas desse jaez não deixam de causar arrepios aos mais achegados ao princípio da legalidade – partidários da autotutela sem limites –, que crêem – até hoje – ser possível aprisionar a atividade administrativa dentro de uma "camisa de força legislativa". É preciso ter sensibilidade para perceber que o direito – e sua perspectiva – mudou. E eles também haverão de mudar!

Já na metade do Século XX, na Alemanha, consoante anota Bachof, nenhum outro tema despertou maior interesse do que este na doutrina e na jurisprudência, preconizando-se a substituição do princípio da possibilidade de anulação pelo da impossibilidade de anulação, em homenagem à boa-fé e à segurança jurídica.[21]

Sob enfoque semelhante, a jurisprudência e a doutrina francesa desenvolveram a *teoria do funcionário de fato*[22] – de aplicação universal –, para salvaguardar efeitos de atos praticados por agentes incompetentes (irregularmente investidos), que exerciam suas funções com aparência de legalidade, relativamente aos terceiros de boa-fé.

Ainda na mesma linha, no Brasil, teve lugar a *teoria do fato consumado*, utilizada rotineiramente pelos Tribunais Superiores[23], para preservar situação jurídica de terceiros que, por força de decisões judiciais não definitivas,

---

RE 158543/RS, Marco Aurélio). Excepcionalmente, quando se imponham medidas urgentes de preservação de valores superiores, esse contraditório poderá ser diferido, mas assim mesmo será fundamental respeitá-lo.

[21] BACHOF, Otto. *Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Bundesverwaltungsgerichts, Tübigen* 1966; 3. Auflafe, v. I, p. 257 e segs.; v. II, 1967, p. 339 e segs., citado pelo Min. Gilmar Mendes no MS 24.833-5-DF, DJ 19/4/2004.

[22] Sobre a figura do funcionário de fato na França, a doutrina de Bonnard:*"La qualité de fonctionnaire de fait est donc essentiellement affaire de circonstance. Elle doit être appréciée pour chaque cas particulier et c´est au juge qu'il appartiendra de feire cette appréciation" (Apud* SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 70, nota 5). Entre nós, o próprio Seabra Fagundes registra "Se o funcionário exerce a função em época normal, e é por todos aceito como serventuário legítimo, os seus atos podem ser tidos por válidos quando praticados de boa-fé. Razões de utilidade pública aconselham isso. [...] A aparência de regularidade da investidura, manifesta nas próprias condições de exercício da função (local, aquiescência da chefia de serviço etc.), faz certa a boa-fé do público em geral e de cada um de per si no tratar com o agente. Pouco importa este ciente da irregularidade da sua situação, pois o interesse público, em cujo nome se erige a teoria do funcionário de fato, não se compadece com essa interferência, consciente e deliberada da vontade individual." (SEABRA FAGUNDES. *O Controle...*, cit., p. 70-71). Em nota de rodapé, reproduzindo a lição de Geny, continua o autor "Esta teoria é formulada de ponto de vista tal que todos elemento de introspecção subjetiva não tem razão de ser. A teoria da aparência é construída em relação ao público, no interesse público, e seria contraditório fazer depender a aplicação ou a não-aplicação desta teoria de um elemento concernente à disposição de espírito subjetiva do pseudofuncionário." (SEABRA FAGUNDES. *O Controle...,* cit. p. 71, notas 9 e 10.

[23] A fundamentação legal das decisões em regra é o art. 462 do CPC.

ostentaram status que, ao final, não se confirmava nas decisões de mérito. Assim se passou, por exemplo, no caso de cursos de ensino superior (que funcionavam com autorizações provisórias), cujos currículos foram, tempos depois, considerados insuficientes para garantir a legalidade dos atos[24]. Também no caso de alunos transferidos de escola mediante liminares que posteriormente não restavam confirmadas no julgamento de mérito.[25]

O escorço apresentado deixa ver que, mercê da necessidade de aplicação justa do ordenamento jurídico, o direito administrativo caminhou da declaração de nulidade dos atos administrativos sem reservas (visão estritamente legalista do tema), para a irretroatividade sob certas condições (v.g., aplicação das teorias do funcionário de fato e do fato consumado), ao ponto de hoje sustentar-se a necessidade de segmentação entre atos restritivos e ampliativos de direito, para o fito de considerar que "nos atos unilaterais restritivos da esfera jurídica dos administrados, se eram inválidos, todas as razões concorrem para que sua fulminação produza efeitos *ex tunc*, exonerando por inteiro quem fora indevidamente agravado pelo Poder Público das conseqüências onerosas. Pelo contrário, nos atos unilaterais ampliativos da esfera jurídica do administrado, se este não concorreu para o vício do ato, estando de boa-fé, sua fulminação só deve produzir efeitos *ex nunc*, ou seja, depois de pronunciada."[26]

De toda sorte, é preciso perceber que nas hipóteses destacadas, conquanto presentes a incidência dos princípios da segurança jurídica/proteção à confiança e da boa-fé, o foco das discussões é direcionado à eficácia do ato administrativo (seus efeitos) e não propriamente à validade (obediência ao ordenamento jurídico). É nisso que elas se diferem da convalidação e da decadência do ato administrativo.[27]

As incursões propedêuticas conduzem à análise da regra do art. 54 da Lei 9.784/99:

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

[24] Cf., por todos, STJ – AgRg no REsp 1049131/MT, 2ª Turma. Humberto Martins, DJ de 25.06.2009.
[25] Cf., por todos, STJ – AgRg no Ag 946069/RS, 1ª Turma, Luiz Fux. DJ de 18.02.2009.
[26] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed., São Paulo: Malheiros, 2006. p. 86-87. Em sentido contrário, ainda com visão acanhada acerca da aplicação dos princípios da proteção à confiança e da boa-fé ao desfazimento dos atos administrativos, preconizando-lhes suficiência (no atendimento) na garantia do devido processo legal, cf. CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed., Salvador: Podium, p. 476-477.
[27] Convalidação e decadência encontram-se atualmente disciplinadas pelos arts. 55 e 54 da Lei 9.784/99, respectivamente: na convalidação a Administração Pública pratica novo ato (o de convalidação), cujo objeto é corrigir defeito do ato primitivo (o convalidado), em ordem a sanar-lhes os vícios (quando sanáveis) e, via de conseqüência, preservar-lhes os efeitos. Já na decadência, o transcurso do prazo previsto na lei cristaliza o vício (se houver) constante do ato, tornando-o válido e imune à desconstituição.

A partir do teor do dispositivo, suscitam-se questões que nesta sede devem ser enfrentadas: a) constitucionalidade; b) natureza do prazo previsto (decadencial ou prescricional); c) funções estatais atingidas (administrativa e jurisdicional); d) atos abrangidos pela regra; e) ausência de má-fé.

a) constitucionalidade

Sobre a constitucionalidade do dispositivo, descabe maior vagar diante da sua aplicação generalizada pelo Supremo Tribunal Federal[28] e pelo Superior Tribunal de Justiça.[29] Nada obstante, interessa dizer que à medida que o preceito homenageia o princípio da segurança jurídica/proteção à confiança, que decorre da cláusula constitucional (princípio) do Estado de Direito (art. 1º da Constituição da República), difícil não afirmar sua constitucionalidade.

b) natureza do prazo previsto

O prazo qüinqüenal[30] aludido no art. 54 é decadencial e não prescricional: o que se extingue, pelo decurso dele, ausente a má fé do interessado, é o próprio direito da Administração Pública Federal de anular o ato administrativo.[31] Esse direito à invalidação não possui pretensão (jurídica) que lhe corresponda, tal como se dá no caso de prescrição[32], pois "nada há exigir no comportamento da outra parte [administrado], como também nenhum dever jurídico correspondente ao direito a invalidar."[33]

Com efeito, a prescrição é "a extinção de uma ação ajuizável em virtude da inércia da de seu titular, durante um certo lapso de tempo, na ausência de causas preclusivas de seu curso". Já a decadência "é a extinção do direito pela inércia de seu titular, quando sua eficácia foi, de origem, subordinada à condição de seu exercício dentro de um prazo prefixado, e este se esgotou sem que esse exercício se tivesse verificado."[34]

Dessa forma, é particularmente inconteste que o art. 54 da Lei 9.784/99 é de decadência: o qüinqüênio, uma vez iniciado não se interrompe, nem se suspende e a verificação do termo final liquida o próprio direito (dever) à invalidação.

---

[28] Cf., por todos, STF – MS 26.628/DF, Tribunal Pleno, César Peluso, DJ de 22.02.2008.
[29] Cf., por todos, STJ – MS 13407/DF, 3ª Seção, Felix Fischer, DJ 02.02.2009.
[30] É preciso registrar que o prazo de cinco anos é tradicionalmente prescrito no Direito Brasileiro como limite ao exercício de direito em prol e contra a Fazenda Pública. Assim, a modo de exemplo, art. 1º do Decreto 20.910/32; art. 21 da Lei 4.717/65; arts. 173 e 174 do CTN; art. 142 da Lei 8.112/90; art. 23 da Lei 8.429/92, Lei 9.783/99.
[31] SILVA. O Princípio..., cit., p. 31-32.
[32] Os prazos prescricionais, justamente porque ligados à pretensão, na maioria das vezes são regidos pelo princípio da *actio nata*.
[33] SILVA. O Princípio..., cit. p. 32.
[34] CÂMARA LEAL, Antônio Luiz da. *Da prescrição e da decadência*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 26.

c) funções estatais atingidas (administrativa e jurisdicional)

A natureza decadencial do prazo previsto no art. 54 da Lei 9.784/99 afasta conceitualmente a tese que pretende limitar sua incidência à esfera administrativa.[35] A possibilidade de se buscar a invalidação do ato pela via judicial também é fulminada pela decadência, conforme reiteradamente têm se pronunciado nossos Tribunais. Aliás, se no curso da ação o juiz verificar que se trata de hipótese de decadência, deve pronunciá-la de ofício, nos termos do art. 210 do Código Civil, extinguindo o processo com resolução do mérito, na forma do art. 269, IV, do CPC.

d) atos abrangidos pela regra

> Note-se que ao se referir à anulação dos atos administrativos, a regra não faz distinção relativa à natureza dos vícios que podem atingi-los: tanto os atos que a doutrina costuma classificar como anuláveis, quanto os classificáveis como atos nulos são tocados pela decadência do art. 54 da Lei 9.784/99. Imunizam-se da decadência apenas aqueles atos "inconstitucionais ou ilegais, marcados por vícios ou deficiências gravíssimas, desde logo reconhecíveis pelo homem comum, e que agridem em grau superlativo a ordem jurídica [...] A contrariedade deve ir além da equivocada interpretação e ser insuportável para o ordenamento jurídico, desse modo ferido no mais alto grau, a tal ponto que ninguém seria capaz de reconhecer força vinculativa ao ato administrativo assim exarado." [36]

Para que se reconheça essa exceção extraordinária à caducidade, além da canhestra incompatibilidade do ato com a ordem jurídica, será necessário que o vício seja evidente (teoria da evidência). Repita-se: não é por conta do vício do ato *per se* – se de índole constitucional ou legal, se violador de direitos ou não, se causador de prejuízos ao erário ou não – que se exclui a incidência do prazo decandencial. Para tanto, será necessário que se agreguem: a) a extremidade do vício – qualquer que seja ele; b) a instantânea percepção (evidência) desse grave vício;[37] c) o caráter absurdo da manutenção do ato no

---

[35] Nesse sentido, cf. FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. *Processo Administrativo*: comentários à lei 9.784/1999. Belo Horizonte: Fórum. 2008. p. 196.

[36] SILVA. O Princípio..., cit. p. 59 e 42. Os exemplos citados pelo autor são os da licença de funcionamento de uma casa de prostituição infantil ou da aposentadoria, como servidor público, de quem nunca foi servidor público. Em relação ao segundo exemplo citado pelo autor – aposentadoria de quem nunca foi servidor – deve-se interpretá-lo com cautela. Não seria este o caso, por exemplo, de funcionários de fato e de outros servidores que, embora ingressos ou mantidos com vício no serviço público, recolheram de boa-fé para os sistemas previdenciários do Poder Público, logrando reunir todos os requisitos para a aposentação.

[37] No mesmo sentido, Miguel Reale distingue a natureza dos vícios, entre os petrificáveis pelo tempo e os não-petrificáveis: "Não é admissível, por exemplo, que nomeado irregularmente um servidor público, visto carecer, na época, de um dos requisitos complementares exigidos por lei, possa a Administração anular seu ato, anos e anos volvidos, quando já constituída uma situação merecedora de amparo e, mais que isso, quando a prática e a experiência podem ter compensado a lacuna originária. Não me refiro, é claro, a requisitos essenciais, que o tempo não logra por si só convalescer, - como seria, por exemplo, a falta de diploma para ocupar

ordenamento jurídico.

Assim mesmo, a aplicação desse raciocínio impeditivo da decadência em casos extremos, não estará infensa à análise da situação concreta revelada pelo ato hostilizado, porquanto por vezes a declaração de nulidade do ato, se causadora de expectativa legítima no destinatário de boa fé, poderá lhe gerar direito à indenização. É o que se passa, por exemplo, no caso de licença para desmatamento sem reservas, concedida por delegado de polícia (que à vista d'olhos não é competente para o mister), mas que induz no particular a certeza de sua higidez, de modo que ele – particular – destine recursos no objetivo de concretizar a ação autorizada pelo ato. Nesse caso, admitir-se-ia a não-incidência do prazo decadencial, mas o destinatário teria o direito de vindicar indenização.

O Superior Tribunal de Justiça, a partir do julgamento do MS 8.843/DF, 1ª Seção, Eliana Calmon, assentou orientação no sentido de que "a Lei 9.784/99, ao estabelecer no seu art. 54 o prazo de decadência de cinco anos para que a Administração pudesse revogar [anular] os seus próprios atos, afastou a indefinição temporal de que falam as Súmulas 346 e 473/STF. A vigência do dispositivo mencionado, dentro da lógica interpretativa, tem início a partir da publicação da Lei 9.784/99, não sendo possível retroagir a norma para limitar a Administração em relação ao passado, computando-se o termo inicial a partir da vigência do diploma legal (1º/02/99)".[38].

A seguir-se a orientação do STJ acerca da transitividade direta da Lei Federal de Processo Administrativo às demais esferas (na ausência de legislação específica), assim se passa também relativamente aos Estados e Municípios. Se tiverem leis processuais anteriores à Lei 9.784/99 o prazo de decadência contará da data da vigência das leis respectivas. Por outro lado, se não as tiverem ou se elas forem posteriores à Lei Federal o prazo de decadência contará a partir de 01.02.1999, por força da aplicação subsidiária da Lei 9.784/99.

A referida decisão é ajustada à natureza decadencial do art. 54 da Lei 9.784/99. Contudo, é preciso perceber que a anulação de atos praticados antes da vigência da lei, mas que há anos produziram efeitos em favor de seus destinatários, mercê do princípio da segurança jurídica/proteção à confiança *per se*, não poderá de igual modo ocorrer.

---

cargo reservado a médico, - mas a exigências outras que, tomadas no seu rigorismo formal, determinariam a nulidade do ato" (REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo. 2ª ed.* São Paulo: Forense, p. 70-71).

[38] LEXSTJ, vol. 213. p. 16.

Explico: embora os atos praticados antes da vigência da lei, passem a se submeter ao prazo decadencial previsto no art. 54 a partir de 01.02.1999, o interregno transcorrido antes de sua vigência há de ser computado para a verificação da situação concreta criada pelo tempo, em ordem a ponderar a aplicação direta do princípio da segurança jurídica/proteção à confiança (e boa fé) ao caso, impedindo, destarte, a desconstituição do ato, ainda que nascido com pecado original.

Negar eficácia jurídica ao transcurso do prazo anterior à vigência da lei (fato) é desprestigiar a normatividade autônoma dos princípios jurídicos e desmerecer ainda a força normativa dos fatos – *normative kraft dês faktischen*, a que alude Jellinek.[39]

Logo, se num dado caso concreto, desde a origem do ato hostilizado – e antes que a Lei 9.784/99 completasse o qüinqüênio de vigência – já transcorreu o prazo de cinco anos ou mais, ausente má-fé do destinatário, de se reconhecer a impossibilidade de anulá-lo, não por conta da aplicação da decadência do art. 54, mas pela aplicação direta, autônoma e ponderada do princípio da segurança jurídica/proteção à confiança.[40]

Note-se que o art. 54 da Lei 9.784/99 somente alude à decadência qüinqüenal dos atos que geraram efeitos favoráveis aos destinatários (no caso dos atos com efeitos patrimoniais o prazo é contado a partir da percepção do primeiro pagamento), deixando aberta a possibilidade de revisão, depois do prazo de cinco anos, de atos que geraram efeitos desfavoráveis aos destinatários.[41]

Contudo, certo é que, embora em tese seja possível, de ofício, declarar-se a nulidade desses atos restritivos, o art. 6º do Decreto 20.910/32 dispõe que o direito à reclamação administrativa que não tiver prazo fixado em disposição de lei prescreve [na verdade caduca] em um ano, a contar da data do ato ou fato do qual a mesma se originar e o art. 1º desse normativo dispõe que todo e qualquer direito ou ação contra a fazenda pública prescreve em cinco anos contados da mesma forma.[42]

---

[39] JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*, 2. ed., Tradução de Fernando de Los Rios. México: Fondo de Cultura Econômica, 2000. p. 319., citado por Eros Grau na ADI 2240/BA, Tribunal Pleno.

[40] Esse raciocínio não diverge na essência do que realizou o STF no julgamento do MS 22.357/DF, Tribunal Pleno, Gilmar Mendes, tampouco no julgamento da ADI 2240/BA, Tribunal Pleno, Eros Grau.

[41] De se reconhecer, ainda, a existência de atos de eficácia mista.

[42] Há de se distinguir na aplicação do art. 1º do Decreto 20.910/32 a prescrição que atinge o fundo do direito da prescrição que atinge apenas as prestações devidas e vencidas antes do qüinqüênio anterior à propositura da ação. Para tanto é necessário verificar se houve ato (legislativo ou administrativo) que exteriorize a negativa do Poder Público ao direito vindicado pelo interessado. Se a reposta for positiva, a prescrição atingirá o fundo do direito; se a

Ausente a *actio nata* a tutelar pela via judicial o direito do administrado ofendido pelo ato restritivo (cujo prazo de prescrição se verificou), dificilmente a Administração Pública anularia *motu proprio* o ato viciado. E se o administrador público o fizesse o que diriam, a propósito, os órgãos de controle do patrimônio público?

e) ausência de má-fé

A noção jurídica de boa-fé apresenta-se como um dos temas de grande relevância no Direito Público contemporâneo[43]. Cada vez mais, a vertente objetiva da boa-fé é valorizada, a fim de vedar a prática de comportamentos contraditórios e imprevisíveis.

Muito difundido nas relações privatistas, notadamente no âmbito das relações contratuais, o princípio jurídico da boa-fé objetiva é expresso no art. 231, §6º, da Constituição da República.

O art. 54 da Lei 9.784/99, ao condicionar o reconhecimento da decadência em desfavor da autotutela administrativa e da heterotutela judicial à ausência de má-fé, não especifica o sujeito de que o elemento anímico se cogita – se o destinatário do ato ou se o agente que praticou o ato. Parece-me claro que o legislador se refere à ausência de má-fé do destinatário do ato, é dizer o que deseja a regra é que "o destinatário não tenha contribuído [ou influído], com sua conduta, para a prática do ato administrativo ilegal."[44].

Embora no direito alienígena haja certa divergência no que respeita à

---

resposta for negativa, a prescrição atinge apenas as parcelas (Súmula 85 do STJ). A propósito, manifesta-se a doutrina "se há qualquer comportamento em que esteja evidenciada a negativa pública, tem-se aí o início do prazo prescricional do fundo do direito (e não apenas das parcelas que possam do mesmo decorrer). Isto porque, neste caso, não se trata do recebimento de parcelas, mas do não-reconhecimento de situação jurídica fundamental [...] Em outras circunstâncias, no entanto, não se identifica comportamento legislativo ou administrativo do qual decorra concreta e expressamente a recusa estatal em observar o direito integrante do patrimônio de terceiro. Neste caso, tratando-se de obrigações de trato sucessivo, entende-se que o fundo do direito permanece incólume, sendo atingidas tão somente as prestações anteriores ao qüinqüênio que antecedeu o ajuizamento da ação. Isto significa que, se não foi indeferido, claramente, pelo Poder Público, o direito reclamado, prescrevem somente as prestações anteriores ao qüinqüênio que precede o ajuizamento da demanda." (CARVALHO. *Curso...*, cit. p. 504-505)

[43] Tal afirmação não desconsidera a vertente que analisa a segurança jurídica como fundamento do próprio ordenamento jurídico, de modo que não haveria se falar em *"segurança do contribuinte"*, *"do administrado"* ou do *"jurisdicionado"*.

[44] SILVA. O princípio..., cit. p. 48. A mim me parece pouco importar à estabilização das relações jurídicas entre Administração Pública e administrados o ânimo do agente público no momento da prática. Este – se tiver praticado ato indevido –, responderá conforme seu espectro típico de responsabilidades.

contribuição do destinatário à prática do ato e seus efeitos[45], no Brasil a legislação tradicionalmente exige que a irregularidade do ato seja imputável ao beneficiário.[46]

Note-se que, para o reconhecimento da decadência, o legislador não exige boa-fé do agente. O dispositivo alude a "ausência de má-fé" (do agente) e essa menção, sobre ser mera discussão semântica, traz repercussões importantes no que toca ao ônus de prova do elemento anímico, para divisar a incidência ou não da decadência.

Com efeito, se a lei tivesse referido à expressão "salvo comprovada boa-fé", o ônus de demonstrá-la – a boa-fé – seria do destinatário do ato. Mas ao optar pela expressão "salvo comprovada má-fé", deixou ver que o ônus de provar a inexistência de boa-fé é da Administração Pública, sendo certo que esta (boa fé) é sempre presumida e que a má-fé somente deve ser proclamada *beyond all reasonable doubt* (além de qualquer dúvida razoável).

Bem de ver que – e assumo aqui posição controvertida – independentemente da previsão do art. 54 da Lei 9.784/99, sustenta-se haver hipóteses em que o passar dos anos – vários anos – sepultará, mercê da incidência direta do princípio da segurança jurídica, a possibilidade em si de comprovar-se a má-fé do destinatário do ato (para evitar a decadência) e mesmo do agente que o praticou (para responsabilizá-lo), cristalizando em definitivo os vícios eventualmente existentes.

Deveras, não se coadunaria com a cláusula do Estado de Direito a possibilidade infinda e perpétua de persecução do vício (qualquer que seja ele) de atos ou condutas administrativas, sob pena de desestabilizacão das relações jurídicas – a vertente objetivada do princípio da segurança jurídica: o tempo há de ser remédio para todos os males da vida: *dormientibus non sucurrit jus.*

Nesses casos, o que a aplicação do princípio da segurança jurídica inviabiliza é a própria pretensão de se comprovar a má-fé do destinatário do ato. Afasta-se, para o império do princípio, a possibilidade de se buscar, por conta da comprovação do elemento anímico do destinatário, a anulação (administrativa ou judicial) do ato.

Veja-se que não se trata aqui de proteger atos ou sujeitos que tenham agido de má-fé no passado – isso é efeito reflexo –, senão de afastar a possibilidade em si de sindicar o elemento subjetivo da conduta do beneficiário do ato, por conta da necessidade societária de estabilidade das relações

[45] Na Alemanha, o conhecimento por parte do destinatário da ilegalidade do ato ou seu desconhecimento por grave negligencia são excludentes da aplicação do princípio da proteção à confiança. Na França, as investigações acerca da boa-fé se esgotam na apuração da existência de manobras fraudulentas do interessado para a obtenção do ato administrativo que o beneficiou (cf. SILVA. O princípio..., cit. p. 48-49).

[46] Nesse sentido, o art. 49, parágrafo único, do revogado Decreto-Lei 2.300/86 e o art. 59, parágrafo único, da Lei 8.666/93.

jurídicas. O passar de largo tempo desde a prática do ato impede que se cogite da presença de má-fé ou boa-fé no momento de sua prática: "a poeira é varrida para debaixo do tapete".

A propósito, Miguel Reale – com esteio na lição de Frederico Marques – e muito antes do advento da Lei 9.784/99 –, sustentou que "a subordinação do poder anulatório a um prazo razoável pode ser considerado requisito implícito no princípio do *due process of law* [de modo que] se a decretação de nulidade é feita tardiamente, quando a inércia da Administração já permitiu se constituíssem situações de fato revestidas de forte aparência de legalidade, a ponto de fazer gerar nos espíritos a convicção de sua legitimidade, seria deveras absurdo que, a pretexto da eminência do Estado, se concedesse às autoridades um poder-dever indefinido de autotutela".[47]

A sustentação que ora se realiza não destoa, no essencial, do voto do Min. Gilmar Mendes, no julgamento do MS n. 24.268/MG, Ellen Gracie, contra ato do TCU que determinara, sob o argumento de ocorrência de fraude, a cassação de pensão de beneficiária de servidor, dezoito anos após a concessão. Naquela ocasião, conquanto o processo tenha sido resolvido com base na ausência de garantia do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CR), registrou sua excelência – o Min. Gilmar Mendes – que, embora não estivesse seguro da possibilidade de invocação do art. 54 da Lei 9.784, de 1999 [certamente por conta da possível presença de má-fé], a ele parecia inegável a existência, *in casu*, de um *quid* relacionado com a segurança jurídica, que recomendava, no mínimo, maior cautela: "é possível, pois, que no caso em apreço fosse até de se cogitar da aplicação do princípio da segurança jurídica, de forma integral, de modo a impedir o desfazimento do ato."

É óbvio que não se poderia sustentar, em hipóteses dessa natureza, que o prazo razoável para o reconhecimento da incidência direta do princípio da segurança jurídica fosse o mesmo prazo previsto no art. 54 da Lei 9.784/99 (cinco anos). Sugere-se, pois, na ausência de prazo mais elástico em regras de direito público, a utilização do prazo prescricional de dez anos do art. 205 do Código Civil – o maior prazo prescricional das ações de natureza pessoal –[48] como norte para o reconhecimento da impossibilidade de anulação. Assim, como regra geral,[49] uma vez ultrapassados dez anos desde a prática do ato

[47] REALE. *Revogação...*, cit., p. 85-86.

[48] Anoto que o Código Civil em pelo menos dois dispositivos reconhece a possibilidade de usucapião, independentemente de boa-fé. O art. 1238 (relativamente aos bens imóveis) e o art. 1260 (relativamente aos bens móveis). O primeiro estabelece o prazo de 15 anos para a usucapião, mas admite, no parágrafo único, a redução desse prazo para 10 anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele tiver realizado obras de caráter produtivo. O segundo estabelece o prazo de 5 anos a usucapião dos bens móveis, independente de boa-fé. Assim, parece-me razoável o prazo de 10 anos defendido neste artigo para o império da segurança jurídica.

[49] Diz-se via de regra, porquanto a depender da situação fática, dita incidência direta do princípio poderá ocorrer mesmo antes desse prazo, haja vista a possibilidade de ponderação do princípio da legalidade com o princípio da segurança jurídica e outras circunstâncias de fato. Do mesmo modo que os vícios canhestros e evidentes, cuja manutenção se afigura incompatível em si com ordenamento jurídico não caducam conforme registrei anteriormente neste trabalho.

que se pretende desfazer, a incidência direta do princípio da segurança jurídica há de ser considerada impeditiva da medida, por inviabilizar a cogitação do elemento anímico do destinatário do ato.[50]

Relativamente à possibilidade de responsabilização do agente público que praticou o ato administrativo decaído, a discussão gira fundamentalmente em torno da regra inserta no art. 37, §5º, da Constituição da República. Não cabe aqui discuti-la, mas posso adiantar que não vislumbro neste dispositivo, estorvo à prescritibilidade.

6 – Prescritibilidade das ações de ressarcimento: o art. 37, §5º da Constituição da República

Tratar o tema da impossibilidade de desfazimento dos atos administrativos e seus efeitos induz inarredavelmente a necessidade de enfrentamento da regra inserta no art. 37, §5º da Constituição da República.

Assim se passa porque a leitura isolada e apressada dessa regra – que não raro é encontrada em autores de escol e em julgados dos principais Sodalícios do país – levaria à conclusão de que o art. 37, § 5º da Constituição da República ressalva da prescrição qualquer ação tendente a pleitear ressarcimento ao erário.

O Superior Tribunal de Justiça possui julgados que estampam essa orientação[51] e o Supremo Tribunal Federal, em decisão majoritária, no Mandado de Segurança 26.210-9/DF, Tribunal Pleno, Ricardo Lewandowski, tangenciou a matéria, para também sinalizar, com esteio na doutrina de José Afonso da Silva[52], o albergue à tese da imprescritibilidade das ações de ressarcimento.

Com o devido respeito, essa interpretação, para além de ultrapassar a própria letra constitucional (que textualmente não diz que ditas ações são

[50] Note-se que não se defende a aplicação do prazo prescricional do art. 205 do Código Civil – até porque a hipótese seria de decadência –, mas do balizamento da aplicação do princípio da segurança jurídica (independentemente do elemento anímico envolvido) pelo prazo nele previsto.

[51] Cf., por todos, o Agrg no REsp 662844/SP, 2ª T, Herman Benjamin, DJ 06.05.2009. Ainda: REsp 1056256/SP, 2ª T, Humberto Martins, DJ 04.02.2009.

[52] "A prescritibilidade, como forma de exigibilidade do direito, pela inércia de seu titular, é um princípio geral de direito. Não será, pois, de estranhar que ocorram prescrições administrativas sob vários aspectos, quer quanto às pretensões de interessados em face da Administração, quer quanto às destas em face de administrados. Assim é especialmente em relação aos ilícitos administrativos. Se a Administração não toma providência `a sua apuração e à responsabilização do agente, a sua inércia gera a perda do ius persequendi. É o princípio que consta do art. 37, §5º, que dispõe: 'A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.' Vê-se, porém que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo destoantes dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (dormientibus non sucurrit ius)." (Trecho citado no MS 26.210/DF, Lewandowsky).

imprescritíveis[53]) termina por fulminar qualquer possibilidade de prescrição de ações que tenham como pedido o ressarcimento em favor da fazenda pública. E isso se passa, independentemente de se tratar de ilícito penal, tributário, administrativo, improbidade, porquanto o dispositivo não ressalva a natureza do ilícito, e também não distingue entre ser o causador do dano agente público ou particular, pois a regra se aplica a "qualquer agente, servidor ou não".[54]

Dentro dessa lógica interpretativa, por exemplo, estariam aniquilados os prazos prescricionais da ação popular (art. 23 da Lei 4.717/65), da ação civil pública (que o STJ, por analogia, tem reconhecido ser o mesmo da ação popular[55]), nas ações regressivas contra servidores públicos (art. 37, §6º, parte final, da Constituição e 142 da Lei 8.120/90: embora aqui o prazo seja decadencial), nas ações de execução fiscal (art. 173 e 174 do CTN).

Mais do que isso, condutas praticadas – por servidores ou particulares – há mais de 20, 30, 50 anos... poderiam ser revolvidas a qualquer tempo, desde que a causa de pedir da ação fosse o dano ao erário e o pedido respectivo de ressarcimento.

Parece-me, à vista d'olhos, que tal interpretação contraria os princípios da segurança jurídica e do devido processo legal (art. 5º, LV, CR) e não corrobora o espírito do Estado de Direito.

No julgamento pelo STF do MS 26.210-9/DF, o Min. Marco Aurélio assentou não ser possível colocar "na mesma vala a situação patrimonial alusiva ao ressarcimento e outras situações em que a Constituição afasta a prescrição. O constituinte de 1988 foi explícito, em certos casos, quanto à ausência de prescrição. Aqui não. Não posso conceber que simplesmente haja o constituinte de 1988 deixado sobre a cabeça de possíveis devedores do erário, inclusive quanto ao ressarcimento por ato ilícito, praticado à margem da ordem jurídica, uma ação exercitável a qualquer tempo."

E assim o é porque o art. 37, §5º expressa e textualmente não alude à imprescritibilidade das ações de ressarcimento, diferentemente do que se passa, por exemplo, com os arts. 5º, XLII: "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível...", 5º, XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados...", 183, §3º e 191, parágrafo único: "os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.".

Sobre o tema, Sérgio de Andréia Ferreira descreve que a última versão do Projeto de Constituição consagrava a locução "ressalvadas as respectivas

[53] Note-se que quando o constituinte pretendeu estabelecer hipóteses de imprescritibilidade ele foi explícito, afastando cogitações interpretativas : relativamente aos crimes de racismo (art. 5º), à

[54] Sobre a aplicação do preceito aos particulares, o citado Acórdão do STF registrou que "não se justifica a interpretação restritiva [...], segundo a qual apenas os agentes públicos estariam abarcados pela citada norma constitucional, uma vez que, conforme bem apontado pela Prcouradoria-Geral da República, tal entendimento importaria em injustificável quebra do princípio da isonomia." (MS 26.210/DF, Lewandowsky).

[55] Cf., por todos, REsp 727131/SP, 1. T, Luiz Fux, DJ de 23.04.2008.

ações de ressarcimento, que serão imprescritíveis", locução esta que restou alterada e transposta para o §5º do art. 37 do Texto Constitucional, sem as três últimas palavras (que serão imprescritíveis), o que, à evidência, deixa ver que o preceito examinado não induz imprescritibilidade.[56]

Note-se que mesmo a doutrina de José Afonso da Silva, utilizada pelo Supremo Tribunal Federal para lastrear a tese da imprescritibilidade das ações ressarcitórias, termina por admitir a tese da prescritibilidade. Afirma o autor que: "Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário."

Com efeito, se a apuração (e punição) do ilícito prescreve, uma vez transcorrido o prazo previsto para tal, não mais seria possível tencionar apurá-lo, de modo que sequer se cogitaria do ressarcimento. Assim, sob pena contradição, tenho que a citada doutrina propõe divisar duas situações. A primeira relativa à apuração (e punição) do ilícito, que se submete a prazo prescricional. A segunda relativa ao ressarcimento, que seria imprescritível, mas que pressupõe tenha o ilícito sido apurado em tempo hábil. Não é esta, todavia, a tese que esposo.

Parece-me óbvio que, se a regra geral num Estado de Direito é o reconhecimento da prescritibilidade (das pretensões) como inerência à estabilização das relações jurídicas[57] - e em obséquio ao princípio da segurança jurídica –, se do dispositivo constitucional (art. 37, §5º) se puder extrair interpretação que prestigie dita estabilização, esta haverá de ser a exegese única a ser perseguida pelo intérprete.

Nesse passo, propõe-se leitura conjugada dos §§4º e 5º da Constituição da República[58]. É dizer: os ilícitos de que cogita o último (§ 5º) serão necessariamente qualificáveis como atos de improbidade administrativa (conceito indissociavelmente ligado ao princípio da moralidade administrativa). Assim, ressalvam-se de sua incidência os demais tipos de ilícitos (civis, tributários, administrativos sem improbidade), os quais seguirão, para fins de prescrição (e decadência), os prazos específicos previstos na legislação infraconstitucional e, na ausência, o do art. 1º do Decreto 20.910/32. Tocante

---

[56] FERREIRA, Sérgio de Andréia. *Comentários à Constituição*, Rio de Janeiro: Fritas Bastos, 1991, Vol. 3º, p. 313, citado por SILVA. O Princípio..., cit., p. 45, nota 78.

[57] O voto do Min. César Peluso, no julgamento do MS 26.210-9/DF, registra a impossibilidade de se dilargar interpretativamente o conteúdo da regra do §5º do art. 37 da Constituição: "Esta norma estabelece claramente uma exceção – eu diria, exceção marcante – em relação a princípio universal: o princípio de limitação de prazo de exercício de todas as pretensões, porque é este requisito se segurança jurídica. Há discussão em doutrina sobre as ações declaratórias, para saber se seriam ou não imprescritíveis, mas a regra geral, como princípio universal, formulado em benefício da paz social e da segurança jurídica, é que todas as pretensões estão sujeitas à prescrição, e alguns direitos, sujeitos à decadência. Então, em se tratando de exceção a uma regra de tão amplo alcance, teria de ser interpretada, já desse ponto de vista, estritamente."

[58] Cf., nesse sentido, SILVA, Almiro do Couto. Notas sobre o dano moral no Direito Administrativo. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 18. abr./maio/jun., 2009. p.13. www.direitodoestado.com.br. Acesso em 26.08.2008.

ao ressarcimento, em face da pertinência temática, deve-se preferir o prazo do art. 23 da Lei 4.717/65 (ação popular).

Resta discorrer sobre o sentido jurídico que se deve atribuir à ressalva constante da parte final do art. 37, §5º da Constituição da República.[59]

A parcela da doutrina e da jurisprudência que sustenta a prescritibilidade das ações de ressarcimento geralmente considera que a ressalva da parte final do dispositivo quer significar apenas que o prazo prescricional da pretensão e da ação de direito material respectiva é independente do prazo fixado para as sanções punitivas. Como conseqüência, ou o prazo prescricional da ação de ressarcimento é o comum, ordinário, ou outro, específico, mas sem vinculação necessária com aquele anteriormente referido.[60] Assim, na inexistência de lei específica a estipulá-lo[61], dever-se-ia aplicar a regra geral para prescrição das ações pessoais constante do Código Civil, que era de 20 anos sob a égide do Diploma de 1916 (art. 177) e atualmente é de 10 anos (art. 205 do Código Civil de 2002).

A tese é sustentável, mas traz em si dois inconvenientes. Primeiro, utiliza-se de prazo de regra de direito civil para ser aplicado no âmbito do direito administrativo (o que não seria só por si equivocado, mas a preferência há de ser para regras de direito público)[62]. Segundo, não explica o porquê de

---

[59] Relativamente à primeira parte do dispositivo, não há maiores controvérsia quanto à prescritibilidade (decadência) da intenção sancionatória do Estado: a Lei 8.429/92 ao regulamentá-lo estabelece (art. 23) dois prazos prescricionais (decadenciais) diferenciados. O primeiro relativo aos exercentes de mandato eletivo e ocupantes de cargos em comissão e função de confiança, que é de 5 (cinco) anos contados a partir do término do exercício do mandato ou comissão. O segundo relativo aos servidores ocupantes de cargo efetivo ou emprego, que é o mesmo prazo estabelecido para a fulminação (decadência) da pena administrativa de demissão no estatuto próprio dos servidores (aqui há um problema no que concerne à aos ocupantes de emprego público submetidos à CLT. É que esta não fixa prazo para a demissão de servidor, restando cogitar-se da aplicação do prazo dos estatutos locais, se houver). Quanto aos particulares, na ausência de prazo prescricional específico, o STJ tem aplicado, por extensão, o mesmo prazo de prescrição aplicável ao agente público (cf., por todos, REsp n° 965.340/AM, Castro Meira, DJ de 08.10.2007)

[60] FERREIRA. *Constituição...*, cit. loc. cit.

[61] Cf. TOURINHO, Rita. A prescrição e a Lei de Improbidade Administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 12, out./nov./dez., 2007. p. 7.www.direitodoestado.com.br. Acesso: em 26.08.1009.

No mesmo sentido, GABARDO, Emerson. Palestra no VI Congresso Mineiro de Direito Administrativo, Belo Horizonte, maio, 2009.

[62] Romeu Bacellar Filho sobre o tema aduz que “é precisa a lição de Celso Antônio Bandeira de Melo, para quem, ante a ausência de regra fixando genericamente prazo prescricional, ‘o correto não é a analogia com o Direito Civil, posto que, sendo as razões que o informam tão profundamente distintas das que inspiram as relações de Direito Público, nem mesmo em tema de prescrição caberia buscar inspiração em tal fonte. Antes, dever-se-á, pois, indagar do tratamento atribuído ao tema prescricional ou decandencial em regras genéticas de Direito Público.’ [...] Logo, a aplicação analógica do Código Civil [...] somente estaria autorizada na ausência de legislação administrativa.” (BACELLAR FILHO, Romeu. Felipe. *Reflexões sobre Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 221). Também a jurisprudência do STJ coleciona julgados no sentido de que “no processo integrativo o intérprete deve buscar, prioritariamente, no próprio sistema de Direito Público as normas aplicáveis por analogia.” (REsp 1044320/PE, Eliana Calmon, DJ de 17.08.2009).

se utilizar um prazo diferente do que prevê a ação popular para o ressarcimento ao erário.

É por isso que a leitura que se propõe ao §5º do art. 37 da Constituição assume relevância ainda mais evidente. É importante reproduzir a regra constitucional.

> Art. 37 [...]
>
> §5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

Já afirmei que o dispositivo tem de ser lido com o §4º. Os ilícitos de que se cogita são necessariamente atos de improbidade.

Quanto à ressalva, penso que ela é relativa não à lei (de improbidade), mas ao próprio prazo de prescrição nela previsto. É dizer: as ações de ressarcimento decorrentes de atos de improbidade não iniciam seu prazo de prescrição, enquanto não transcorrido o prazo previsto no art. 23 da Lei de Improbidade Administrativa.

Certamente, objetar-se-á ao fundamento de que a prescrição se rege pelo princípio da *actio nata* e seu termo inicial é contemporâneo à prática do ato de improbidade, o que não se sustenta diante da leitura do próprio art. 23 da Lei 8.429/92, cujo inciso I desvinculou o *dies a quo* do prazo prescricional do momento em si da prática do ato hostilizado: o termo inaugural da prescrição nele previsto é a data do término do exercício do mandato, do cargo em comissão ou função de confiança, que não é idêntico ao da prática do ato de improbidade.

Logo, a ressalva do §5º tem o efeito de impedir que durante o transcurso do prazo de prescrição das sanções de improbidade, o prazo de prescrição do ressarcimento tenha curso. Numa palavra: a ressalva impede que o prazo prescricional (do ressarcimento por improbidade) flua.

Assim, durante o prazo prescricional do art. 23 da Lei 8.429/92 é possível cumular-se na ação civil de improbidade administrativa pleitos sancionatórios e ressarcitórios (se houver dano ao erário). Após esse prazo, existindo a pretensão respectiva, deve-se cogitar apenas do ressarcimento, cujo prazo prescricional, de cinco anos (típicos do direito público), [63] iniciará o cômputo na data do término do prazo prescricional da lei de improbidade administrativa.

Note-se que neste caso (propositura da ação de ressarcimento fundada em ato de improbidade depois do prazo do art. 23 da Lei 8.429/92), porquanto

[63] O prazo prescricional da ação popular é de 5 (cinco) anos, conforme o art. 21 da Lei 4.717/65, aplicável por analogia à ação civil pública e também à ação de improbidade para fins de ressarcimento.

a causa de pedir da ação será o dano a erário decorrente do ato de improbidade, a sentença deverá afirmar se houve ato de improbidade (embora não possa mais aplicar sanções ao réu) e que o prazo prescricional não teve curso por conta da ressalva do art. 37, § 5º, da Constituição, condenando, consequentemente, o réu ao ressarcimento.

Por outro lado, se a sentença afirmar que não houve improbidade, remeterá o autor às vias próprias para fins de ressarcimento, não podendo condená-lo na própria ação de improbidade.

O raciocínio leva às seguintes constatações:

a) A ação civil pública clássica e a ação popular, que tencionam anular ato administrativo lesivo ao patrimônio público, mas que não configurem ato de improbidade administrativa, prescrevem em cinco anos contados da data de sua prática (art. 23 da Lei 4.717/65);

b) A ação de improbidade administrativa sem pleito de ressarcimento, prescreve nos prazos do art. 23 da Lei 8.429/92, que são, em regra, de cinco anos.

c) A ação de improbidade cumulada com ressarcimento quando julgada procedente, declarará a existência da improbidade, aplicando proporcionalmente as penas previstas no art. 12 da Lei 8.429/92, e, se houver comprovação do dano (o ônus é do autor), determinará o ressarcimento;

d) A ação de improbidade administrativa cumulada com ressarcimento quando julgada improcedente (considerando que inexistiu improbidade), declarará a inocência do réu, e não poderá condená-lo ao ressarcimento, remetendo o autor às vias próprias (ação civil pública clássica). Neste caso, se da data da prática do ato inquinado até a data do manejo desta ação própria ao ressarcimento, já se tiver verificado o prazo de cinco anos (da ação popular, aplicável por analogia à ação civil pública), o pleito de ressarcimento estará prescrito, nos termos da alínea "e".

A tese que se apresenta concilia o princípio da segurança jurídica e a necessidade de prazos prescricionais maiores para o ressarcimento decorrente de atos de improbidade administrativa, ao mesmo tempo em que prestigia a prescritibilidade das sanções típicas e das ações de ressarcimento.

Tem também o mérito de forçar os legitimados às ações civis de improbidade administrativa e às ações civis públicas clássicas (que são praticamente os mesmos[64]), a escolherem corretamente a ação a ser manejada, conforme a situação fática subjacente. Isto porque o ingresso da

[64] O fato de um legitimado mover ação de improbidade cumulada com ressarcimento contra um determinado sujeito, não impede que a ação civil pública clássica seja movida contra o mesmo sujeito por outro legitimado. O fundamento para tanto é o art. 17, §5º da Lei 8.429/92.

ação de improbidade no lugar da ação civil pública clássica poderá ensejar, em caso de improcedência, a prescrição do ressarcimento, já que a sentença, ao dizer da inexistência da improbidade, remeterá o autor às vias próprias (que a esta altura já poderão estar obstadas pelo transcurso do prazo prescricional qüinqüenal).

Belo Horizonte, novembro de 2009.

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:

FERRAZ, Luciano. Segurança Política Positivada: Interpretação, Decadência e Prescritibilidade. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 22, junho, julho, agosto, 2010. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-22-JUNHO-2010-LUCIANO-FERRAZ.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 RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: ISSN 1981-1888

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br

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

5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Nenhuma informação disponível.