

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

**RENATA HAUENSTEIN**

**A IMPRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO:  
UMA ANÁLISE SOB A ÉGIDE DO ESTADO DE DIREITO.**

São Paulo

2015

RENATA HAUENSTEIN

**A IMPRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO:  
UMA ANÁLISE SOB A ÉGIDE DO ESTADO DE DIREITO.**

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo / COGEAE, como requisito parcial para a obtenção do título de especialização em Direito Administrativo, *lato sensu*, sob a orientação do Professor Mestre Thulio Caminhoto Nassa.

São Paulo

2015

RENATA HAUENSTEIN

A IMPRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO: UMA  
ANÁLISE SOB A ÉGIDE DO ESTADO DE DIREITO.

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo / COGEAE, como requisito parcial para a obtenção do título de especialização em Direito Administrativo, *lato sensu*, sob a orientação do Professor Mestre Thulio Caminhoto Nassa.

Aprovada em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Orientador:

---

Profº. Ms. Thulio Caminhoto Nassa

Ao hoje anjo mais encantador e estrela reluzente, que enquanto me conduziu em vida, mostrou-me o mais lindo dos sentimentos: o amor. É a ti mãe, de ontem e de hoje, que dedico meus afazeres, minhas conquistas e realizações, as quais continuarei a dedicar-te por todos os dias da minha vida.

Ao meu maior exemplo de força, de caráter, que foi meu herói na infância e hoje, meu grande pai. Meus infinitos agradecimentos pelo incentivo à leitura desde meus primeiros anos de vida; por me oferecer o desfrute de doces e simples brincadeiras na infância, e por plantar em mim grande parte da sua personalidade. Obrigada por ter me tornado em quem sou. Certamente, levarei a memória de nossa relação e de suas lições aos seus futuros netos, meus filhos, com imenso amor e orgulho.

À minha pequena Manuella, por ser a razão da minha alegria, todos os dias.

## AGRADECIMENTOS

À Deus, por manter em mim acesa a fé da qual energicamente necessito para caminhar, e por manter minha família e eu sob sua mais segura proteção.

Aos meus queridos amigos que me enriqueceram com sabedoria durante nossos debates matutinos na sede da PUC/COGEAE.

Minha eterna gratidão aos meus pais, por serem a grande fonte incentivadora dos meus estudos.

Aos professores Marcio Cammarosano, Clóvis Beznos, Luís Manuel Fonseca Pires e José Roberto Pimenta Oliveira por fomentarem brilhantemente a minha paixão pelo Direito Administrativo.

Ao meu professor orientador, Thulio Nassa, pela valorosa atenção e seriedade depositada neste trabalho. Que outros orientandos possam ter o privilégio que tive em desfrutar de seu aprofundado conhecimento jurídico.

## RESUMO

Pretende-se por este trabalho investigar as normas jurídicas que devem ser aplicadas na interpretação da norma constitucional estampada na letra do artigo 37, §5º, da Constituição Federal.

Tal impulso acadêmico se deve em razão da confusa redação da norma constitucional supracitada, que tem ensejado embates em sede doutrinária e jurisprudencial acarretando no questionamento se a norma está de fato a proclamar a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário.

A análise da questão vertente se assenta no estudo do instituto da prescrição e, mais profundamente, na verificação das normas jurídicas que devem incidir no trabalho interpretativo da norma constitucional em apreço. Ademais, busca-se trazer à colação a incidência da prescrição em outros ramos do Direito, além do estudo da evolução histórica da redação do artigo constitucional.

Resultou do presente trabalho a demonstração dos princípios incidentes na matéria e que a ponderação de princípios, em caso de conflito destes, é a medida necessária para que se chegue ao resultado da norma aplicável capaz de alcançar o fim de fato prestigiado pelo Direito.

Palavras chave: Ressarcimento. Erário. Prescrição. Segurança Jurídica.

## ABSTRACT

This work intends to investigate the legal rules that should be applied in order to issue constitutional interpretation of the article 37, paragraph 5, of the Constitution of the Federative Republic of Brazil.

Such academic study exists due to the inaccurate writing of the aforementioned constitutional rule, which has been the focus of debate in jurisprudential researches and court opinions and given rise to questioning whether the legal rule indeed establishes the lack of a limitation period for claims on reimbursement of the Treasury.

Such issue will be addressed by means of studies of the limitation period and, more specifically, by examining the legal technique that should be applied to the interpretive work of the constitutional law mentioned herein. Furthermore, it is important to identify the incidence of the limitation period in other branches of Law, besides studies of the historical evolution of that constitutional article's writing.

This work has set the goal of establishing what must be taken into consideration in case there seems to be a clash between legal principles, considering the existing touchstones, so that the real objective of the constitutional rule can be fully achieved.

Keywords: Reimbursement. Public Treasury. Limitation Period. Legal Certainty.

## SUMÁRIO

|  |    |
|--|----|
| <b>Introdução .....</b>                                      | 11 |
| <b>Capítulo I</b>  |    |
| <b>Prescrição</b>  |    |
| 1. <i>Breves considerações.....</i>                          | 14 |
| 2. <i>Histórico.....</i>                                     | 16 |
| 3. <i>Conceito.....</i>                                      | 18 |
| 4. <i>Prescrição e Decadência. Diferenças.....</i>           | 20 |
| 5. <i>Imprescritibilidade.....</i>                           | 25 |
| 5.1. <i>Origem.....</i>                                      | 25 |
| 5.2. <i>A imprescritibilidade no Direito Brasileiro.....</i> | 26 |
| <b>Capítulo II</b>   |    |
| <b>Normas Jurídicas Aplicáveis</b>                           |    |
| 1. <i>Classificação das Normas Jurídicas.....</i>            | 30 |
| 1.1. <i>Regras e Princípios Jurídicos.....</i>               | 32 |
| 1.2. <i>Postulados.....</i>                                  | 37 |
| 2. <i>Princípios e regras aplicáveis ao tema.....</i>        | 43 |

|   |    |
|---|----|
| 2.1. Segurança Jurídica.....                                    | 43 |
| 2.1.1. Segurança Jurídica e Justiça.....                        | 50 |
| 2.1.2. Segurança Jurídica no Estado de Direito.....             | 52 |
| 2.1.3. A prescritibilidade como viés da segurança jurídica..... | 54 |
| 2.2. Ampla Defesa.....  | 56 |
| 2.3. Igualdade.....   | 58 |
| 2.4. Princípio da Boa Administração.....                        | 62 |
| 2.5. Interesse Público: primário e secundário.....              | 67 |

### **Capítulo III**

#### **A prescrição e suas relações no Direito**

|   |    |
|---|----|
| 1. A prescritibilidade das ações tributárias.....   | 71 |
| 2. O prazo quinquenal do administrado contra a Fazenda Pública.....   | 74 |
| 3. Convalidação e estabilização dos efeitos dos atos jurídicos.....   | 76 |
| 3.1. O prazo de invalidação dos atos da administração – Artigo 56 da Lei Federal n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999..... | 82 |
| 3.2. A modulação dos efeitos pelo Supremo Tribunal Federal.....   | 84 |
| 4. Âmbito de abrangência da prescrição prevista no Código Civil.....  | 88 |

### **Capítulo IV**

#### **A imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário**

|  |     |
|--|-----|
| 1. Evolução histórica.....   | 91  |
| 2. Dissonâncias acadêmicas da correta interpretação do artigo 37, §5º da Constituição Federal..... | 95  |
| 3. A posição jurisprudencial brasileira.....   | 100 |

|  |     |
|--|-----|
| <b>Conclusão.....</b>                  | 105 |
| <b>Referências bibliográficas.....</b> | 112 |

## INTRODUÇÃO

A Carta Democrática de 1988, em novidade frente às redações constitucionais pretéritas, prelecionou em seu artigo 37, §5º, que “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de resarcimento”.

De início, jus acadêmicos empunhados em critérios hermenêuticos gramaticais e, desprendidos dos demais, davam à redação do § 5º, do artigo 37 da Constituição Federal, interpretação no sentido de que as ações que buscavam recompor o erário estariam ressalvadas do estabelecimento de prazo prescricional pela lei, sendo portanto, imprescritíveis.

Com a mutação de ideias que o tempo, o estudo e a casuística trazem, parte da doutrina e da jurisprudência, embora acanhados e minoritariamente, passaram a contestar a interpretação gramatical dada à redação do artigo, impulsionada primeiramente pela má dicção empregada na sua redação e, depois, pelo choque de valores que se denotava na análise sistêmica constitucional, mormente à luz da segurança jurídica.

Ao passo em que surgiu essa ala colocando a questão face à segurança jurídica e a estabilidade das relações, houve um movimento dos defensores da imprescritibilidade de tais ações em afirmar que por não se tratar de conflitos individuais de natureza privada e em vista de atender o princípio da moralidade administrativa, o tratamento diferenciado estaria por justificado.

Destarte, o problema passou a ser uma questão de princípios. Os argumentos que se irradiam por todos os lados, pelos que no embate da questão defendem a segurança jurídica e outros que defendem a moralidade administrativa, se revela apenas como contemplação de uma das vias interpretativas possíveis.

Embora a temática tenha trazido derradeira inquietude aos acadêmicos, poucos esforços foram empreendidos no sentido de compreender o instituto da imprescritibilidade das ações de resarcimento ao erário e o respectivo aparato jurídico que deveria lhe orbitar. Não nos parece de tão alta relevância somente a delimitação do instituto de *per si*, mas sim, de qual a leitura correta a ser dada ao artigo aqui cogitado, frente à antinomia aparente<sup>1</sup> que se revela.

Deste modo, a pretensão do presente trabalho reside em torná-lo ponto de partida à evolução do estudo da hipótese aventada na letra constitucional que aqui estamos a tratar. Há muito escritos sobre o tema cujo método empírico foi o adotado, sendo que, certamente, o mais seguro dos métodos é o científico. Assim, valendo-nos de tal método, procuraremos buscar nas normas jurídicas bases condizentes que revelarão a leitura adequada que se deve oferecer ao artigo constitucional.

Para tanto inicialmente trabalharemos, sinteticamente, com a origem histórica da prescrição, perquirindo seus atuais contornos, na mesma linhagem em que traremos luzes acerca da imprescritibilidade. Traremos, igualmente, alguns pontos importantes no tocante à diferenciação entre os institutos da prescrição e da decadência, eis que comumente tais institutos acabam por ser compreendidos com similitude. Tal apresentação se faz válida no presente estudo como base conceitual do instituto da prescrição, de forma que o desenvolvimento posterior do trabalho possa fluir claramente, de modo que no avançar das linhas a locução do despretensioso estudo fique compreensível.

---

<sup>1</sup> Antinomia nada mais é que conflitos normativos. A antinomia pode ser classificada como real ou aparente. A antinomia é real quando o processo interpretativo ao final se revela insuficiente, caracterizando uma situação sem saída. Já quando a antinomia é aparente, a solução é possível, quando adotado métodos e critérios adequados de interpretação, que serão capazes de denotar qual previsão tem prevalência sobre a outra. In ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico, trad. J. Baptista Machado, Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 10<sup>a</sup> Ed., 2008, pg. 313.

Sequencialmente, procederemos à pesquisa relativa às normas jurídicas aplicáveis ao tema, procurando trazer elementos capazes de, ao menos por princípio de debate acadêmico, traçar o regime jurídico que delinea, ou ao menos, que deveria delinear as ações que buscam a recomposição do erário.

Para tanto e considerando a antinomia em testilha, metodologicamente propomos como instrumento para o desenvolvimento do presente trabalho, a teoria liderada por Robert Alexy e Ronald Dworkin, defensores da distinção qualitativa entre regras, princípios e postulados. Para Alexy, no conflito entre princípios, a solução que impera é o sopesamento dos valores envolvidos, auferindo por meio da regra da proporcionalidade, qual a norma aplicável no caso em concreto.

Nesse contexto, José Gomes Canotilho<sup>2</sup> afirma que o emprego da técnica de sopesamento de princípios “permitirá, por exemplo, descobrir o desvalor constitucional de alguns interesses pretensamente invocados como dignos de proteção em conflitos com outros”.

No mais, ainda que de forma lacônica, relacionaremos algumas hipóteses da relação da prescrição no direito brasileiro, acrescentando, especialmente, o tratamento jurisprudencial e doutrinário dispensado à hipótese de imprescritibilidade do § 5º, artigo 37, da Constituição Federal.

Nessa esteira de distinção entre regras, princípios e postulados e adotando a regra da proporcionalidade, acreditamos, ao menos que ainda de forma singela, que poderemos trazer embasamento científico que servirá de sustento à regra aplicável, condizente com a égide do Estado de Direito.

---

<sup>2</sup> CANOTILHO, José Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7<sup>a</sup> ed. Lisboa: Almedina, 2003, pg. 1.239.

## CAPÍTULO I

### PREScrição

#### 1. Breves considerações

O tempo revela-se como elemento inexorável das relações humanas. Não há nada no mundo em desenvolvimento em que o tempo não seja um fator indissociável. No ambiente das relações sociais o tempo é inquestionavelmente relevante, posto que ao compasso desse fenômeno é possível iniciar, desenvolver e findar atividades humanas.

Sob o aspecto jurídico, o tempo se constitui também como fato jurídico *stricto sensu*<sup>3</sup>, projetando efeitos jurídicos sobre determinadas relações, resultando-se, por conseguinte, na aquisição, modificação ou extinção de direitos ou situações jurídicas.

O direito, por meio do tempo, promove a modificação de situações jurídicas que ocorre, *exempli gratia*, com a maioridade civil de 18 anos, em que o sujeito inicialmente encontra-se em uma situação jurídica de plena incapacidade para o exercício dos atos da vida civil, quando menor de 16 anos, passando para a

---

<sup>3</sup> De nosso esclarecimento, fatos jurídicos *stricto sensu* são acontecimentos de ordem natural, que independem da ação humana para sua concretização, sobre os quais incidem efeitos jurídicos que promovem a criação, modificação ou extinção de direitos.

incapacidade relativa (dos 16 aos 18 anos) e depois para a plena capacidade civil, ao atingir a maioridade civil brasileira de 18 anos.

No âmbito da aquisição e extinção de direitos, o tempo se apresenta como fator de especial importância, onde podemos encontrar o instituto da prescrição, que se desdobra, segundo parte da doutrina baseada na teoria desenvolvida por juristas medievais<sup>4</sup>, nas espécies extintiva e aquisitiva, esta denominada no Brasil de usucapião, que se constitui em forma de aquisição originária da propriedade pelo decurso do tempo. Neste caso, o tempo promove a consolidação de uma situação jurídica preexistente.

De outra sorte, o decurso do tempo somado à inércia do sujeito são fatores que o ordenamento jurídico comprehende como capazes de fulminar direitos, onde temos a segunda espécie de prescrição: a extintiva.

Yussef Said Cahali referindo João Mendes de Almeida Júnior<sup>5</sup>, afirma em importante síntese, que num primeiro momento a prescrição pode denotar um instituto jurídico no qual há uma injustiça à vista, por retirar o direito do credor de receber seu crédito, tendo apenas como razão fundante o fato de não ter atuado em determinado lapso temporal.

Assim, nesse contexto, o mencionado autor afirma como fundamentos da prescrição: “1.º) a necessidade de fixar as relações de direito incertas, suscetíveis de dúvidas e contestações, impõe a conveniência de encerrar a incerteza em um lapso de tempo determinado; 2.º) a presunção de estar extinto o direito protegido pela ação resulta da natural suspeita de que o titular do direito tenha deixado por tanto tempo de exercer a sua ação, se o próprio direito já não estivesse extinto por qualquer maneira cuja prova não existe mais; 3.º) a punição da negligência do autor, razão esta que Savigny considera não como motivo positivo da prescrição, mas como uma resposta à alegação de injustiça da instituição; 4.º) é justo evitar que o autor, adiando por tanto tempo a sua ação, possa aumentar as dificuldades da defesa e das provas do réu”.

---

<sup>4</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil*. 26<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, pg. 414.

<sup>5</sup> ALMEIDA Jr., João Mendes de, *apud* Yussef Said Cahali. *Prescrição e Decadência*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pg. 23.

No ordenamento civilista pátrio, a preocupação com a não perpetuação de direitos se instala basicamente nos institutos da prescrição e da decadência, com a atual diferenciação técnica trazida pelo Código Civil de 2002, corroborando o entendimento doutrinário e jurisprudencial já assentado na vigência do Código Civil de 1916, cuja redação acabava por confundir os institutos.

## 2. Histórico

Sob o aspecto etimológico do termo prescrição, Maria Helena Diniz invocando Quicherat, aduz que “o termo prescrição procede do vocábulo latino *praescriptio*, derivado do verbo *praescribere*, formado de *prae* e *scribere*, com a significação de escrever antes ou no começo<sup>6</sup>”.

A acepção jurídica do termo prescrição se originou na Roma Antiga, onde os prazos para o exercício de direitos eram “pré-escritos (quer dizer, colocados antes) pelos pretores (juízes antigos)<sup>7</sup>, de forma a limitar temporalmente o exercício de determinadas pretensões em juízo.

No período do direito quiritário (*jus quiritium*), pertencente a uma das fases do Direito Romano, verificável no lapso temporal desde a fundação de Roma até a codificação da Lei das XII Tábuas<sup>8</sup>, a característica dos direitos era a perpetuidade, época em que também o direito encontrava-se na primeira fase de seu desenvolvimento.

No sistema formulário do direito pretoriano, ao pretor cabia o julgamento das lides com base em uma fórmula, onde preliminarmente ocorria a nomeação do juiz para específico e determinado litígio, em que também se fixava a enunciação da parte não contestada dos fatos, a indicação da pretensão do autor e a contestação

---

<sup>6</sup> DINIZ, Maria Helena, op. cit., pg. 405.

<sup>7</sup> RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo, *apud* CHAVES DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: parte geral, 10<sup>a</sup> ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, pg. 720.

<sup>8</sup>CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. Manual de Direito Romano. 6<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, pg. 16.

do réu, a atribuição conferida ao juiz para condenar ou absolver, bem como a autorização para o juiz atribuir às partes a propriedade do objeto litigioso<sup>9</sup>.

Com o advento da Lei Ebutia, no ano de 520 (século II a.C.), o pretor passou a vislumbrar maior poder de mando no julgamento dos litígios, onde era possível a criação de ações que não constavam no direito honorário, além de poder fixar um prazo para a sua duração, originando-se as ações temporárias<sup>10</sup>. Neste cenário estabeleceu-se que a propositura de demandas litigiosas deveriam amparar-se em determinado lapso de tempo e, decorrido o prazo fixado pelo pretor, não proposta a demanda, a ação estaria extinta.

A noção dos efeitos do decurso do tempo consolidou-se no âmbito do casamento romano (*cum manu*), visto que a formalidade matrimonial deveria obedecer a um rito por duas formas, pela *confarreatio* e pela *coemptio*. Nessa esteira, a desobediência a qualquer das formalidades previstas para o casamento, acarretaria casuisticamente a sua nulidade. Entretanto, estabeleceu-se que a convivência conjugal pelo prazo de um ano, somado a falta de reclamação por parte dos contraentes, afastaria a invalidade do casamento, consolidando-o como perfeitamente válido<sup>11</sup>.

Justiniano, condutor do Império Bizantino, também conhecido como Império Romano do Oriente<sup>12</sup>, foi quem idealizou, mais tarde, as duas espécies de prescrição, com a qual a doutrina denota identidade até os dias atuais: a) a *longistemporis praescriptio*, que corresponde à usucapião e, b) a *longissimi temporis praescriptio*, oponível em qualquer circunstância, não exigindo posse ou justo título como havia de existir no caso da prescrição *longis temporis praescriptio*<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. Da prescrição e da decadência. 3<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, pg. 3.

<sup>10</sup> Idem, pg. 4.

<sup>11</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. Código Civil Interpretado. 3<sup>a</sup> ed., São Paulo: Editora Atlas, 2013, pg. 297.

<sup>12</sup> MACIEL, José Fábio Rodrigues. A contribuição de Justiniano para o nosso Direito. Disponível em [www.cartaforense.com.br](http://www.cartaforense.com.br). Acesso em 16.01.2015.

<sup>13</sup> VENOSA, Silvio de Salvo, op. cit., loc. cit.

### 3. Conceito

Na vigência do Código Civil de 1916, um único capítulo da codificação tratava dos institutos da prescrição e da decadência, o que gerava entendimentos dissonantes na doutrina civilista acerca da exata delimitação dos institutos de prescrição e decadência, gerando controvérsias quanto ao seu conceito e efeitos.

Com o advento do Código Civil de 10 de janeiro de 2002, sob o prisma da operabilidade do direito civil, apresentada por Miguel Reale, os institutos foram tratados em apartado, cuja positividade atendeu ao reclamo da doutrina. Abalizado nisto e no sentido do termo prescrição utilizado na Roma Antiga, a redação da codificação civil de 2002, em seu artigo 189, assevera que “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição (...”).

Nesta toada, ao conceituar prescrição, a saudosa Civilista Maria Helena Diniz aduz que “a violação do direito subjetivo cria para o seu titular a pretensão, ou seja, o poder de fazer valer em juízo, por meio de uma ação (em sentido material), a prestação devida, o cumprimento da norma legal ou contratual infringida ou a reparação do mal causado, dentro de um prazo legal (...)”<sup>14</sup>.

De tal modo, à luz da atual dicção do artigo 189 do Código Civil, restou-se claro que a prescrição está relacionada ao aspecto processual, sendo causa da inércia do titular do direito, arrematando a discussão que se levantava sobre a incidência de seus efeitos sobre o direito material em si.

Nesta esteira, Câmara Leal afirmou em sua importante monografia que, “se a inércia é a causa eficiente da prescrição, esta não pode ter por objeto imediato o direito, porque o direito, em si, não sofre extinção pela inércia de seu titular. O direito, uma vez adquirido, entra, como faculdade de agir (*facultas agendi*), para o domínio da vontade de seu titular, de modo que o seu não-uso, ou não exercício, é apenas uma modalidade externa dessa vontade, perfeitamente compatível com sua conservação”. E mais adiante conclui, ainda, que “é contra essa inércia do titular, diante da perturbação sofrida pelo seu direito, deixando de protegê-lo, ante a

<sup>14</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil. 29<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, pg. 430.

ameaça ou violação, por meio da ação, que a prescrição se dirige, porque há um interesse social de ordem pública em que essa situação de incerteza e instabilidade não se prolongue indefinidamente<sup>15</sup>.

Assim, repisa-se em outras palavras que com a prescrição o direito subjetivo permanece intocável. É dizer que o sujeito, mesmo que alcançado pela prescrição, permanece titular do direito em si. Até porque o devedor poderá, voluntariamente, realizar o cumprimento da obrigação, sem que com isso possa, posteriormente, buscar ressarcir-se por meio da repetição do indébito, uma vez que a obrigação em si persistia, estando prescrita apenas a pretensão (Anspruch)<sup>16</sup> de impulsionar o Poder Judiciário.

Atualmente quase a totalidade do entendimento acadêmico pende-se pelo caminho de que a prescrição não atinge o direito subjetivo público abstrato de ação. A inteligência da doutrina hodierna pode ser fundamentada a começar pela mera leitura do artigo 189 do Código Civil, em que há o emprego do termo “pretensão”, ao se referir ao que se extingue. Caso a extinção recaísse sobre a ação, a redação do dispositivo traria o vernáculo “ação”, tornando coesa a intenção legislativa. Assim, parece-nos bastar tal leitura singela para chegar a essa conclusão. Ademais, se considerássemos que a intenção legislativa fosse tornar prescrita a ação, haveria incompatibilidade com a locução do artigo 5º, inciso XXXV, da Lei Fundamental, sendo tal dispositivo, por via de consequência, inconstitucional.

Além disso, intencionados em dotar de mais firmeza o que aqui estamos a afirmar, transcrevemos a passagem de Amorim Filho ao discorrer sobre a incidência do termo inicial da prescrição: “Compreende-se facilmente o motivo da escolha da pretensão como termo inicial do prazo de prescrição. É que o estado de in tranquilidade social que o instituto da prescrição procura limitar no tempo, não resulta somente da possibilidade de propositura da ação, mas também de um fato que sempre lhe é anterior, e que pode até ocorrer sem que haja nascido a ação: a possibilidade de exercício da pretensão. Pouco, ou nada, adiantaria paralisar a ação,

---

<sup>15</sup> CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. Op. cit., pg. 10.

<sup>16</sup> “Anspruch” é o termo utilizado no direito alemão para designar “pretensão”.

com o objetivo de alcançar aquela paz social, se a pretensão permanecesse com toda sua eficácia".<sup>17</sup>

Ademais, há de se asseverar que o efeito da prescrição, porquanto não incidente sobre o direito de ação, se refere à neutralização ou extinção da pretensão<sup>18</sup> <sup>19</sup>. Isto porque o credor de uma obrigação prescrita não tem, através da prescrição, seu direito de ação no Poder Judiciário esvaído, por se tratar de direito abstrato e autônomo, qualificado como garantia fundamental. Tanto é assim que o credor poderá acessar o Poder Judiciário livremente, mesmo que a obrigação esteja prescrita, caso em que receberá do Estado – Juiz, por sentença com resolução do mérito, o pronunciamento da ocorrência da prescrição, nos termos do artigo 269, inciso IV, do Código de Processo Civil.

A propósito, com o advento da Lei Federal nº 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, que alterou a redação do § 5º, do artigo 219 do Código de Processo Civil, *in verbis*: “O juiz pronunciará de ofício a prescrição”, enalteceu a característica da prescrição como matéria de ordem pública e de interesse social, agora de contorno irrestrito, excluindo a exceção que vigorava na redação anterior do artigo, onde previa que “não se tratando de direitos patrimoniais, o juiz poderá, de ofício, conhecer da prescrição e decretá-la de imediato”.

#### *4. Prescrição e Decadência. Diferenças.*

Ao lado da prescrição, o ordenamento jurídico prevê outros institutos que buscam limitar temporalmente o exercício de um direito ou de uma faculdade, como é o caso da decadência, perempção e preclusão. Neste trabalho, não nutrimos pretensões no sentido de tratar e aprofundar o conteúdo de todos os institutos,

---

<sup>17</sup> AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. Disponível em: [http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/17562/mod\\_resource/content/1/CRITERIO%20CIENTIFICO%20PRESCRICAO%20e%20DECADENCIA-2.pdf](http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/17562/mod_resource/content/1/CRITERIO%20CIENTIFICO%20PRESCRICAO%20e%20DECADENCIA-2.pdf). Acesso em 29.12.2014, pg. 16.

<sup>18</sup> CHAVES DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson, op. cit., pg. 723.

<sup>19</sup> TARTUCE, Flávio, cf. Manual de Direito Civil: volume único. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Método, 2014, pg. 223.

mesmo porque tal conduta se demonstra desnecessária. Parece-nos suficiente demonstrar os contornos existentes entre a prescrição e a decadência, que trabalharemos nas linhas seguintes.

A doutrina civilista brasileira há muito se esforçava para distinguir os institutos de prescrição e decadência. Por vezes, autores arguiam que não haveria qualquer distinção entre os institutos, o que nos parece ser incompreensível tal afirmação, posto que ausente qualquer fundamento que a justifique. Por outro turno, havia aqueles que afirmavam que a distinção entre os institutos haveria de se dar na análise do caso concreto. Em qualquer caso, a doutrina não conseguiu consolidar critérios científicos para identificar quando determinado prazo seria decadencial ou prescricional.

De toda sorte, fatidicamente os fatores operacionais da prescrição e da decadência encontram similitude, pois tanto em um instituto quanto no outro o que os fundam é a inércia somada a certo tempo transcorrido.

A diferenciação entre prescrição e decadência era estabelecida pela doutrina baseada nos efeitos ou consequências dos institutos, carecendo de critério científico. Nesse caso, afirmava-se que no tocante à prescrição esta corria contra determinadas pessoas, ao passo que a decadência corria *erga omnes*. Outra consequência levantada era a de que o curso do prazo da prescrição poderia ser alvo de suspensão ou interrupção; já os decadenciais eram fatais. No mais, muito se diferenciava os institutos pela forma de contagem dos prazos.

Nessa árdua tarefa, Antônio Luis da Câmara Leal procurou estabelecer, em profundo e distinto estudo, o qual resultou no livro *Da Prescrição e Decadência*, cuja primeira edição data de 1939, a diferença entre prescrição e decadência. Nesse aparato, Câmara Leal afirmou que “é de decadência o prazo estabelecido pela lei, ou pela vontade unilateral ou bilateral, quando prefixado ao exercício do direito pelo seu titular. E é de prescrição, quando fixado, não para o exercício do direito, mas para o exercício da ação que o protege. Quando, porém, o direito deve ser exercido por meio da ação, originando-se ambos do mesmo fato, de modo que o exercício da ação representa o próprio exercício do direito, o prazo estabelecido para a ação

deve ser tido como prefixado ao exercício do direito, sendo, portanto, de decadência, embora aparentemente se afigure de prescrição”<sup>20</sup>.

Mais tarde, o catedrático paraibano Agnelo Amorim Filho, insatisfeito pelos critérios não científicos oferecidos pela doutrina para a distinção entre os institutos, inclusive com aquele apresentado por Câmara Leal que, embora aplaudido, igualmente carecia de base científica, propôs a distinção entre a prescrição e decadência, com supedâneo na classificação dos direitos desenvolvida pelo jurista italiano Giuseppe Chiovenda, que explicaremos sinteticamente adiante.

Para Chiovenda os direitos subjetivos se subdividem em “direitos a uma prestação” e “direitos potestativos”. Por “direitos a uma prestação”, afirma-se que a finalidade dessa categoria de direitos é o bem da vida, ou seja, há sempre um sujeito passivo obrigado ao cumprimento de uma prestação em favor de outrem, seja ela negativa (não fazer), ou positiva (dar ou fazer). Já a classe dos chamados “direitos potestativos” podem ser compreendidos como o poder que a lei confere a um sujeito que, por simples manifestação de vontade, interfere na órbita jurídica de outrem provocando alterações nestas, sem que haja a necessidade de concurso de vontades<sup>21</sup>. Nos direitos potestativos as características que os denotam são, a) o chamado estado jurídico de sujeição, b) são insuscetíveis de violação e, c) não há prestação correspondente.

Como exemplo de direitos potestativos podemos citar, a) o poder do mandatário de revogar o mandato, b) o poder do herdeiro de renunciar ou aceitar a herança, c) o poder do cônjuge em requerer a dissolução da sociedade conjugal, d) o poder do contratante em pleitear a rescisão do contrato por inadimplemento, dentre tantas outras infinidades de exemplos.

Os direitos potestativos, *a priori*, são exercidos por seu titular sem a necessidade de intromissão judicial. Contudo, podemos nos deparar com situações em que o exercício do direito potestativo, mesmo que independa de socorro à via judicial, necessitam da concordância quanto à forma de exercício do outro que sofre a sujeição. Nesse caso, Amorim Filho cita como o exemplo o direito que tem o

---

<sup>20</sup> CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. Op. cit., pg. 110.

<sup>21</sup> AMORIM FILHO, Agnelo, op. cit., pg. 3.

vendedor de resgatar o imóvel vendido com cláusula de retrovenda e o direito que tem condômino de dividir a coisa comum<sup>22</sup>.

De outra sorte, há outros direitos potestativos que, por disposição legal, só podem ser exercidos por intermédio de demanda judicial. Neste caso a lei busca trazer maior segurança às situações jurídicas, tendo em vista que sua alteração tem impacto na ordem pública. É o caso das ações que visam alterar o estado civil das pessoas<sup>23</sup>, onde podemos citar como exemplo o direito do pai de contestar a paternidade dos filhos de sua esposa e o direito de invalidar casamento nulo ou anulável.

Importa notar que, nos dois casos em que o exercício dos direitos potestativos se dão calcados em ação judicial, o que se busca não é uma prestação, mas sim a alteração, criação ou extinção de uma situação jurídica. Tomemos o exemplo do direito de invalidar casamento nulo ou anulável: se por sentença judicial houver o reconhecimento da invalidade do casamento, o outro cônjuge não fica obrigado a uma prestação, mas fica sujeito aos efeitos da decisão, ainda que contra sua vontade.

Em liame com a classificação dos direitos de Chiovenda, foi estabelecido a classificação das ações em condenatórias, constitutivas e declaratórias. Assim, as ações condenatórias sempre terão por objeto os chamados “direitos a uma prestação”, pois como somente tais direitos estão sujeitos à violação, somente por meio destes é que surge a pretensão. Daqui se infere que somente os “direitos a uma prestação”, exercitáveis por meio de ações condenatórias, sofrem a incidência da prescrição, esta que recai sobre a pretensão<sup>24</sup>. Só há pretensão se há direito violado, que recebe proteção por meio das chamadas ações condenatórias.

Nessa esteira, alguns “direitos potestativos” são veiculados por meio de ações constitutivas, que tem prazo especial fixado em lei para seu exercício, que não visam condenar, mas apenas modificar, criar ou extinguir situações jurídicas. Por se tratar de direitos que não estão sujeitos à violação e, por via de consequência, não

---

<sup>22</sup> Ibidem, pg. 04.

<sup>23</sup> COUTURE, Eduardo, *apud* AMORIM FILHO, Agnelo, op. cit., pg. 8.

<sup>24</sup> AMORIM FILHO, Agnelo, op. cit., pg. 16.

há *pretensão* aventada, Amorim Filho<sup>25</sup> conclui que sobre tais direitos não pode incidir prazo prescricional, pois este corre à conta da pretensão. Neste caso, o prazo é de decadência.

Também leciona Amorim Filho em seu brilhante artigo que no caso da decadência, “o que intranquiliza não é a possibilidade de ser exercitada a pretensão ou proposta a ação, mas a possibilidade de ser exercido o direito. Assim, tolher a eficácia da ação, e deixar o direito sobreviver (como ocorre na prescrição), de nada adiantaria, pois a situação de intranquilidade continuaria de pé. Infere-se, daí, que quando a lei fixa prazo para o exercício de um direito potestativo, o que ela tem em vista, em primeiro lugar, é a extinção desse direito, e não a extinção da ação”<sup>26</sup>.

No que se refere às ações declaratórias, sua natureza não é a de impor prestações ou sujeições, mas sim de dar certeza a um fato que já existe no mundo jurídico. Por meio de uma ação declaratória, nada no mundo jurídico se modifica. Tudo permanece intocável. Com base nisso, Amorim Filho conclui que por faltar fundamento técnico ao estabelecimento de prazo para as ações declaratórias, já que não ventilam nem pretensões, tampouco sujeições, é de que tais ações não se sujeitam a quaisquer prazos decadenciais ou prescricionais. Nessa toada, ainda proclama que “se se levar em conta que a prescrição e a decadência têm uma finalidade comum, que é a paz social, ainda ficará mais evidenciada a desnecessidade de se fixar prazo para as ações declaratórias, pois, não produzindo elas (e as respectivas sentenças), como de fato não produzem, qualquer modificação no mundo jurídico (mas apenas a proclamação da certeza jurídica), seu exercício, ou falta de exercício, não afetam, direta ou indiretamente, a paz social”<sup>27</sup>.

Isto posto e com base no critério científico liderado por Amorim Filho, cujo é aceito majoritariamente pela doutrina, a exemplo de Carlos Roberto Gonçalves e Cristiano Chaves de Farias, pode-se concluir, em síntese, que é de prazo prescricional quando o direito a ser protegido é veiculado por meio de uma ação condenatória (onde há lugar para pretensão), e o prazo é decadencial quando lança-

---

<sup>25</sup> Idem, pg. 20.

<sup>26</sup> Idem, pg. 19.

<sup>27</sup> Ibidem, pg. 25.

se mão de ações constitutivas (que é atrelada ao exercício de direitos pelo seu próprio titular, apenas), sendo imprescritíveis as ações constitutivas quando a lei não fixar prazo para o seu exercício. Ademais, as ações declaratórias igualmente são imprescritíveis.

## 5. Imprescritibilidade

O prefixo “im” adicionado ao vernáculo prescritibilidade, emprega o caráter negativo a esta expressão, ao passo que se conclui que a imprescritibilidade das ações, esta a significar que as ações não se sujeitam a prazos prescricionais. O fator temporal é irrelevante para a proteção de direitos, onde a ação do sujeito em busca de amparo jurisdicional é acobertada pela característica da perpetuidade.

### 5.1. Origem

Conforme mencionado alhures, no subcapítulo em que tratamos do histórico do instituto da prescrição, a imprescritibilidade das ações foi ideia vigente na época do direito quiratório<sup>28</sup>, ou *jus civile*, direito este considerado nacional, formalístico, rigoroso, que cuidava apenas dos interesses dos romanos, em oposição ao *jus gentium*, onde se imperava o ideário de universalidade do direito, incluindo, por conseguinte, os interesses dos peregrinos<sup>29</sup>.

O direito quiratório era formado eminentemente pelos costumes (*mores*) dos cidadãos romanos. O caráter lendário do interregno entre 754 a.C. e 450 a. C., agregado à precariedade imaginável da época, não permitem uma reconstrução histórica certa do período<sup>30</sup>.

<sup>28</sup>Quirites: “Título acrescentado ao dos romanos após a fusão deles com os sabinos”. Cf. Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 5<sup>a</sup> ed. Curitiba: Positivo, 2010.

<sup>29</sup>CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. Op. cit., pg. 18.

<sup>30</sup>Idem.

Entretanto, é possível afirmar que o direito quiritário correspondia ao período régio, ocasião em que a forma de governo era monárquica patriarcal, onde “o rei é o magistrado único, vitalício e irresponsável<sup>31</sup>. E é nesse contexto de absolutismo, de precariedade, onde os primeiros passos reveladores do direito são notados, que a perpetuidade das ações é vista. E é natural, por se tratar dos primeiros passos do direito, que as ideias da época não tenham sido desenvolvidas suficientemente naquele aparato de costumes.

## 5.2. A imprescritibilidade no Direito Brasileiro

É certo que o instituto da prescrição, por possuir como um de seus fundamentos o interesse de ordem pública em que não se perpetue direitos, e buscando-se assim o vislumbre da paz social, não pode, derradeiramente, ser capitulado e compreendido como um direito absoluto. Este, tanto quanto os demais direitos, comporta exceções.

Em que pese a prescrição ser a regra e a imprescritibilidade a exceção, a doutrina tem afirmado que algumas ações que veiculam determinados direitos, não correm à sorte da prescrição.

Nesse diapasão, reza o artigo 169 do Código Civil: “o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo”. Diante disto, há quem afirme que os atos jurídicos nulos são imprescritíveis, eis que se adotarmos entendimento dissonante, teremos de ver-nos obrigado a afirmar o absurdo que o casamento do pai com sua filha, pelo decurso do tempo, se convalesceria.

Mesmo diante da afirmação de que atos nulos sempre estariam abertos à possíveis ataques quanto a sua validade, há vozes na doutrina, a exemplo de Caio Mário, a afirmar que “os modernos, entretanto, depois de assentar que a prescrição é a regra e a imprescritibilidade é a exceção, admitem que entre o interesse social do resguardo à ordem legal, contido na vulnerabilidade do negócio jurídico,

---

<sup>31</sup>Idem.

constituído com infração de norma de ordem pública, e a paz social, também procurada pelo ordenamento jurídico, sobreleva esta última, e deve ter-se como suscetível de prescrição a faculdade de atingir o ato nulo”.<sup>32</sup>

Nesse aparato, tentou-se estabelecer o critério da prescritibilidade das ações de nulidade apenas quando estas versem sobre direitos patrimoniais. Concomitantemente, ficou convencionado que os direitos da personalidade são imprescritíveis, pois possuem como principal característica a sua indisponibilidade. Logo, adotar entendimento discrepante, incorrer ia-se na obrigatoriedade de afirmar que tais direitos são disponíveis, o que levaria a desnaturalização do direito. Contudo, há de se afirmar que a prescrição não corre, apenas, em relação à cessação da ofensa ao direito da personalidade, ou seja, o direito ao nome, à honra, à dignidade e etc., estando excluídas eventuais reparações de cunho patrimonial, eis que esta sim, sujeita-se à prescrição, conforme afirmado alhures.

Destarte, ainda a doutrina procura estabelecer como direitos imprescritíveis, conforme demonstramos no subcapítulo em que trouxemos o critério científico para distinguir a prescrição da decadência, as ações declaratórias e as ações constitutivas que não têm prazo especial de exercício fixado em lei.

O reconhecimento da paternidade também segue a exceção da imprescritibilidade, à luz do que dispõe o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990), paritariamente ao entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal: “Este Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de reconhecer a magnitude e a importância do direito personalíssimo de que são dotados todos os seres humanos, de conhecer a verdade sobre sua origem biológica”<sup>33</sup>.

Ainda, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que não há a incidência de prazo prescricional em relação aos danos derivados de perseguições políticas na época do Regime Militar: “1. A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que a prescrição quinquenal disposta no artigo 1º. do Dec. 20.910/1932 é inaplicável aos danos decorrentes de violação de

<sup>32</sup> SILVA PEREIRA, Caio Mario da, *apud* CAHALY, Yussef Said, op. cit., pg. 76.

<sup>33</sup> STF, Recurso Extraordinário nº 363.889/DF, relator Ministro Dias Toffoli, DJe em 16.12.2011.

direitos fundamentais, por serem imprescritíveis, principalmente quando ocorreram durante o Regime Militar, época na qual os jurisdicionados não podiam deduzir a contento as suas pretensões (...) (STJ, AgRg no AgIn 1.353.470/PR, 2<sup>a</sup> T., j. 02.12.2010, rel. Min. Castro Meira, DJe 10.12.2010).<sup>34</sup>

No âmbito do direito penal constitucional, em exceção à tradição da prescritibilidade dos delitos, está prevista a imprescritibilidade dos crimes, a) de racismo<sup>35</sup> e, b) a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático<sup>36</sup>. Nesse aparato, o *jus puniendi* do Estado não se perde em razão da ocorrência de determinado lapso temporal, cabendo seu exercício a qualquer tempo.

No tocante à imprescritibilidade dos crimes de racismo, que importa em exercício de mentalidade segregacionista, pode-se colocar como argumento justificador da excepcionalidade trazida pela Carta Magna, a razão de que há por trás da disposição constitucional, “um símbolo político-social, configurando uma das metas do Estado Democrático de Direito, qual seja a luta pela igualdade entre todos os brasileiros e a eliminação da discriminação e do preconceito, fatores de corrosão da estabilidade de qualquer sociedade civilizada”<sup>37</sup>.

Em outra linha, nos crimes relacionados à ação de grupos armados, cuja regulamentação encontra-se positivada por intermédio da Lei Federal nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983 (Lei da Segurança Nacional), há o intento, basicamente, de proteção do Estado Democrático que adveio pós Regime Militar, e na preocupação da manutenção da soberania do país.

Ainda que se possa denotar argumentos congruentes para o afastamento da regra da prescritibilidade dos tipos penais, importa mencionar que na doutrina pátria

---

<sup>34</sup> Cf. MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado, Tomo VI – Parte Geral. Atualizado por Otavio Luiz Rodrigues Jr, Tilman Quarch e Jefferson Carús Guedes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pg. 265.

<sup>35</sup> Art. 5º, inciso XLII: a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

<sup>36</sup> Art. 5º, inciso XLIV: constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

<sup>37</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Racismo: uma interpretação à luz da Constituição Federal. Disponível em [www.cartaforense.com.br](http://www.cartaforense.com.br). Acesso em: 12.01.2015.

há quem sinalize a ausência de embasamento para a imprescritibilidade de crimes. Aventa-se que, há na órbita delitiva, crimes cujo grau de ofensividade são mais elevados, a exemplo dos crimes de homicídio e de estupro, e que nem por esta razão comportam o afastamento da prescritibilidade. Nessa perspectiva, Zaffaroni aduz que “Não existe na listagem penal crime que, por mais hediondo que se apresente ao sentimento jurídico e ao consenso da comunidade, possa merecer a imprescritibilidade, máxime se atentarmos que as expectativas comunitárias de reafirmação da validade da ordem jurídica não perderam indefinidamente”<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, Vol. 1 – Parte Geral. 9<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pg. 646.

## Capítulo II

### Normas Jurídicas Aplicáveis

#### 1. Classificação das Normas Jurídicas

Ronald Dworkin motivou-se ao desenvolvimento de uma teoria em que a compreensão do direito se perpetrasse como um complexo de regras e princípios capazes de apresentar soluções jurídicas às situações concretas, mesmo que aparentemente, a primeira vista, parecesse não haver o ordenamento jurídico regulado tal situação. Nesse contexto é que o jus-filósofo norte-americano contrapõe às pregações do positivismo jurídico, lideradas naquele específico por Hart<sup>39</sup>, por considerar que as noções estabelecidas por essa teoria não são capazes, apenas com base em regras, fornecer a ideia de integralidade, da qual o direito inevitavelmente carece.

Na era do positivismo, a imprecisão de uma determinada regra possibilitava ao magistrado decidir o caso concreto como lhe aprovou. No deslinde histórico do positivismo, que ocorreu após a Revolução Francesa (1789-1799), ocasião em que surge a teoria da separação dos poderes, bem como a Declaração do Homem e do Cidadão (1789), desenvolveu-se, de igual sorte por Savigny na Alemanha, o método de aplicação dedutiva por meio da subsunção do fato ao texto normativo.

---

<sup>39</sup> Herbert Lionel Adolphus Hart, nascido na Inglaterra no ano de 1907, atuou nos campos do Direito e da Filosofia, tendo desenvolvido a obra “Positivism and Separation of Law and Morals”, que correspondeu ao desenvolvimento teórico do jus positivismo.

Dwokin, ainda contrapondo a teoria positivista, preleciona que “dia após dia, através do uso da força, mandamos pessoas para a prisão, tiramos dinheiro delas, ou as levamos a fazer coisas que não desejam fazer, e, para justificar tudo isso, dizemos que essas pessoas infringiram a lei, deixaram de cumprir suas obrigações jurídicas ou interferiram nos direitos jurídicos de outras pessoas. Mesmo nos casos mais claros (um assalto a banco ou uma quebra voluntária de contrato), quando estamos certos de que alguém tem uma obrigação jurídica e a infringiu, não somos capazes de oferecer uma exposição satisfatória do que aquilo significa ou por que aquilo autoriza o estado a puni-lo ou coagi-lo. Podemos sentir que o que estamos fazendo é correto, mas, enquanto não identificamos os princípios que estamos seguindo, não podemos estar certos que eles são suficientes, ou se o estamos aplicando consistentemente”<sup>40</sup>. E calcado nessa visão crítica, referido autor afirma que o direito deve ser compreendido à luz de regras e princípios, composições estas de norma jurídica.

Tempos mais tarde à obra de Dworkin, denominada *Taking Rights Seriously*<sup>41</sup>, Robert Alexy, jus-filósofo alemão, se aproximou da teoria de Dworkin em sua obra “Theorie der Grundrechte”<sup>42</sup>, onde também proclamou a distinção entre regras e princípios, sob critérios qualitativos, e não apenas sob a graduação existente entre uma e outra, como comumente era afirmada pela doutrina.

Na fase pós-positivista, denotada após a Segunda Guerra Mundial, a doutrina passou a se preocupar para além da aplicação das regras, procurando buscar soluções jurídicas fundadas em princípios. Note-se que tal pensamento surgiu justamente no contexto pós Segunda Guerra Mundial, onde se levou ao embate a questão de que atos contrários ao ideário de justiça, equidade, razoabilidade, segurança jurídica e etc., se legitimavam justamente pela aplicação pura da teoria aventada pelo positivismo.

---

<sup>40</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. 1<sup>a</sup> ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pg. 24/25.

<sup>41</sup> Obra que traduzida para o idioma português recebeu a denominação de “Levando os Direitos a Sério”.

<sup>42</sup> Obra que traduzida para o idioma português recebeu a denominação de “Teoria dos Direitos Fundamentais”.

A redefinição das normas jurídicas, pós-positivismo, considerou que pertencem igualmente ao Direito, possuindo por isso validade, não apenas aquelas normas que possuem uma prescrição determinada, que seriam as regras, mas também aquelas que estabelecem prescrições relacionadas a valores, fins, ideias a serem institucionalmente determinadas, o que se denomina de princípios.<sup>43</sup>

Assim, a busca pelo desenvolvimento de uma teoria de princípios ganha força, em especial realce na interpretação do direito, em que se ansiava a busca paritária entre lei e justiça.

Nas linhas que se sucedem, nos valeremos da teoria desenvolvida por Dworkin e Alexy, no que se refere à diferenciação entre regras e princípios, em razão desta ser a mais difundida no direito contemporâneo, inclusive no Brasil. Contudo, ao ensejo de uma visão comparatista, mencionaremos outros doutrinadores de semelhante apreço, de forma a enriquecer a pesquisa que aqui, despretensiosamente, se constrói, sem que nos afastemos da teoria conquistada pelos jus-filósofos alhures. Importa ressaltar que, embora Alexy tenha partido da proposta de Dworkin, ambos procuraram estabelecer uma distinção qualitativa entre regras e princípios, como veremos a diante.

Ademais, advertimos que a iniciação deste tópico se faz necessária a fim de vislumbrarmos quais são os princípios jurídicos aplicáveis ao tema. O estudo mais aprofundado ao qual nos propormos por ora subsidiará, com a melhor base da ciência do direito, nossas conclusões no tocante ao princípio da segurança jurídica contemplado conjuntamente, a título de sopesamento, com as demais normas do sistema jurídico.

### 1.1. Regras e Princípios Jurídicos

---

<sup>43</sup> ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 04, julho, 2001. Disponível em [www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br). Acesso em: 28.01.2015.

A noção conceitual do que se pode entender por regra jurídica ou princípio jurídico, recebem da doutrina os mais variados critérios para definir seus contornos e aplicação, de sorte que o conceito do que sejam regra e princípio, por via de consequência, não encontra uniformidade.

No entanto, em face de toda a construção teórica desenvolvida acerca do tema, é possível que determinadas características que desenham o contorno das regras e princípios jurídicos sejam seguramente afirmadas. A falta de uniformidade na definição se dá em razão dos diversos critérios empregados pela doutrina, o que não resulta na assertiva de que um ou outro critério tenha sido equivocadamente empregado.

De certo, a doutrina e a jurisprudência em caráter unânime, afirmam que as normas jurídicas mais importantes de um ordenamento jurídico são os princípios.

Nessa acepção, costuma-se afirmar que as regras jurídicas possuem um grau de generalidade e abstração menor se comparado aos princípios jurídicos, estes que denotam um caráter de generalidade e abstração de grau relativamente elevado. Entretanto, a diferenciação que se estabelece nessa toada é realizada por meio apenas da graduação escalonada entre os dois tipos de norma jurídica. Afasta-se por meio dessa visão a compreensão qualitativa que se deve despender para o delineamento das referidas normas.

Esser<sup>44</sup> aduz que o princípio jurídico (“Grundsatz”), destoante das regras, não contêm diretamente ordens, mas apenas fundamentos, critérios para justificação de uma ordem. A distinção entre princípio e regra, portanto, não se fundamenta apenas na questão do grau de generalidade e abstração, conforme supra aventado. Os princípios não possuem uma ordem vinculada estabelecida de maneira direta, senão que apenas fundamentos para que essa seja determinada.

Com a fundamentalidade e tratamento distinto como de hábito tem por dispensar aos seus estudos jurídicos, o administrativista brasileiro Celso Antônio Bandeira de Mello define princípio como “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata

---

<sup>44</sup> ESSER, Josef, *apud* Humberto Ávila, *ibidem*.

compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”<sup>45</sup>. Nessa esteira, nota-se que o critério que se valeu o autor para a definição de princípio remonta-se na sua função e fundamento jurídico.

Conquanto a doutrina já há muito tivesse se debruçado sobre a temática das normas jurídicas, buscando sua compreensão, foi pelas obras de Dworkin e, pouco mais tarde, de Alexy, em que foi oferecido ao tema decisiva e destacada contribuição.

Dworkin comprehende as regras ao modo “all or nothing”<sup>46</sup>, de forma que diante da incidência de uma regra no caso concreto, ou a regra é válida e assim a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou, não é válida e, portanto, a consequência não pode ser aceita<sup>47</sup>. Seguindo a ordenação proposta, é dizer que é inerente à regra jurídica prescrever uma situação específica e definir a respectiva sanção. Regras são normas de comportamento, onde há a característica da determinação. Se há colisão entre regras, na concretude de aplicação de uma ou outra, fatalmente uma deverá ser considerada inválida.

De outra sorte, o princípio não determina uma aplicação imediata. Apenas conduz o afazer em certa direção. Nesse sentido, “um princípio como “Nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos” não pretende [nem mesmo] estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária. Ao contrário, enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda assim] necessita de uma decisão particular”<sup>48</sup>. Nesse cerne é possível, contudo, que haja outro princípio indicando direção diversa, ocasião em que poderá um princípio deixar de vir a ser prevalente, “mas isso não significa que não se trate de um princípio de nosso sistema jurídico, pois em outro caso, quando essas considerações em

---

<sup>45</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Elementos de direito administrativo. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1992, pg. 230.

<sup>46</sup> Que é querer dizer em português “tudo ou nada”.

<sup>47</sup> DWORKIN, Ronald, op. cit., pg. 39.

<sup>48</sup> Ibidem, pg. 41.

contrário estiverem ausentes ou tiverem menos força, o princípio poderá ser decisivo”<sup>49</sup>.

As regras jurídicas, que indubitavelmente se resvalam em certa decisão, podem ser consideradas funcionalmente importantes ou não importantes. Nesse sentido, uma regra jurídica pode ser mais importante que a outra porque funcionalmente é capaz de desempenhar um papel mais importante na regulação de um comportamento<sup>50</sup>. Por conseguinte, de certo, “se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras”<sup>51</sup>. Neste caso, é o sistema jurídico quem ditará a fórmula a ser aplicada, podendo o aplicador valer-se do critério da temporalidade das regras, que prescreve a prevalência de uma regra em detrimento da outra em razão do início da vigência mais recente; pelo critério da especificidade, onde a regra mais específica prevalece sobre a geral. O sistema também pode eleger o critério de que prevalece a regra que esteja sustentada por princípio de maior peso.

Os princípios, ao contrário das regras jurídicas, possuem dimensão de peso e de importância, hipótese em que no conflito entre princípios, prevalecerá aquele que estampar peso maior em relação ao outro, sem que este perca sua validade. Quando há intercruzamento entre princípios, aquele que vai resolver o conflito tem que levar em consideração a força relativa de cada um. Tal mensuração não é exata e poderá ocorrer de que frequentemente a opção por princípio poderá ser alvo de controvérsia. Entretanto, essa dimensão é conteúdo integrante do conceito de princípio, de modo que se faz necessário questionar que peso e quão importante é determinado princípio<sup>52</sup>.

Alexy, baseando-se nas afirmações assentadas por Dworkin, adiciona que os princípios jurídicos nada mais são do que espécies de normas jurídicas, pelas quais são estabelecidos *deveres de otimização*, que devem ser auferidos e aplicados em

---

<sup>49</sup>Ibidem, pg. 41/42.

<sup>50</sup>Ibidem, pg. 43.

<sup>51</sup>Idem.

<sup>52</sup>Ibidem, pg. 42/43.

vários graus, na busca imutável de que algo seja realizado na maior e melhor medida possível, no âmbito das possibilidades de fato e jurídicas<sup>53</sup>.

Nesse diapasão, as regras jurídicas são normas que são sempre satisfeitas ou insatisfeitas. Se a regra for válida, então sua aplicação decai exatamente naquilo que ela exige, nem mais, nem menos. Assim, “duas normas, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a dois juízos concretos de dever-ser jurídico contraditórios”<sup>54</sup>.

Diante disso Alexy apresenta, de forma bastante semelhante à proposta de Dworkin, que no caso de conflito entre regras a solução a ser empregada pode percorrer dois caminhos. O primeiro com a introdução de uma cláusula de exceção que elimine o conflito, partindo-se do pressuposto que ambas as regras seriam válidas. O segundo caminho se daria pela declaração de invalidade de uma norma, hipótese essa que poderia surgir com fundamento em critério cronológico (lei posterior revoga lei anterior), por exemplo<sup>55</sup>.

No que toca o conflito entre princípios, a solução proposta destoa daquela fixada para o conflito entre regras. Em havendo colisão entre princípios, um deles terá de ceder espaço à prevalência do outro, por meio do *sopesamento*, onde se aufera o peso de um princípio em relação ao outro. Pode ocorrer que, alterada a circunstância fática, se altere também a solução proposta por meio do sopesamento.

No caso de conflito de princípios a dimensão de peso é a que se verifica, ao contrário do que ocorre no conflito entre regras, onde a solução se apresenta na dimensão da validade. Todavia, isso não quer dizer “que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção”<sup>56</sup>. Daí se pode afirmar que na realidade, no conflito entre princípios o que

---

<sup>53</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, pg. 90.

<sup>54</sup> Ibidem, pg. 92.

<sup>55</sup> Idem.

<sup>56</sup> Idem, pg. 92.

se busca é a conciliação entre eles, cuja aplicação de cada um denotará variadas extensões<sup>57</sup>.

Diferentemente das regras que instituem obrigações absolutas (tudo ou nada), os princípios instituem obrigações *prima-facie*<sup>58</sup>, de sorte que a leitura e a compreensão de um determinado princípio não dita, de imediato, a exata extensão de sua incidência, pois outros fatores tendem a influenciar na compreensão do princípio, fatores estes que podem ser concretos ou jurídicos. Nesse sentido, é correto afirmar que a normatividade dos princípios é provisória, potencial, com virtualidades de se adaptar à situação fática, na busca de uma solução ótima<sup>59</sup>.

Assim, a garantia constitucional à privacidade, *prima-facie*, impede que terceiro divulgue dados de alguém sem autorização. Entretanto, pode ocorrer que esse direito venha a ceder em razão de outro valor, como o da liberdade de expressão, que no caso concreto, se revele preponderante segundo um juízo de prudência e ponderação<sup>60</sup>.

## 1.2. Postulados

A compreensão acerca do que venha a ser regras e princípios é condição indispensável para a compreensão de outra espécie normativa: os postulados. Anotado nas linhas que antecederam estas a diferença entre regras e princípios, podemos adiante delimitar a funcionalidade dos postulados no sistema normativo.

Postulados normativos nada mais são do que normas de interpretação. Não é costumeiro que se dispense tratamento autônomo aos postulados nos manuais acadêmicos, porquanto tal tema é discutido no âmbito da hermenêutica jurídica.

---

<sup>57</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7<sup>a</sup> edição. São Paulo: Saraiva, 2012, pg. 262.

<sup>58</sup> ALEXY, Robert, op. cit., pg. 103.

<sup>59</sup> MATOS, Varela de, *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., pg. 263.

<sup>60</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Idem*.

Pode-se dizer que através do postulado, são oferecidas condições para que se obtenha o conhecimento do Direito.

É corriqueiro que a confusão entre princípios e postulados se verifique cotidianamente, em especial quando falamos em princípio da proporcionalidade, princípio da razoabilidade, princípio da hierarquia das normas, dentre outros. Contudo, a proporcionalidade, a razoabilidade, a hierarquia das normas e outras mais, não podem ser vistas como princípios, mas sim, como postulados normativos.

Dentre os postulados normativos de que se valem os hermeneutas, trataremos com o destaque necessário no âmbito deste trabalho, o postulado da proporcionalidade.

Nesta toada, ressalta-se que princípios e postulados não se confundem, eis que postulados não entram em conflitos com outros postulados, não são aplicados em graus considerando as faixas de otimização, situação que pode ser vista quando há colisão entre princípios. Como visto, neste caso, o conflito entre princípios leva, pela regra da ponderação, a uma regra de prevalência diante do caso concreto, situação que não ocorre com os postulados.

Segundo Ávila, o dever de proporcionalidade não pode ser compreendido como um princípio, nem mesmo como um critério, já que critério “serve para tomar uma decisão racional sobre a aceitação ou rejeição de uma das variáveis envolvidas. A aplicação do dever de proporcionalidade não determina que um dos princípios envolvidos deve ser escolhido em detrimento do outro. Ao contrário, ele estabelece uma estrutura para que ambos sejam realizados (dependendo da espécie de colisão) ao máximo”<sup>61</sup>.

Os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem

---

<sup>61</sup> ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade... op. cit.

comportamentos. Rigorosamente, portanto, não se podem confundir princípios com postulados<sup>62</sup>.

O postulado da proporcionalidade impõe uma condição formal e estrutural para o conhecimento concreto de outras normas (princípios). A condição instituída pelo postulado da proporcionalidade é a de que a aplicação do Direito seja devida<sup>63</sup>.

A dinâmica da Constituição de 1988 e a sua complexidade na instituição de direitos e garantias implica, necessariamente, no dever de ponderação, cuja medida só se obtém através do teste de proporcionalidade.

No exame da proporcionalidade como instrumento hermenêutico, Pimenta Oliveira citando Maximiliano aventa que se deve preferir “o sentido conducente ao resultado mais razoável, que melhor corresponda às necessidades da prática, e seja mais humano, benigno, suave. É antes de crer que o legislador haja querido exprimir o consequente e adequado à espécie do que o evidentemente injusto, descabido, inaplicável, sem feito”<sup>64</sup>.

Nesta esteira, a proporcionalidade<sup>65</sup> determina que o meio empregado deva ser adequado (o meio promove o fim?<sup>66</sup>); necessário (entre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do (s) direito (s) fundamentais afetados?<sup>67</sup>); e atender a proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim justificam as desvantagens provocadas pela adoção do meio?<sup>68</sup>).

---

<sup>62</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, pg. 89.

<sup>63</sup> ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade... op. cit.

<sup>64</sup> MAXIMILIANO, Carlos, *apud*, OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro. 1<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, pg. 161.

<sup>65</sup> No direito alemão “Verhältnismässigkeitsgrundsatz”.

<sup>66</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios... op. cit., pg. 112.

<sup>67</sup> Ibidem, pg. 112/113.

<sup>68</sup> Ibidem, pg. 113.

O exame da proporcionalidade através da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito demandam que haja em questão uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade, finalidade esta que é aquela inculada no espírito do próprio princípio, este que tem, por sua vez, função de promover fins.

Nessa esteira, passemos à análise dos três critérios da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A **adequação** da medida ordena que exista uma relação empírica entre meio e fim, ou seja, que o meio deve levar à promoção do fim<sup>69</sup>. A par disto, coloca-se a questão do que significa um meio ser adequado à promoção de um fim? Nesse sentido, há a necessidade de análise da questão sob três diferentes aspectos: quantitativo (intensidade), qualitativo (qualidade) e probabilístico (certeza)<sup>70</sup>.

No aspecto quantitativo, um meio pode promover em menor, maior ou semelhante grau o fim do que outro meio faria. Em relação ao aspecto qualitativo, a adoção de uma medida pode promover melhor, pior ou igualmente um determinado fim se comparado à adoção de outro meio. Já em termos probabilísticos, um meio pode promover com mais, menos ou igual certeza um fim do que outro meio<sup>71</sup>.

À guisa exemplificativa, é possível citar a situação em que a Administração tenha que, na compra de vacinas para combater uma epidemia, escolher entre uma vacina que cesse com todos os sintomas da doença (superior em termos quantitativos), mas que não tem eficácia comprovada para a maioria da população (inferior em termos probabilísticos), e outra vacina que, mesmo com a capacidade de apenas curar os principais efeitos da doença (inferior em termos quantitativos), já teve sua eficácia comprovada (superior em termos probabilísticos)<sup>72</sup>.

Nesta toada, a questão que se coloca é a de se Administração tem o dever de escolher o *mais intenso*, o *melhor* e o *mais seguro* meio para atingir o fim, ou se ela deve apenas escolher um meio que atinja o fim. A resposta à indagação é a de que

---

<sup>69</sup>Ibidem, pg. 117.

<sup>70</sup>Idem.

<sup>71</sup>Idem.

<sup>72</sup>Idem.

a Administração deve adotar o meio que simplesmente promova o fim<sup>73</sup>. Ao menos nesse ponto do teste de proporcionalidade, é suficiente que o meio escolhido promova o fim, ainda que minimamente.

A análise da *relação de adequação* também se faz necessária, já que a adequação, nesse aparato, pode ser compreendida sob três dimensões: abstração e concretude; generalidade e particularidade; antecedência e posteridade<sup>74</sup>.

No tocante à dimensão de abstração, a medida será adequada se o fim for *possivelmente* realizado com sua adoção. Se de fato o fim for realizado, é impertinente. Se houver a exigência de que a medida seja concretamente adequada para realizar o fim, há de se dizer que a medida será adequada somente se o fim for efetivamente realizado no caso concreto<sup>75</sup>.

Na dimensão de generalidade e particularidade, pode-se exigir que seja adotada uma medida que geralmente satisfaça o fim. Aqui, a medida será adequada se o fim for realizado na maioria dos casos com sua adoção. Pode-se ainda exigir que a medida seja individualmente adequada para promover o fim. Neste caso, a medida será adequada somente se todos os casos individuais demonstrarem a realização do fim<sup>76</sup>.

É forçoso ressaltar que o exame da proporcionalidade demanda que o aplicador realize uma análise em que preponderem juízos do tipo probabilístico e indutivo<sup>77</sup>.

Ademais, reje destinar que a medida é dotada de idoneidade se através de sua prática torna-se mais próximo o objetivo público colimado, onde a medida não dificulta nem se revela indiferente<sup>78</sup>.

---

<sup>73</sup>Idem.

<sup>74</sup>Ibidem, pg. 118.

<sup>75</sup>Idem.

<sup>76</sup>Idem.

<sup>77</sup>Ibidem, pg. 119.

<sup>78</sup>OLIVEIRA, José Roberto Pimenta, op. cit., pg. 190.

No exame da **necessidade**, verifica-se a existência de outros meios alternativos em relação àquele inicialmente escolhido pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo, e que possam igualmente promover o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados. Nesta esteira, o exame da necessidade exige que se verifique, a) se os meios alternativos promovem igualmente o fim e, b) se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados<sup>79</sup>.

Quer dizer a necessidade que, “para além do fomento da finalidade pública, a medida, dentro do elenco das possibilidades abstratas comportadas pela ordem jurídica para o caso vertente, deve ser a menos lesiva. Tem como pressuposto a realização de juízo paralelo de idoneidade, a fim de contrastar a adequação das medidas alternativas.”<sup>80</sup>.

Ocorre que o exame da necessidade não é de todo singelo. Isto porque, “quando são comparados meios cuja intensidade de promoção do fim é a mesma, só variando o grau de restrição, fica fácil escolher o meio menos restritivo”<sup>81</sup>. No entanto, o problema surge quando os meios são diferentes não somente no grau de restrição que implica, mas também com variação gradual no alcance da finalidade. “Como escolher entre um meio que restringe pouco um direito fundamental mas, em contrapartida, promove pouco o fim, e um meio que promove bastante o fim mas, em compensação, causa muita restrição a um direito fundamental?”<sup>82</sup>

Assim, é forçoso a continuação do exame por intermédio do processo de ponderação propriamente dito, que se dará através do exame da proporcionalidade em sentido estrito.

O exame da **proporcionalidade em sentido estrito** acarreta na verificação da importância, por método comparativo, entre a intensidade da restrição imposta pelo meio para a realização do fim. É questionar-se se a restrição imposta guarda correlação, de maneira proporcional, à concretização do fim. Ou, no modo como

---

<sup>79</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios... op. cit., pg. 122.

<sup>80</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta, op. cit., pg. 190.

<sup>81</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios... op. cit. pg. 124.

<sup>82</sup>Idem.

aventado por Ávila: as vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio?<sup>83</sup>

Nota-se que o exame da proporcionalidade em sentido estrito, demanda uma alta carga de subjetividade, pois é necessário o juízo de vantagens e desvantagens acerca da restrição de um direito e do fim que, por meio dele, é alcançado. Destarte, frisa-se que geralmente o meio é adotado tendo em mira um interesse público e, invariavelmente, sua adoção tende a causar, como efeito colateral, a restrição de algum direito fundamental. O que parece-nos de suma importância é que a restrição imposta a algum direito fundamental seja, dentro da máxima possibilidade, de menor restrição possível.

Aventa-se que a proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades *jurídicas* existentes. De outro lado, a máxima da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades *fáticas*<sup>84</sup>.

## 2. Princípios e regras aplicáveis ao tema

### 2.1. Segurança Jurídica

Na busca da compreensão do que é direito, jus filósofos dos mais conceituados, contrapondo o ideário de visão do direito exclusivamente como regra, veem o direito como “a ordenação bilateral atributiva das relações sociais, na medida do bem comum”.<sup>85</sup>

De outra sorte, embora tanto quanto na conceituação do direito não haja um traçado objetivo de seus contornos, a finalidade do direito se traduz, dentre suas

<sup>83</sup>Idem.

<sup>84</sup> ALEXY, Robert, op. cit., pg. 118.

<sup>85</sup> REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, pg. 59.

inúmeras facetas, na estabilização das relações humanas, assegurando a sua harmonia, capaz de exprimir as ideias de certeza e segurança.

É inerente à natureza do ser humano a necessidade de perquirir caminhos sólidos, que lhe transmitam confiança e a possibilidade de vislumbrar, de algum modo, as consequências de suas ações no plano pessoal e social. Essa segurança da qual necessitamos pode ser vista sob os mais variados aspectos, estes que podem ser sociais ou jurídicos. Sociais quando a segurança que necessitamos está relacionada aos aspectos de convivência humana na sociedade, e.g., quando envolve a vida conjugal; quando ao fazermos uma viagem saibamos de pronto a rota a ser traçada; que saibamos ao final de cada mês quanto será a nossa remuneração e qual o montante de nossas dívidas e etc.

Nesse diapasão e segundo Thomas Hobbes, “os homens são naturalmente iguais, preocupados com a sistemática possibilidade de serem alvos de questionamentos materiais ou morais pelo próximo fato que os leva a uma situação de desconfiança, desencadeando relações instáveis”<sup>86</sup>.

Ao tratar da segurança jurídica a doutrina, tanto nacional quanto alienígena, propõem o tratamento do tema por critérios metodológicos dos mais diversos. Pela dinâmica e abrangência do tema, é compreensível que a segurança jurídica seja compreendida por diversas facetas, a variar do instituto em que se insere a segurança jurídica, do ordenamento constitucional e etc.

De tal modo, leciona Canotilho<sup>87</sup> que a segurança jurídica comumente é vista com atrelo ao princípio da proteção da confiança. Há quem alegue que o princípio da proteção da confiança é um subprincípio ou uma dimensão específica da segurança jurídica. De toda sorte, pode-se afirmar que a segurança jurídica relaciona-se com o aspecto objetivo da ordem jurídica, que é a estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito. Por outro lado, a proteção da confiança está

---

<sup>86</sup> HOBBES, Thomas, *apud* RICCITELLI, Antonio. Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Manole, 2007, pg. 05.

<sup>87</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., pg. 257.

acoplada junto ao aspecto subjetivo da segurança, onde o desígnio remonta à noção de calculabilidade e previsibilidade dos efeitos jurídicos dos atos do poder público<sup>88</sup>.

A segurança jurídica também encontra relação com os princípios da boa-fé e da confiança legítima, pois seus aspectos residem, porém não tão somente, em proteger as expectativas residentes no seio da sociedade.

Thulio Caminhoto Nassa<sup>89</sup>, ao enfrentar a temática da boa-fé à luz do regime jurídico administrativo, pondera, com excelência, que como consequência lógica do Estado de Direito, onde todo poder emana do povo<sup>90</sup>, constituindo-se o Estado, deste modo, em mero representante e guardião do interesse público, há o dever de boa-fé, ou seja, a necessidade de correspondência no tocante à confiança depositada na tutela de interesse que não lhe pertence. Neste sentido é que afirma que a boa-fé no regime jurídico de direito administrativo emerge como princípio da obrigatoriedade de atuação do administrador público de acordo com o comportamento esperado de quem tutela o interesse público.

Assevera-se que a confiança que se deposita nos atos da Administração Pública, deve seguir a percepção de que não se abrangem apenas os interesses diretos entre administrado e administração, á exemplo da edição de um ato administrativo licenciador de uma determinada atividade. Parece-nos evidente que o cidadão tenha a expectativa de atuação da administração nos ditames da boa-fé, por lhe assegurar, que numa atuação pautada nesta relação de confiança, traga, por consequência lógica, a segurança de suas expectativas, com a respectiva paz almejada naturalmente por todos.

O Supremo Tribunal Federal há muito tem exercido a maestria de em seus julgados, trazer à colação o princípio da proteção da confiança legítima, compreendido como a face subjetiva do princípio da segurança jurídica. A Suprema Corte encontrou no princípio da proteção da confiança legítima e da segurança

---

<sup>88</sup> Idem.

<sup>89</sup> NASSA, Thulio Caminhoto. A Boa Fé no Regime Jurídico de Direito Administrativo. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010. Disponível em [www.dominiopublico.gov.br](http://www.dominiopublico.gov.br). Acesso em 20.12.2014.

<sup>90</sup> Artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente (...”).

jurídica, o fundamento para que, no Mandado de Segurança nº 22.357/DF, decidisse pela manutenção do ato de admissão de 366 funcionários da Infraero, em que o Tribunal de Contas da União havia determinado a revisão da contratação, sob o argumento da ausência de concurso público, embora ao arrimo de processo seletivo, baseado em regulamento da estatal. Levou-se ao apreço o fato de que, o ato administrativo de admissão já havia sido validado por decisão administrativa da empresa estatal, inclusive pelo Tribunal de Contas da União em acórdão anterior. Assim, tais fatos somados à boa-fé objetiva dos impetrantes, bem como o fato de que o próprio Poder Público criou a situação desfavorável a eles, caracterizando-se a ineficiência administrativa, ensejaram o fundamento da decisão pela manutenção dos impetrantes no quadro funcional da Infraero.

De toda sorte, é possível afirmar acompanhando a visão de Celso Antônio Bandeira de Mello, que sob a ótica do Estado de Direito, o princípio da segurança jurídica é um dos mais importantes dentre todos os princípios gerais de direito, indisputavelmente<sup>91</sup>.

A expressão Segurança Jurídica não se encontra expressamente prevista no texto constitucional pátrio. Trata-se de princípio implícito, identificável pelos direitos e garantias dentro do contexto da Carta Política.

No entanto, o vocábulo “segurança” é verificado em diversas passagens da Constituição Federal, intencionadas a designações diversas, a exemplo do que se verifica da leitura do artigo 5º<sup>92</sup> e artigo 6º<sup>93</sup>, dentre outras passagens.

Frisa-se que de início no Preâmbulo da Constituição Federal, a segurança é pontuada como um direito a ser assegurado pelo Estado. Em que pese boa parte da doutrina constitucionalista abarcar a ideia de que o preâmbulo da Constituição Federal não comporta valor jurídico, posição esta que foi confirmada pelo Supremo

---

<sup>91</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28 ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, pg. 124.

<sup>92</sup> Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...).

<sup>93</sup> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Tribunal Federal<sup>94</sup>, parece-nos coerente e acertada a visão de que “não se pode recusar ao Preâmbulo um relevante papel, todavia, no âmbito da interpretação e aplicação do direito constitucional. Ao desvendar as linhas estruturantes da Constituição, os objetivos que movem a sua concepção, o Preâmbulo se torna de préstimo singular para a descoberta do conteúdo dos direitos inscritos na Carta e para que se descortinem as finalidades dos institutos e instituições a que ela se refere; orienta, enfim, os afazeres hermenêuticos do constitucionalista.”<sup>95</sup>.

O ilustre constitucionalista José Afonso da Silva verifica que a segurança jurídica pode ser compreendida à luz do texto constitucional em seu sentido amplo e estrito. O primeiro remonta à ideia do sentido geral de proteção, garantia, estabilidade de situações em diversos campos. Na segunda acepção, compreende a segurança jurídica como a garantia da estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, permitindo que os sujeitos das relações saibam previamente, que travadas relações jurídicas, estas se mantém estáveis, mesmo que se altere a base legal em que se fundaram<sup>96</sup>.

No que se refere à segurança *do* direito, assim denominada pelo constitucionalista supracitado, o valor jurídico que se tem em mira é a positividade do direito. Contudo, se tratarmos estritamente da segurança do direito, fechando os olhos para outros valores do sistema, veremos que a segurança do direito nem sempre segue acompanhada do ideário de justiça. Isto porque na história já se viu ordenamentos positivos injustos, a exemplo dos regimes autoritários<sup>97</sup>.

Nesse diapasão, a *segurança jurídica* está relacionada com a ideia de garantia, inclusive com outros valores que a acompanham, como a proteção da confiança, boa-fé, justiça, segurança em sentido subjetivo e etc.

---

<sup>94</sup> ADI nº 2.076 – AC, relator Ministro Carlos Veloso, 15.08.2002. Cf. Informativo STF nº 277.

<sup>95</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonçalves, op., cit., pg. 118.

<sup>96</sup> SILVA, José Afonso da. Constituição e Segurança Jurídica. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (coord.). Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. 2<sup>a</sup> edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, pg. 17.

<sup>97</sup> Idem.

A segurança jurídica na Constituição Federal pode ser identificada de diferentes formas, a depender do direito ou garantia positivado e do ponto em que se procede à análise do dispositivo constitucional.

A segurança jurídica *como garantia*, encontra-se relacionada com os direitos e garantias fundamentais<sup>98</sup>. Nessa toada, a garantia de inviolabilidade do domicílio (artigo 5º, inciso XI<sup>99</sup>), nada mais é do que a expressão da segurança jurídica em favor do indivíduo, aparelhada na proibição de penetração no domicílio, sem seu consentimento, salvo as excepcionalidades trazidas pela Carta Magna, cujas encontram-se ligadas à segurança individual do sujeito, no caso de delito ou de socorro<sup>100</sup>. A exemplo do dispositivo retocitado, e por trás deste, nota-se a segurança jurídica no sentido de proteção e segurança do indivíduo frente aos próprios direitos e garantias fundamentais arrolados na disposição constitucional.

À guisa de mais exemplos de segurança jurídica como garantia, também podemos citar a segurança das garantias em matéria tributária, relacionadas, especialmente, no artigo 150 da Constituição Federal.

Pode-se considerar que a segurança jurídica, na Constituição Federal, recebeu magno destaque no tocante à enunciação de que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”<sup>101</sup>, como meio de proteção dos direitos subjetivos.

Nesse desiderato, a segurança jurídica visa resguardar os interesses do sujeito, protegendo-o sobre venturas alterações legislativas que venham incidir, hodiernamente, a respeito de uma situação jurídica constituída a seu favor, no passado, sob a vigência de outra norma. É certa a normalidade das mutações legislativas, por diversas formas admitidas pelo direito, como o caso das leis que já preveem, antecipadamente, seu período de vigência, ou, mais comumente, pelo

---

<sup>98</sup> Artigo 5º, “caput”, da Constituição Federal.

<sup>99</sup> Artigo 5º, XI: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

<sup>100</sup> SILVA, José Afonso da, op. cit., pg. 18.

<sup>101</sup> Constituição Federal: artigo 5º, inciso XXXVI.

fenômeno da revogação, onde a lei é dotada de vigor até que outra a modifique ou revogue<sup>102</sup>.

E é diante da inevitável previsibilidade de problemas que a revogação de uma lei ou o estabelecimento de novas regras causa às relações jurídicas estabelecidas sob a égide de outra lei, que a Constituição Federal previu o não alcance da nova lei sobre relações jurídicas já travadas, em que o direito esteja adquirido<sup>103</sup> ou o ato jurídico, perfeito<sup>104</sup>.

Ainda na seara da irretroatividade da lei, podemos encontrar como reflexo da segurança jurídica a anterioridade penal, inserta no artigo 5º, inciso XL, bem como as anterioridades tributárias a que se referem os artigos 150, inciso III, alíneas “b” e “c”, e artigo 169, § 6º, ambos da Constituição Federal.

No que se refere à proteção da coisa julgada, onde também encontramos a máxima da segurança jurídica, o que se tem em mira é a pacificação social do litígio e a certeza da finalização do processo, onde não se permita a perpetuação de discussões, que sempre serão intermináveis, incluindo, igualmente, o direito subjetivo de um litigante receber o que lhe é de direito, por meio da tutela jurisdicional efetiva.

Contudo, e afirmando de pronto a nossa não intenção em aprofundar o tema, pois destoaria do objeto do presente trabalho, atualmente têm-se inserido no debate acadêmico a questão da relativização da coisa julgada, onde é trazida a antinomia existente entre o valor da coisa julgada, que sofre incidência objetiva da segurança jurídica, em contraponto à ideia de justiça. Nessa esteira, o questionamento aventado é se diante da coisa julgada constitucional, por exemplo, haveria a possibilidade de desfazimento da matéria acobertada pelo manto da coisa julgada formal e material.

---

<sup>102</sup> Artigo 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942).

<sup>103</sup> Consideram-se adquiridos os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbitrio de outrem (artigo 6º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

<sup>104</sup> “Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou” (artigo 6º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Pelo sintetismo que apresentou-se por ora acerca da segurança jurídica na Constituição Federal, pode-se visualizar a importância e a magnitude a que se elevou o princípio em testilha, em alinho com as perspectivas de um Estado de Direito. De certo, a complexidade do tema e a dinâmica com que é tratado, comporta uma infinidade de desdobramentos, que percorre, indubitavelmente, a legislação infraconstitucional, como demonstraremos, mais adiante, neste trabalho. De toda sorte, o tema exige um contínuo desenvolvimento, em suas diferentes facetas, de forma que o seu aperfeiçoamento se traduza na consolidação, a cada dia, dos elementos constitutivos do Estado de Direito, efetivamente.

### 2.1.1. Segurança Jurídica e Justiça

Da parte do jusnaturalismo, se afirma que na consciência do ser humano reside, simples e naturalmente, uma ideia do que seja justiça. Tal assertiva se justifica quando notamos o clamor por justiça de uma criança que recebe um pedaço de maçã menor do que o recebido por outra criança, *verbi gratia*.<sup>105</sup>

Para Ross<sup>106</sup>, a justiça delimita e harmoniza os desejos, pretensões e interesses conflitantes na vida social da comunidade. Uma vez adotada a ideia de que todos os problemas jurídicos são problemas de distribuição, a justiça equivale a uma exigência de igualdade na distribuição de vantagens ou cargas.

Nesse aparato, além da igualdade ser uma luz norteadora para a definição de justiça, a segurança jurídica também lhe é princípio inspirador, senão dizer que “se bem a justiça (e os demais valores jurídicos supremos) representem o critério axiológico que deve inspirar o Direito, e se bem este não estará justificado senão na medida em que cumpra as exigências de tais valores, sem embargo, o Direito não nasceu na vida humana por virtude do desejo de prestar culto ou homenagem à

---

<sup>105</sup> ROSS, Alf. Direito e Justiça. Trad. Edson Bini. 1<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Edipro, 2000, pg. 313/314.

<sup>106</sup> Ibidem, pg. 313.

ideia de justiça, mas para satisfazer uma ineludível urgência de segurança e de certeza na vida social".<sup>107</sup>

Nesse diapasão, infere-se que a noção de segurança jurídica e a de justiça necessariamente se interconectam, posto que a finalidade da segurança jurídica em estabilizar relações jurídicas, e a do direito de ser um instrumento, por si só, de paz<sup>108</sup>, promovem, indubitavelmente, à máxima da justiça; de outra sorte, a ausência de justiça é capaz de denotar, em antemão, a insegurança, eis que não se concebe a paz em uma sociedade que se desenvolve no seio de injustiças.

Gustav Radbruch sintetiza os reais valores jurídicos à justiça e segurança, sob o contraponto positivismo e naturalismo. Radbruch desenvolveu a chamada “fórmula de Radbruch”<sup>109</sup> para concluir, em apartada síntese, que nem todo Direito posto é necessariamente justo. José Afonso da Silva<sup>110</sup> diz que há uma nítida tensão entre esses dois valores (justiça e segurança jurídica), porque a segurança exige a positividade, e o direito positivo aspira impor-se com uma incondicional validade e obrigatoriedade, independentemente da sua justiça.

Tratando sobre justiça e segurança, José Afonso da Silva explica que “Direito seguro nem sempre é direito justo. A história está repleta de exemplos de ordenamentos positivos injustos, como foi o nazi-fascista e outros sistemas autoritários, tal o regime militar brasileiro, que continha o máximo de segurança por meio de uma ordem jurídica excepcional voltada para sua própria garantia, sem consideração alguma para com o princípio da justiça. Mas certo é que um direito inseguro é, por regra, também um direito injusto, porque não lhe é dado assegurar o princípio da igualdade”<sup>111</sup>.

---

<sup>107</sup> SICHES, Recasens, *apud* José Afonso da Silva. Constituição e Segurança Jurídica..., op. cit., pg.15.

<sup>108</sup> IHERING, Rudolf Von. A luta pelo direito. Trad. Pietro Nasseti. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2008, pg. 31.

<sup>109</sup> Tese que foi aplicada pelo Tribunal de Nuremberg, na Alemanha, para condenar os guardas fronteiriços que, respaldados no direito positivo, matavam aqueles que lograssem transpor o muro de Berlim para fugir da antiga Alemanha Oriental.

<sup>110</sup> SILVA, José Afonso da, op. cit., pg.16

<sup>111</sup> Idem.

Ademais, não é correto afirmar que a justiça se basta por simples aplicação correta de uma norma. Há de se considerar que a norma possa ser injusta, viciada na origem.

A correspondência entre o ideal de justiça e norma vigente, para Ross<sup>112</sup>, carece de que haja exigência de uma norma como fundamento de uma decisão; depois, que a exigência de que a decisão seja uma aplicação correta de uma norma. De modo complementar, Maciel<sup>113</sup> assevera que “a norma deve contemplar, desde a sua formulação, diretrizes estabelecidas pelos princípios jurídicos. Além disso, o direito vigente pode estar em mutação, momento em que os princípios ganham maior notoriedade, em detrimento da norma posta, pois o ideal de justiça não deve ser prejudicado”.

### 2.1.2. Segurança Jurídica no Estado de Direito

A noção de Estado de Direito<sup>114</sup> surgiu nos meados do século XIX, de forma contrária ao Estado absolutista, cuja finalidade era a de limitar o poder estatal por intermédio do direito, como forma de proteção do indivíduo contra a arbitrariedade. Desta forma e dentro do contexto de um Estado de Direito, passou-se a compreender que o Estado se submete, de igual forma, à lei e ao direito (princípio da legalidade), não estando, portanto, nem acima nem fora da incidência da lei; que em favor do povo há a contemplação de garantias e direitos fundamentais e que diante disso, há juízos e tribunais protetores de tais direitos, além de que a criação e execução do direito tem em mira o alcance da justiça e a paz social<sup>115</sup>.

<sup>112</sup> ROSS, Alf, *apud* MACIEL, José Fábio Rodrigues. Teoria Geral do Direito: segurança, valor, hermenêutica, princípios, sistema. 1<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pg. 60.

<sup>113</sup> MACIEL, José Fábio Rodrigues, *idem*.

<sup>114</sup> A título de curiosidade, o Estado de Direito sedimentou-se na Inglaterra pelo termo “Rule of Law”; na França por “État legal”; na Alemanha pelo vernáculo “Rechtsstaat”. In CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Estado de Direito. Disponível em [www.libertarianismo.org](http://www.libertarianismo.org). Acesso em 23.02.2015

<sup>115</sup> MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 8<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pg. 26/27.

Contrariamente aos ditames de um Estado de Direito, podemos afirmar que o Estado de não direito é aquele pautado em leis arbitrárias, que fazem da força ou do exercício abusivo do poder o direito, deixando sem qualquer defesa jurídica eficaz o indivíduo, os cidadãos, os povos e as minorias<sup>116</sup>.

Nesse aparato, o Estado se volta na busca de seus próprios fins e interesses. Nestes fins albergam-se interesses voltados à mesquinhos típica de quem detém fortemente o poder, cuja atuação se dá na tranquilidade do calar do povo ou de qualquer órgão de controle externo. Um Estado que não seja de direito, tem por ventura editar o direito, autoritariamente, mas não em busca da justiça ou da chamada paz social, mas sim em seu próprio favor, no prestígio dos próprios e exclusivos interesses. Os direitos dos cidadãos são amesquinhados quando levados à mesma escala com os do Estado, porque primeiro e mais importante, os interesses de sustento do poder.

Assenta-se que, ao se tratar do Estado de Direito enquanto, também, Estado de Justiça, o direito não pode aniquilar a dignidade da pessoa humana, eliminar o núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias, além de não poder disfarçar medidas discriminatórias contra os cidadãos<sup>117</sup>.

Ao se falar em Estado de Direito, necessariamente se imperam os valores de segurança e justiça. A realização da justiça, material ou formal, emprega mecanismos que vão da redistribuição de riquezas ao asseguramento do devido processo legal. É para promovê-la que se defende a supremacia da Constituição Federal, o acesso ao Judiciário, o respeito aos princípios, como o da isonomia e o da retroação da norma punitiva mais benéfica<sup>118</sup>.

O Estado de Direito promove a segurança e confiança às pessoas. Em razão disto e através de um conjunto de princípios jurídicos procura-se estruturar a ordem jurídica de forma a promover a segurança jurídica. “A experiência comum revela que as pessoas exigem fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência aos atos dos

---

<sup>116</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Estado de Direito, op. cit.

<sup>117</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Estado de Direito, op. cit.

<sup>118</sup> BARROSO, Luís Roberto. A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da Lei nº 9.873/99. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 4, 2001. Disponível em [www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br). Acesso em 07.02.2014.

poderes públicos, de forma a poderem orientar a sua vida de forma segura, previsível e calculável”<sup>119</sup>.

Gladys Maluf Chamma esclarece que o princípio da segurança jurídica consiste numa das regras constitucionais de mais elevado patamar, pois o Estado Democrático de Direito só se sustenta se houver a certeza irrefutável da estabilidade de uma questão<sup>120</sup>. O Estado de Direito é, no essencial, o princípio da segurança jurídica<sup>121</sup>.

Em razão do homem necessitar, desde os primórdios, de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente sua vida, é que desde cedo considera-se que a segurança jurídica é elemento constitutivo do Estado de Direito<sup>122</sup>.

No mais, a segurança jurídica tida como um dos elementos constitutivos do Estado de Direito, proclama a conclusão de aquele é elemento constitutivo deste, e este, é condição necessária daquele<sup>123</sup>.

### 2.1.3. A prescritibilidade como viés da segurança jurídica

O termo “segurança” no direito concebeu-se com designações das mais diversas, conforme podemos notar quando tratamos da Segurança Jurídica na Constituição Federal. Ocorre que objetivamente o que pretendemos fixar neste trabalho como de suma importância, é a segurança que alberga valores além de uma proteção física ou da visão meramente positivista do direito. Isto porque se

---

<sup>119</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Estado de Direito, op. cit.

<sup>120</sup> CHAMMA, Gladys Maluf. Segurança jurídica no âmbito do direito de família. In GERMANOS, Paulo André Jorge (coord.) Segurança Jurídica. 1<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2010, pg. 125.

<sup>121</sup> KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 6<sup>a</sup> ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pg. 346.

<sup>122</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, op. cit., pg. 257.

<sup>123</sup> VALIM, Rafael Ramires Araújo. O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo Brasileiro. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009. Disponível em [www.dominiopublico.com.br](http://www.dominiopublico.com.br). Acesso em 12.02.2014.

albergam no conteúdo da segurança, conceitos e valores cujas expectativas denotam uma sociedade civilizada, de uma vida ordenada, pautada em valores como a da proteção à confiança, da paz, da justiça, da certeza, da boa-fé, entre outros.

Neste *ínterim* e em nome da segurança jurídica, consolidaram-se institutos desenvolvidos historicamente, com especial atenção para a preservação dos direitos adquiridos e da coisa julgada. E é nessa ordem de ideias que se difundiu o conceito de prescrição, vale dizer, da estabilização das situações jurídicas potencialmente litigiosas por força do decurso do tempo<sup>124</sup>.

San Tiago Dantas, assevera que “esta influência do tempo, consumido do direito pela inércia do titular, serve a uma das finalidades supremas da ordem jurídica, que é estabelecer a segurança das relações sociais. Como passou muito tempo sem modificar-se o atual estado de coisas, não é justo que se continue a expor pessoas à insegurança que o direito de reclamar mantém sobre todos, como uma espada de Dâmocles. A prescrição assegura que, daqui em diante, o inseguro é seguro; quem podia reclamar não mais pode. De modo que, o instituto da prescrição tem suas raízes numa das razões de ser da ordem jurídica: estabelecer a segurança nas relações sociais – fazer com que o homem possa saber com o que conta e com o que não conta”<sup>125</sup>.

A doutrina costumeiramente traz à baila fundamentos diversos justificadores da prescrição, como punição ao titular do direito em razão de sua inércia<sup>126</sup>, mas seu fundamento de ordem pública assenta-se no fato de que “há um interesse social em que situações de fato que o tempo consagrou adquiriram juridicidade, para que sobre a comunidade não paire, indefinidamente na ameaça de desequilíbrio apresentada pela demanda”<sup>127</sup>.

A existência do instituto da prescrição é uma forma de disciplinar a conduta social, sancionando aqueles titulares que se mantêm inertes, numa aplicação do

---

<sup>124</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. cit.

<sup>125</sup> DANTAS, San Tiago, *apud* BARROSO, Luís Roberto, op. cit.

<sup>126</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro...* op. cit., pg. 406.

<sup>127</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: obrigações*. 30<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, pg. 327.

brocardo latino *dormientibus non succurrit jus*. Afinal, quem não tem dignidade de lutar por seus direitos não deve sequer merecer sua tutela<sup>128</sup>.

Nesse desiderato a prescrição tem por fim, no bojo da segurança jurídica, pacificar as relações subjetivas, ao ensejo de prestigiar além dos valores já lançados em linhas pretéritas, igualmente a moral e a equidade, sendo absolutamente indispensável em qualquer sociedade que se intitule organizada.

## 2.2. *Ampla Defesa*

Noticia-se, de pronto, que o tema da Ampla Defesa no bojo deste trabalho, não busca estudá-lo sobre seus diferentes aspectos e funcionalidades, inclusive aquelas de índole processual, pois não toca os sentidos aqui pretendidos. Fazemos menção à Ampla Defesa como forma de denotar a sua conotação de garantia e o que se visa garantir.

Proclama o artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal<sup>129</sup>”. Daí se infere que ao estatuir no inciso LV que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa”, consagra-se a noção de um processo formal regular, como instrumento de realização da justiça. Não se afirma a existência de devido processo legal, onde não seja possível encontrar as garantias da ampla defesa e do contraditório. Ausentes tais garantias, afronta-se, igualmente, a garantia de um processo devido e justo. Note-se que tais garantias se concatenam, dependentes uma da outra. Nesta toada, o conteúdo da cláusula do devido processo legal se subsume na garantia da ação e defesa em juízo<sup>130</sup>.

---

<sup>128</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil: parte geral. 14<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2012, formato epub.

<sup>129</sup> Due process of law.

<sup>130</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, *apud*, ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no Direito brasileiro. Revista de Informação Legislativa. Biblioteca do Senado

No que toca a garantia da ampla defesa sob o viés histórico, inclusive relacionado ao aspecto material do direito de ação, Carmen Lucia assevera que “A história do processo retrata a própria história do homem em sua luta pela democratização da relação do poder e com o poder. O processo reflete uma forma de convivência estatal civilizada segundo parâmetros previamente determinados pelo Direito posto à observância de todos. A civilização é formal. As formas desempenham um papel essencial na convivência civilizada dos homens; elas delimitam espaços de ação e modos inteligíveis de comportamento para que a surpresa permanente não seja um elemento de tensão constante do homem em seu contato com o outro e em sua busca de equilíbrio na vivência com o outro e, inclusive, consigo mesmo. Ademais, assevera que “sem confiança nas instituições jurídicas, não há base para a garantia das instituições políticas. O processo é, pois, uma garantia da Democracia realizável pelo Direito, segundo o Direito e para uma efetiva justiciabilidade”<sup>131</sup>.

A locução final do artigo 5º, inciso LV, dita a garantia da ampla defesa “com os meios recursos a ela inerentes”. É dizer que a ampla defesa se constitui não apenas sob seu aspecto formal, mas a bem na verdade, é identificada quando cumprida as exigências materiais. Desta forma, garante-se a ampla defesa quando ao réu é igualmente garantido os meios e recursos, sob a conotação instrumental, de defender-se efetivamente. É também em nome da ampla defesa que se garante a assistência jurídica gratuita e integral aos desprovidos de recursos<sup>132</sup> e a existência da Defensoria Pública<sup>133</sup>, por exemplo. Neste ensejo, é pertinente a nota feita por Scarpinella Bueno, quando diz que “A própria concepção do direito fundamental à prova pode e deve ser entendida como uma forma de bem realizar o comando constitucional (...)”<sup>134</sup>.

---

Federal, Brasília, nº 136, out./dez. de 1997. Disponível em [www.senado.leg.br](http://www.senado.leg.br). Acesso em 20.02.2015.

<sup>131</sup> ROCHA, Cármén Lúcia Antunes. *Ibidem*.

<sup>132</sup> Ver artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal.

<sup>133</sup> Ver artigo 134, proêmio, da Constituição Federal.

<sup>134</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil*. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, formato epub.

A ampla defesa também pode ser vista, além da ótica do devido processo legal, sob a seara inerente à garantia de efetividade da tutela jurisdicional, que integram a garantia maior do acesso à justiça e do processo justo<sup>135</sup>.

Apenas a título de nota, afirma-se a íntima relação entre o princípio da ampla defesa e do contraditório, posto que o contraditório tem por função garantir a uma das partes o direito de contraditar o que foi dito pela outra.

Nesta esteira e tendo em vista a formulação da convicção do juiz para a resolução do conflito, é oportuna a elucidação trazida por Grinover, Cintra e Dinamarco, ao asseverar que “O juiz, por força da imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra; somente assim se dará a oportunidade a ambas de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz. Somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a tese e a outra, a antítese) o juiz pode corporificar a síntese, num processo dialético”<sup>136</sup>.

O eventual réu em um processo judicial deve vislumbrar condições efetivas e concretas de responder às imputações que lhe são dirigidas antes que seus efeitos decorrentes possam ser sentidos. Essa é a real manifestação garantista do princípio da ampla defesa. Note-se que por consequência lógica, impedido o réu de exercer a ampla defesa, contraditando as alegações que lhe são imputadas, também impedido estará o juiz de formular sua convicção para por fim a lide, por ausência de elementos suficientes.

### 2.3. Igualdade

O princípio da igualdade ou também conhecido como princípio da isonomia, ganha tratamento de longa data das mais diversas ciências, como a sociologia e a

---

<sup>135</sup> JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 55<sup>a</sup> ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, pg. 228.

<sup>136</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, et. al. Teoria Geral do Processo. 22<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006, pg. 61.

filosofia. Na ciência jurídica o debate acerca de seu conteúdo e seu delineamento no ordenamento positivo ganham, dia-a-dia, estudos cada vez mais aprofundados, ensejando inclusive, o levantamento de grandes debates jurídicos sobre os mais diversos temas, em especial à luz dos direitos gravados na Constituição Federal.

Nesta esteira, a igualdade tem por objeto frear normas que sejam fonte de privilégios ou de perseguições, atuando como instrumento nivelador da vida social, em que se busca o tratamento equitativo entre os cidadãos, inclusive a relação destes com o Poder Público.

Segundo Alexy, parte da doutrina em época passada, asseverou que a disposição constitucional que aduz “todos são iguais perante a lei<sup>137</sup>”, teria destinação na *aplicação do direito*<sup>138</sup>, vinculando os órgãos cuja atribuição escoa em aplicar o direito, não incidindo nesta destinação o legislador. Contudo o ideário de aplicação da lei sem considerações especiais, conforme lecionou Anschütz<sup>139</sup>, exige sob uma visão simplória que a lei deva ser aplicada a todos os casos que sejam abrangidos por seu suporte fático, e a nenhum outro caso que não seja. Entretanto, tal compreensão pode perder o sentido, uma vez que a aplicação de uma norma é obrigatória pelo simples fato de carregar as características da imperatividade e coercibilidade.

A visão de igualdade no que toca apenas a aplicação do direito se deparou com problemas no Tribunal Constitucional Alemão na tentativa de encontrar a ordem justificadora para que o legislador não se submete à igualdade de que tratava a expressão “todos são iguais perante a lei”<sup>140</sup>. Desta forma, desenvolveu-se a *igualdade na criação do direito*<sup>141</sup>. Nesta esteira de pensamentoem sua obra Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade<sup>142</sup>, Celso Antônio Bandeira de Mello

---

<sup>137</sup> Vide artigo 5º, “caput”, da Constituição Federal.

<sup>138</sup> ALEXY, Robert, op. cit., pg. 393.

<sup>139</sup> ANSCHÜTZ, Gerhard, *apud* ALEXY, Robert. op. cit., pg. 394.

<sup>140</sup> Expressão integralmente similar a da Constituição Federal de 1988.

<sup>141</sup> ALEXY, Robert, op. cit., pg. 396.

<sup>142</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2002, pg. 9.

corrobora do mesmo entendimento, que assevera ser o legislador igualmente destinatário do princípio da igualdade.

Desta feita, a igualdade no que toca à elaboração das normas compostoras do ordenamento jurídico, se refere à igualdade no sentido de vedação de exigir que todos sejam tratados exatamente da mesma forma ou que todos devam ser iguais em todos os aspectos. Nesse sentido, é dever do legislador estabelecer penas restritivas de liberdade apenas para os criminosos, obrigatoriedade do serviço militar somente para os adultos, assistência social apenas para os necessitados e nessa linha de pensamento em diante<sup>143</sup>.

Neste diapasão, aplica-se o tão conhecido axioma de que o igual deve ser tratado igualmente e os desiguais, tratados na medida de suas desigualdades. Aqui, a aplicação decai sobre a igualdade em seu sentido material e não formal. Contudo, esta simples assertiva não é capaz, por si só, de explicar o exato conteúdo jurídico do princípio da isonomia, pois incapaz de responder: quem são os iguais e quem são os desiguais?<sup>144</sup> Imperioso ressaltar que a norma jurídica, de *per si*, já é um fator de discriminação. Aliás, a funcionalidade da norma é se não discriminar sujeitos e situações jurídicas.

Nesta toada, Bandeira de Mello<sup>145</sup> propõe em seu astucioso estudo sobre o princípio da igualdade encontrar as exatas razões de *discrimen* de uma determinada norma. Questiona-se o que nos faz entender como normal a compreensão de que o fator de *discrimen* no caso de admissão apenas de mulheres para o cargo de polícia feminina (desequiparação em razão de sexo), não nos remete à ideia de uma discriminação injusta, ao desvalio do princípio da igualdade. Assim, é plausível assegurar que não é simplesmente o traço de diferenciação escolhido (como no exemplo supra, o sexo) que corresponde em desacato ao princípio da igualdade.

A vedação de discriminação por raça, sexo, cor e idade, por exemplo, é no sentido de que tais fatores não sejam, só por si, fatores de discriminação. O que o

---

<sup>143</sup> ALEXY, Robert, op. cit., pg. 394/396.

<sup>144</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, op. cit. pg. 12.

<sup>145</sup> Ibidem, pg. 17.

princípio da isonomia veda são as desequiparações que não tenham um fundamento racional e razoável e que não se destinem a promover um fim constitucionalmente legítimo. Veda-se o arbítrio, o capricho, o aleatório, o desvio<sup>146</sup>.

Neste aparato, haverá inviabilidade lógica se determinada norma figurar situação atual irreproduzível por força da própria abrangência racional do enunciado. Seria o caso, por exemplo, de lei que declarasse conceder o benefício *tal* aos que houvessem praticado determinado ato, no ano anterior, sendo certo e conhecido que um único indivíduo desempenhara comportamento previsto. De outra sorte, haverá inviabilidade apenas material, quando, sem empeço lógico à reprodução da hipótese, haja todavia, no enunciado da lei, descrição de situação cujo particularismo revela uma tão extrema, da improbabilidade de recorrência que valha como denúncia do propósito, fraudulento, de singularização atual absoluta do destinatário<sup>147</sup>. Nesta hipótese, é imperioso verificar se, embora indeterminado na edição da lei, o sujeito pode ser determinado futuramente. Caso a incidência da norma singularizadora se dê de forma absoluta favorável ao sujeito atualmente determinado, a norma infringe os ditames da isonomia.

No mais, adverte-se que perante a isonomia, é inadmissível a discriminação de pessoas, coisas ou situações, mediante traço diferencial que não seja nela mesmas residentes. Um fator neutro não pode ser utilizado como critério diferenciador. Neste caso, podemos utilizar o tempo que, puramente, é um elemento neutro, incapaz de diferenciar seres ou situações, não podendo, portanto, servir como fonte justificadora para tratamento desuniforme. Com efeito, o que autoriza discriminar é a diferença que as coisas possuam em si e a correlação entre o tratamento desequiparador e os dados diferenciais radicados nas coisas<sup>148</sup>.

Destarte, há outro viés verificador de compatibilidade de determinada norma com a isonomia: assim, é necessário que se verifique se o que é pontuado como critério discriminatório se presta como justificativa *racional* a fim de atribuir

---

<sup>146</sup> BARROSO, Luís Roberto, op. cit.

<sup>147</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, op. cit., pg. 25.

<sup>148</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2002, pg. 34.

tratamento jurídico específico construído com base na desigualdade<sup>149</sup>. No mais, não é apenas o fator racional que se presta a afirmar que determinada norma está ao compasso da isonomia. É indispensável que o fundamento lógico que autoriza desequiparar se oriente na linha de interesses prestigiados na ordenação constitucional.

Na interconexão entre o princípio da isonomia e o instituto da prescrição, impera explanar que sobre a prescrição impera de forma absoluta o princípio da isonomia. Sob a égide da obrigatoriedade de tratamento equitativo na esfera das relações jurídicas, não há razões capazes de justificar privilégios que afastem este ou aquele sujeito dos efeitos da ocorrência da prescrição.

Nessa linha, Pontes de Miranda asseverou que “O princípio que hoje rege, é o da igual criação da prescrição. Corre ela contra quem quer que seja: brasileiros e estrangeiros, residente no Brasil e não residentes no Brasil, homens e mulheres, dirigentes e dirigidos, comerciantes e não-comerciantes, pessoas jurídicas de fins econômicos e pessoas jurídicas de fins não-econômicos, inclusive religioso e culturais, União, Estados-membros, Territórios, Distrito Federal e Municípios. Segundo o próprio princípio da isonomia, os legisladores não podem estabelecer privilégios imunizantes<sup>150</sup>.

#### 2.4. Princípio da Boa Administração

Dentre os princípios administrativos proclamados no bojo do artigo 37, “caput”, da Constituição Federal, positivou-se o chamado Princípio da Eficiência, ou conforme denominado pelo administrativista italiano Guido Falzone, Princípio da Boa Administração. A inserção de mencionado princípio não adveio do constituinte originário, mas através da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998.

---

<sup>149</sup> Ibidem, pg. 38.

<sup>150</sup> MIRANDA, Pontes de, *apud* BARROSO, Luís Roberto. A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da Lei nº 9.873/99, op. cit.

Paulo Modesto, jurista brasileiro, que participou dos trabalhos que antecederam a referida emenda constitucional, combateu os argumentos favoráveis à introdução explícita do referido princípio na Carta Constitucional, por entender desnecessária e redundante a medida<sup>151</sup>.

A doutrina administrativista encontra dificuldades, por conta da positivação do princípio, em compreender a exata destinação do Princípio da Boa Administração, posto que não há novidade a ser refutada que à Administração Pública, sempre coube agir com eficiência em seus cometimentos<sup>152</sup>.

A par disso, Celso Antônio Bandeira de Mello assenta que o princípio da boa administração guarda íntima correlação com o princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca da eficiência justificaria a postergação daquele que é o dever administrativo por excelência<sup>153</sup>.

De toda sorte, é imperioso esclarecer que a positivação do princípio requer do aplicador do direito a busca pelo seu significado objetivo. Aplica-se, neste sentido, a máxima da melhor exegese jurídica de que não há na norma palavras ou textos inúteis.

Nesse aspecto Cintra do Amaral<sup>154</sup> tentou buscar, no Direito Civil, conceitos que pudessem se prestar à elucidação da questão. No direito civil, especificamente na teoria das obrigações, costuma-se conceituar *obrigações de meio* e *obrigações de resultado*. As obrigações de meio correspondem a uma atividade concreta do devedor, por meio da qual se faz o possível para cumpri-las. Nas obrigações de resultado, o cumprimento só se verifica se o resultado é atingido<sup>155</sup>.

---

<sup>151</sup> MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 10, maio/junho/julho, 2007. Disponível em [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br). Acesso em 13.02.2014.

<sup>152</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 5<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2001, pg. 63.

<sup>153</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo... op. cit., pg. 122.

<sup>154</sup> AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. O princípio da eficiência no direito administrativo. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº. 14, junho-agosto, 2002. Disponível em [www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br). Acesso em 13.02.2015.

<sup>155</sup> GOMES, Orlando, *apud* AMARAL, Antônio Carlos Cintra do, *ibidem*.

Com esses conceitos jurídicos, é possível estabelecer paralelamente um raciocínio ligado à ciência da administração, que cuida dos conceitos de eficiência e eficácia com significados distintos. Na ciência da administração<sup>156</sup>, “a eficiência não se preocupa com os fins, mas simplesmente com os meios. O alcance dos objetivos visados não entra na esfera de competência da eficiência; é um assunto ligado à eficácia”. Desta forma, Cintra do Amaral<sup>157</sup> crê que o princípio da boa administração (ou da eficiência), corresponde à noção de obrigações de meios, seguindo o conceito estabelecido pelo direito civilista. Desta forma, o princípio da boa administração corresponderia com a obrigação do agente público de agir, com “a diligência do bom pai de família”<sup>158</sup>.

De toda sorte, deve-se compreender que a atividade administrativa é sempre atividade finalista, na busca de um resultado ótimo. Em que pese a fixação do princípio da eficiência na Carta Constitucional, é de se ressaltar que nunca houve autorização do ordenamento jurídico para que a atuação da administração se perpetrasse à margem da eficiência. A expectativa da atuação estatal se assenta em noções de atuação com responsabilidade, prudência, boa gestão da *res publica*. Frente ao ordenamento jurídico posto, não se verifica permissividade no sentido de que se atue negligentemente ou pela força do arbítrio. Contudo, é certo que referido princípio passou a ganhar maior dimensão nos bancos acadêmicos, tendo em vista o início da chamada Administração Pública Gerencial, modelo reformulado a partir da Administração Pública Burocrática.

A ineficiência na gestão do aparelhamento estatal é tema corriqueiro ao saber do povo brasileiro. Não é hodierno o desejo por uma gestão administrativa capaz de atender as premissas principiológicas jurídicas, mas que seja dotada igualmente de eficiência; que o trato da coisa pública seja olhado com o olhar de quem olha para um bem de seu próprio patrimônio, que a bem da verdade, o é. Exemplos da falta de eficiência da administração podem ser citados aos montes: compras superfaturadas; aquisição de gêneros alimentícios em quantidade superior ao realmente necessário,

---

<sup>156</sup> CHIAVENATO, Idalberto, *apud* AMARAL, Antônio Carlos Cintra do, *ibidem*.

<sup>157</sup> AMARAL, Antônio Carlos Cintra do, *op. cit.*

<sup>158</sup> TRABUCCHI, *apud* AMARAL, Antônio Carlos Cintra do, *op. cit.*

o que acarreta no seu descarte, sem qualquer consumo; processos que percorrem setores da administração sem que se saiba a razão; servidores que, muitas vezes por falta de motivação, abandonam o trabalho sério e de prestígio que é o de servir bem e eficientemente a população, em especial as mais desprovidas de informações; não cumprimento de prazos, por razões de alta demanda e ausência de pessoal qualificado.

O dever de boa administração, ou do agir com eficiência, não se resvala na simples atuação visando a economicidade, como auferem por costume os economistas, dado o caráter de pluridimensionalidade do princípio<sup>159</sup>. Ademais, a própria obrigatoriedade de agir visando a economia de recursos, já é assente no nosso ordenamento constitucional, à luz do que dispõe o artigo 70<sup>160</sup> da Constituição Federal, quando atribui ao controle externo e interno a obrigatoriedade de verificar, no bojo da fiscalização contábil, financeira e orçamentária, a economicidade na aplicação dos recursos públicos. Portanto, é inevitável concluir que o que ordena o princípio da eficiência está além da busca pela simples economicidade.

Numa certa dimensão do princípio da boa administração, é crível asseverar que o que se busca é a qualidade da ação administrativa, cuja busca se insere no alcance de resultados satisfatórios ou excelentes. Tal ação esperada da administração deve ser observada dentro do preceito jurídico a qual está inserida, onde podemos extrair o dever de otimização no emprego dos recursos públicos; administração responsável das despesas e receitas; processos administrativos que possuam a finalidade exclusiva de atingir aquilo que de fato lhe serviu como razão de nascimento, coibindo desvios imprestáveis ao bom andamento administrativo.

Referido princípio pode ainda ser contemplado sob a ótica da não permissividade ao Poder Público de ser impotente nos seus feitos. Exige-se a atuação administrativa dentro dos padrões eficientes, justos, ordenados, eficazes, sob a conjugação do valor da equidade.

---

<sup>159</sup> MODESTO, Paulo, op. cit.

<sup>160</sup> Artigo 70 da Constituição Federal: A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. (g.n.)

Simultaneamente, o princípio da boa administração pode ser compreendido como um atributo técnico da administração como exigência ética a ser atendida, no sentido weberiano de resultados, coroando a relação como uma característica jurídica exigível, de boa administração dos interesses públicos<sup>161</sup>.

Tomando como embasamento o Estado de Direito, conjugado com o princípio em testilha, afigure-se que à Administração Pública incumbe o dever de manter a ordem jurídica estabelecida e administrando consoante ela os interesses gerais da sociedade, assumindo igualmente o dever implícito de executar todas essas atribuições no mais alto grau possível de excelência, ou seja, produzindo o efetivo atendimento de todos os interesses postos a seu cargo<sup>162</sup>.

No âmbito da União Europeia e em tempos de valorização dos direitos fundamentais, o dever de boa administração foi definido na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia nos seguintes termos:

“1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições, órgãos e organismos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.

(...)”<sup>163</sup>.

Carvalho Filho pondera que no núcleo do princípio da boa administração, podem-se considerar ainda os deveres de prestação eficiente dos serviços públicos, produtividade, economicidade, qualidade, celeridade, presteza e desburocratização. Referido autor ressalta, ainda, que a relação que comumente se faz entre o serviço público e o princípio da eficiência, não se esgota simplesmente nesse aspecto. Convém acentuar que “deve ser observado também em relação aos serviços

---

<sup>161</sup> NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Curso de Direito Administrativo*. 16<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, formato epub.

<sup>162</sup>Idem.

<sup>163</sup> Artigo 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 30.02.2010. Disponível em [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu). Acesso em 19.02.2015.

administrativos internos das pessoas federativas e das pessoas a elas vinculadas”

<sup>164</sup>

Ditado princípio também é notado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, e em relação ao modo de organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública<sup>165</sup>.

Neste viés, pode-se afirmar que a atuação da Administração Pública deve ser pautada não tão somente nos princípios que há vasto tempo são conhecidos, mas também com base em outros aspectos que se extrai do princípio da eficiência, ou da boa administração. Nesta seara, inserem-se no dever de boa administração a eficiência da prestação dos serviços públicos, mas também na busca pela ótima qualidade no gerenciamento dos recursos internos da Administração Pública, inclusive aqueles que se referem à sua estrutura de funcionamento, donde se poderá chegar a uma Administração intelligentemente estruturada, capaz de gerir a máquina estatal, prezando pela boa gestão de recursos orçamentários, de pessoal, de procedimentos administrativos e de sua estrutura organizacional.

Ousamos a afirmar que o princípio da boa administração, em linguajar simples e direto, pode ser traduzido em uma Administração Pública que funcione, efetivamente e definitivamente.

## 2.5. *Interesse Público: primário e secundário*

A noção de interesse público é marcada pela transição da era do individualismo exacerbado para a prevalência de interesses sociais. À guisa exemplificativa, surgiram questões ligadas aos interesses difusos e coletivos, como a proteção ao meio ambiente; à desapropriação, onde o direito individual de propriedade é atingido pelo interesse público na construção de um hospital, no

---

<sup>164</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 27<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, pg. 31.

<sup>165</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 27<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, pg. 84.

loteamento para o traçado de vias públicas e etc.; outras mais atinentes ao exercício do poder de polícia, onde há restrição ao direito individual em nome de um bem público comum.

Preliminarmente, é necessário assentar que a noção de interesse público não guarda relação com um conjunto de interesses individuais, peculiares a cada qual. Em verdade o interesse público se constitui no interesse do todo, ou seja, do próprio conjunto social<sup>166</sup>.

Parte da doutrina administrativista tende a assinalar que o conceito de interesse público trata-se de um conceito jurídico indeterminado. Em que pese tal argumento, é crível assentar que dentro da análise específica das situações administrativas, é possível ao intérprete, à luz de todos os elementos do fato, identificar o que atende e o que não atende o interesse público. Logo, encontrará, de toda sorte, as balizas para encaixar a situação específica numa zona de certeza positiva ou negativa, cuidando, portanto, de conceito jurídico ao menos, determinável<sup>167</sup>.

Todavia, na maestria surpreendente de Bandeira de Mello, é elucidado que “existe, de um lado, o interesse individual, particular, atinente às convivências de cada um no que concerne aos assuntos de sua vida particular – interesse, este, que é o da pessoa ou grupo de pessoas singularmente consideradas -, e que, de par com isto, existe também o interesse igualmente pessoal destas mesmas pessoas ou grupos, mas que comparecem enquanto partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridos, tal como nela estiveram os que os precederam e nela estarão os que virão a sucedê-los nas gerações futuras”<sup>168</sup>. Assim, “o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos **pessoalmente** têm quanto considerados **em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem**”<sup>169</sup>. (grifos do original). Assim, baseando-se no conceito definido pelo ilustre administrativista, é plausível

---

<sup>166</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo...* op. cit., pg. 59.

<sup>167</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho, op. cit., pg. 34.

<sup>168</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo...* op. cit., pg. 61.

<sup>169</sup> Idem.

estabelecer que o interesse público corresponde à dimensão pública dos interesses individuais. Ademais, é partindo dessas formulações que se trata da ideia de “supremacia do interesse público”, que proclama a superioridade do interesse da coletividade em face do interesse particular.

Nesse desiderato, é errônea a ideia de supor que sendo os interesses públicos interesses do Estado, de que todo e qualquer interesse do Estado seria *ipso facto* um interesse público. É de se admitir que na pessoa estatal podem encarnar, também, interesses que não guardem correspondência indicada como própria dos interesses públicos<sup>170</sup>.

Nesse sentido, na doutrina italiana, liderada neste aparato por Renato Alessi, foi formulada a distinção entre interesses primários e secundários do Estado. A ideia para tal arranjo fundou-se no fato de que o Estado, além de se prestar à tutela dos interesses ditos coletivos, também é, no seio da sociedade, uma pessoa jurídica, que convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direitos e deveres. Desta feita, embora o Estado tenha interesses públicos, pois incumbido obrigatoriamente de tutela-los, também possui, certamente, interesses que são individuais, pelo fato de ser igualmente uma pessoa<sup>171</sup>.

Desta forma, é crível citar alguns exemplos capazes de ilustrar o que poderiam ser concebidos como interesses secundários estatais, como a tributação excessiva, dotada de conotação confiscatória, de forma a aumentar a receita do Erário; a demora injustificável no pagamento de precatórios, onde o ato de tardar tal demanda assenta-se no seu interesse em enriquecer-se, interposição de recursos com cunho protelatório, dentre outros mais.

Bandeira de Mello ainda colaciona outros exemplos de interesses secundários, infelizmente encontrados na prática administrativa brasileira, da seguinte forma: “Poderíamos acrescentar que seria concebível um interesse da pessoa Estado em recusar administrativamente – e até a questionar em juízo, se convocado aos pretórios – responsabilidade patrimonial por atos lesivos a terceiros, mesmo que os houvesse causado. Teria interesse em pagar valor ínfimo nas

---

<sup>170</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo... op. cit., pg. 62.

<sup>171</sup> Ibidem, pg. 66.

desapropriações, isto é, abaixo do justo, inobstante o preceito constitucional. Com todos estes expedientes, muitos dos quais infelizmente (e injustamente) adota, resguardaria ao máximo seu patrimonial, defendendo interesses à moda de qualquer outro sujeito, mas agrediria a ordem normativa. Ocorre que em todas estas hipóteses estará agindo contra o Direito, divorciado do interesse público, do interesse primário que lhe assiste cumprir. Este proceder, nada obstante seja comum, é fruto de uma falsa compreensão do dever administrativo ou resultado de ignorância jurídica. Os interesses a que se aludiu são todos interesses secundários e que a pessoa governamental tem apenas segundo os termos em que o teria qualquer pessoa. Não são interesses públicos. *“Não respondem à razão última de existir própria das pessoas governamentais em geral”*.<sup>172</sup>

Neste viés, convém aclarar que o Estado só está autorizado a buscar os interesses secundários, quando estes forem coincidentes com os interesses primários. Em havendo choque entre um interesse primário e secundário, é proibido ao Estado agir em função deste último em detrimento do primeiro. Nesta seara, o interesse secundário só se justifica se tiver caráter instrumental para o alcance do interesse primário<sup>173</sup>. Nesta esteira, corrobora de similar entendimento Ricardo Marcondes Martins<sup>174</sup>, ao afirmar que considera possível o acatamento do interesse público secundário somente na hipótese de este ser coincidente com o interesse público primário. Igualmente, é o que afirma o conceituado jurista italiano, Renato Alessi<sup>175</sup>.

Ademais e considerando as exposições atrás lançadas, impede advertir que apenas o interesse público primário tem supremacia sobre o interesse privado.

---

<sup>172</sup> Ibidem, pg. 67.

<sup>173</sup> NETO, Diogo de Figueiredo Moreira, op. cit.

<sup>174</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. Arbitragem e Administração Pública: contribuição para o sepultamento do tema. Revista Trimestral de Direito Público, vol. 54. São Paulo: Editora Malheiros, pg. 200.

<sup>175</sup> ALESSI, Renato. Sistema Instituzionale del Diritto Amministrativo Italiano. 3<sup>a</sup> ed. Milão: Editora Giuffre, 1960, pg. 197.

## Capítulo III

### A prescrição e suas relações no Direito

#### 1. A prescritibilidade das ações tributárias

No âmbito das relações patrimoniais tributárias da Fazenda Pública, o Código Tributário Nacional prevê nos artigos 173 e 174 as causas extintivas do direito de constituir o crédito tributário e da respectiva ação de cobrança, esta regida pela Lei de Execuções Fiscais (Lei Federal nº 6.830, de 22 de setembro de 1980), em razão da existência de pessoa jurídica de direito público no pólo ativo da demanda.

No artigo 173, vislumbra-se o prazo de 5 anos para que a Fazenda Pública promova a constituição do crédito tributário, através das diversas formas de lançamento<sup>176</sup>. A doutrina têm afirmado que tal prazo é decadencial, por razão redacional, em que pese a inquietude denotada por tributaristas como Paulo de Barros Carvalho<sup>177</sup> e Luciano Amaro<sup>178</sup>. Notadamente, têm-se afirmado que o projeto do Código Tributário Nacional acabou recebendo influências acerca das incongruências quanto à conceituação da prescrição e da decadência persistentes no direito civil à época.

---

<sup>176</sup> Modalidades de lançamento: artigo 147 do Código Tributário Nacional e seguintes.

<sup>177</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 24<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, formato epub.

<sup>178</sup> AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 18<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, formato epub.

Luciano Amaro, por exemplo, sinaliza que “o direito (ou direito-dever<sup>179</sup>) que o sujeito ativo tem de efetuar o lançamento do tributo e o direito que possui de cobrar judicialmente esse tributo reposam (“ambos”) na mesma relação jurídica material, nascida com o fato gerador da obrigação tributária, da qual “decorre” o lançamento, que efetiva o exercício da pretensão do credor ao tributo (ou seja, confere exigibilidade à obrigação tributária), pretensão essa de cuja violação (não pagamento do tributo, no prazo assinalado) deflui o direito de o Fisco proceder à inscrição da dívida, que, por sua vez, viabiliza o ajuizamento da ação”<sup>180</sup>. Portanto, para o autor, inexiste razão para a estipulação de prazos de decadência e de prescrição, como de fato o é o prazo de 5 anos a que alude o artigo 174, seguinte àquele que estipula o prazo de decadência.

Colocando de lado os debates acadêmicos acerca dos dispositivos do Código Tributário Nacional, é certo afirmar que ambos os prazos que, de um lado impedem a Administração Pública de constituir o crédito tributário (artigo 173), e de outro de promover a ação judicial executiva (artigo 174), tem por escopo agenciar a estabilidade das relações no seio social, inclusive entre Estado e cidadão. Nesta toada cinge-se as mesmas finalidades da prescrição e da decadência estudadas na seara civilista, ou seja, o ideário de que o direito não socorre aqueles que permanecem inertes, passado determinado espaço de tempo. Por essa razão, esgotado certo prazo, assinalado em lei, prestigiam-se a certeza e a segurança, e sacrifica-se o eventual direito daquele que se manteve inativo no que respeita à atuação ou defesa desse direito<sup>181</sup>.

Nesse *ínterim*, é oportuna a colocação de Amaro onde leciona que os “papéis perdem-se ou destroem-se com o passar do tempo. O tempo apaga a memória dos fatos, e, inexoravelmente, elimina as testemunhas. Decorrido certo prazo, portanto,

---

<sup>179</sup> Outra questão pode ser colocada no que diz respeito à obrigatoriedade do sujeito ativo em efetuar o lançamento tributário. Este não se trata de um direito propriamente dito, mas sim de uma atividade administrativa vinculada e obrigatória, à luz do que dispõe o artigo 142, parágrafo único, do Código Tributário Nacional. Desta forma haveria, *ipso facto*, uma incongruência no estabelecimento do prazo de decadência de cinco anos para o lançamento, pois não se trata de um direito, mas sim de um dever. Contudo, o aprofundamento do debate acadêmico acerca da dissonância retrocitada deve ser formulada em espaço próprio, a fim de que não detenhamos em aspectos que desvirtuem das nossas pretensões.

<sup>180</sup> AMARO, Luciano, op. cit.

<sup>181</sup> AMARO, Luciano, op. cit.

as relações jurídicas devem estabilizar-se, superados eventuais vícios que pudessem ter sido invocados, mas que não o foram, no tempo legalmente assinalado, e desprezado o eventual desrespeito de direitos, que terá gerado uma pretensão fenecida por falta de exercício tempestivo”<sup>182</sup>.

Neste diapasão, verifica-se o prestígio dispensado ao princípio da segurança jurídica em nosso ordenamento tributário. É que como bem determina axiologicamente os princípios do Estado de Direito, dentre eles com o destaque necessário à segurança jurídica, não há como ceder boa e coerente interpretação ao Direito se o interesse do Fisco e o seu consequente ensejo de gerar vultosas receitas, tomassem espaço em detrimento do princípio máximo do Estado que se dite democraticamente de Direito.

Nesse ideário e com o brilhantismo que lhe é inerente, Carrazza afirma em passagem competente que “Convém, neste ponto, afastarmos, de uma vez por todas, a superadíssima ideia de que o interesse fazendário (meramente arrecadatório) equivale ao interesse público”. E ainda mais adiante: “em boa verdade científica, o interesse fazendário não se confunde nem muito menos sobreira o interesse público. Antes, subordina-se ao interesse público e, por isso, só poderá prevalecer quando em perfeita sintonia com ele”<sup>183</sup>.

E que interesse público não mais valioso à sociedade que a sua própria segurança, mormente quando esta representa uma proteção jurídica contra as mazelas e arbitrariedades do Estado, que costumam por força do poder<sup>184</sup>, terem como destinatários os cidadãos?

Perpetrado nesse sentido, vale pontuar que “nem mesmo o objetivo, em tese louvável, de solucionar “problemas de caixa” das pessoas políticas tem força bastante para subverter os princípios fundamentais do sistema constitucional

---

<sup>182</sup> Idem.

<sup>183</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 29<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, pg. 566.

<sup>184</sup> Nesta passagem, vale trazer à colação a concisa e verdadeira colocação feita por Montesquieu quando asseverou que “quem tem o poder, tende a abusar dele”.

tributário brasileiro, que deitam raízes, em última análise, no próprio princípio da segurança jurídica".<sup>185</sup>

## 2. O prazo quinquenal do administrado contra a Fazenda Pública

A Fazenda Pública, conceito este que abrange a União, Estados, Municípios, Distrito Federal e suas respectivas autarquias e fundações de direito público, são beneficiadas com o prazo prescricional de cinco anos das ações que veiculem pretensões em face destas. Vale dizer que a prescrição atinge as ações que veiculem qualquer tipo de pretensão contra a Fazenda Pública, à luz do que determina o artigo 1º do Decreto Federal nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932.

Repisamos que, conforme alhures, não se inserem no conceito de Fazenda Pública as empresas públicas e sociedades de economia. É interessante, a propósito, a dicção da Súmula nº. 39 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: "Prescreve em vinte anos a ação para haver indenização, por responsabilidade civil, de sociedade de economia mista". Ressalta-se que a edição da Súmula retrocitada se deu em 08 de abril de 1992, na vigência do Código Civil de 1916, razão pela qual se alude na redação da mesma o prazo de vinte anos. Entretanto, a alteração do prazo prescricional com o advento do Código Civil de 2002, não modifica substancialmente o entendimento da Súmula de que empresas públicas e sociedades de economia mista não se submetem aos mesmos prazos da Administração Pública Direta.

No âmbito da prescrição que aqui estamos a tratar, abranger-se também as pretensões relativas à cobrança de créditos previdenciários<sup>186</sup>, vencimentos, pensões, soldos e quaisquer diferenças ou restituições, vencidas ou por vencerem<sup>187</sup>.

---

<sup>185</sup> CARRAZZA, Roque Antonio, op. cit., pg. 566.

<sup>186</sup> Súmula nº 107 do TRF.

<sup>187</sup> Artigo 2º do Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932.

Frise-se que os prazos que aludimos de cinco anos são prazos prescricionais. Considerando as lições colacionadas quando tratamos neste trabalho sobre as diferenças entre prescrição e decadência, é correto afirmar que, contudo, quando tratar-se de ações anulatórias, o prazo de cinco anos será decadencial. Já as ações declaratórias, são imprescritíveis, por ausência em seu bojo de pretensão.

Nas demanda contra a Fazenda Pública em que o direito envolvido seja relacionado a prestações de trato sucessivo, onde o pagamento é realizado em dias, meses ou anos, “a prescrição atingirá progressivamente as prestações à medida que completarem os prazos estabelecidos pelo presente decreto”<sup>188</sup>.

Com o advento do Código Civil de 2002, que proclama em seu artigo 206, § 3º, inciso V, que a prescrição da reparação civil é de três anos, exsurgiu na doutrina o questionamento se tal regra seria aplicável às ações intentadas contra a Fazenda Pública, haja vista a regra de direito intertemporal que determina ser a norma anterior revogada pela posterior<sup>189</sup>.

A par da dúvida acerca de qual prazo seria o aplicável, o de cinco anos ou o de três, preliminarmente poderia aventar-se a hipótese de que, em razão da norma do decreto ser norma especial, esta prevalecia sobre a geral, que é a veiculada pelo Código Civil. Ou seja, na hipótese o prazo aplicável contra as ações de reparação civil contra a Fazenda Pública permaneceria o de cinco anos, seguindo a linha dos demais casos.

Ocorre que seria cabível chegar a tal conclusão, não fosse a dicção do artigo 10 do Decreto Federal nº 20.910/1932, que aduz: “o disposto nos artigos anteriores não altera as prescrições de menor prazo, constantes das leis e regulamentos, as quais ficam subordinados”. Desta feita, em casos de ações que buscam a reparação civil em face da Fazenda Pública, o prazo aplicável é o de três anos, e não o de cinco, por duplo fundamento: em razão da determinação do artigo 10 do decreto supracitado, e em razão da regra que dita a revogação da lei anterior com o advento da posterior.

---

<sup>188</sup> Artigo 3º do Decreto Federal nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932.

<sup>189</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. 9ª ed. São Paulo: Editora Dialética, 2011, pg. 89.

Neste diapasão é notória, em verdade, o objetivo de beneficiar a Fazenda Pública. Ademais, é possível argumentar, como o faz Leonardo Carneiro da Cunha, que em nome do princípio da igualdade, é justo que a Fazenda Pública receba tratamento igualitário, incidindo na espécie por esta razão, o prazo prescricional de três anos, como aplicado às demais pessoas, indistintamente<sup>190</sup>.

Deste modo, o prazo do administrador contra a Fazenda Pública em geral é o de cinco anos, com exceção para ações que busquem a reparação de dano civil, caso em que se aplica o prazo de três anos, e quando a ação for declaratória, esta não sujeita a prazo prescricional.

### *3. Convalidação e estabilização dos efeitos dos atos jurídicos*

Previamente adentrarmos propriamente na seara da convalidação e estabilização dos efeitos dos atos jurídicos, é forçoso tecer alguns comentários breves acerca dos vícios dos atos administrativos.

Merece a consideração de ato viciado, sendo neste viés inválido, quando praticado em desconformidade com o direito. Neste sentido, é incorreto quantificar a invalidade de um ato, dizendo que este é mais ou menos inválido. Trata-se de análise objetiva da questão: ou o ato é praticado em conformidade com os ditames oferecidos pelo ordenamento jurídico e, portanto, é válido, ou, é praticado à margem da lei e, portanto, é considerado inválido<sup>191</sup>. Todavia, é possível afirmar que frente a um ato inválido, o Direito reage de formas mais ou menos intensas<sup>192</sup>. É dizer que, “a ordem normativa pode repelir com intensidade variável atos praticados em desobediência às disposições jurídicas, estabelecendo destarte uma graduação no repúdio deles”<sup>193</sup>.

---

<sup>190</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da, op. cit., pg. 90

<sup>191</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. Elementos de Direito Administrativo..., op. cit., pg. 163.

<sup>192</sup> Idem.

<sup>193</sup> Idem.

Pois bem. Sabe-se que a Administração Pública deve pautar seus atos sob a égide do princípio da legalidade, de sorte que diante de um ato inválido, incumbe-lhe o dever de restaurar-lhe a legalidade. Neste aparato, corroboramos da lição proferida por Weida Zancaner, ao afirmar o dever administrativo de restaurar a legalidade dos atos administrativos, já que “à Administração Pública cabe curar o interesse público, e não nos parece que este possa ser obtido em razão do critério subjetivo do administrador de valorar, caso a caso, se é melhor obtê-lo por meio da manutenção de atos inválidos e de relações nascidas sob o signo da ilegalidade, ou se a obtenção do interesse público aconselha invalidar atos e relações maculadas de vício”<sup>194</sup>.

De toda sorte, além da possibilidade de invalidar um ato viciado, o Direito oferta também a possibilidade de convalidá-lo. O fenômeno da convalidação<sup>195</sup> consiste em suprimir a invalidade de um ato, não o extirpando do mundo jurídico. É dizer que o ato que pretende convalidar um ato inválido, tem por condão legitimar os efeitos pretéritos já experimentados. A convalidação tem por presteza suprir os vícios do ato e resguardar os efeitos por ele produzidos. Contudo, um ato só pode ser convalidado se puderem ser legitimamente produzidos<sup>196</sup>.

Num primeiro momento, a opção por invalidar o ato pode parecer a cabível, incontestavelmente, eis que em nome do princípio da legalidade à Administração Pública estaria imposto o dever de invalidar seus atos eivados de vícios, restaurando-se assim a ordem jurídica<sup>197</sup>. Entretanto, é crível afirmar que a restauração da legalidade pode ser alcançada tanto pela fulminação do ato viciado (invalidação) quanto pela correção de seu vício (convalidação). Em ambas as hipóteses a legalidade se recompõe<sup>198</sup>.

---

<sup>194</sup> ZANCANER, Weida. Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2008, pg. 64.

<sup>195</sup> Convalidar: 1. Tornar válido (...). 2. Restabelecer a validade ou eficácia. Cf. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 5<sup>a</sup> ed. Curitiba: Positivo, 2010.

<sup>196</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. Elementos de Direito Administrativo..., op. cit., pg. 169.

<sup>197</sup> ZANCANER, Weida, op. cit., pg. 64.

<sup>198</sup> Ibidem, pg. 65.

A doutrina tem por hábito discutir se diante de um ato inválido a Administração teria o dever de invalidá-lo ou de convalidá-lo, posto que de antemão excluímos a possibilidade de escolha da Administração em fazê-lo, conforme explanado alhures, apoiado nas lições de Zancaner. À Administração, por força dos princípios norteadores da atual ordem jurídica, não encontra permissivo o bastante para tanto. É por isso que diante de um ato inválido, uma das duas vias deverá ser seguida pela Administração.

Resta saber quando a Administração Pública deverá promover a invalidação ou convalidação do ato. Nesta seara continuamos, por amor ao pensamento jurídico embasado nos princípios constitucionais, com a administrativista Weida Zancaner. Neste passo, podemos afirmar que a Administração deverá invalidar o ato, quando não for possível convalidá-lo, e convidá-lo sempre que o ato comportar tal medida.<sup>199</sup>.

A invalidação do ato se faz pertinente por ausência de outra medida cabível quando a Administração não puder convalidá-lo. Ainda aqui é importante repisar o entendimento de que a restauração da ordem jurídica é obrigatória, por força do princípio da legalidade. E é por esta razão, igualmente, que não podendo convalidar, a única saída existente é invalidar.

A medida obrigatória a ser adotada será a convalidação quando assim a situação jurídica viabilizar o cometimento. A convalidação se faz obrigatória, antes mesmo de que se pense em invalidar o ato, posto que o “próprio princípio da legalidade – que predica a restauração da ordem jurídica, inclusive por convalidação -, entendido finalisticamente, demanda respeito ao capital princípio da segurança jurídica. Com efeito, a convalidação é um ato que não visa apenas à restauração do princípio da legalidade, mas também à estabilidade das relações constituídas (...)"<sup>200</sup>.

Note-se que a medida de convalidação fortemente se justifica em razão do atendimento de dois princípios: o da legalidade e o da segurança jurídica. Não há razão para a fulminação de um ato inválido, em homenagem, inclusive, à boa-fé, se

---

<sup>199</sup> Ibidem, pg. 68.

<sup>200</sup> Ibidem, pg. 67.

a possibilidade de convalidá-lo pode manter a ordem jurídica balizada nos ditames impostos pelo Direito. Deste modo, “é mais consentâneo com o interesse público insuflar vida nos atos e nas relações jurídicas passíveis de convalidação que desconstituir os, mesmo porque a invalidação pode levar à responsabilização estatal no pertinente aos lesados de boa-fé”<sup>201</sup>.

Todavia, em que pese a obrigatoriedade de adoção de uma das vias, ou da invalidação ou da convalidação, é pertinente esclarecer que há barreiras à convalidação e à invalidação dos atos. Há situações específicas em que o próprio direito através de uma norma estabelece a proibição à convalidação ou invalidação. Zancaner nomeia esta proibição de “barreiras”<sup>202</sup>.

Nesta senda, entende-se que a impugnação do interessado resulta em óbice à convalidação de um ato viciado, embora passível de convalidação, ressalvados os atos obrigatoriamente sanáveis, em razão do irrelevante defeito de formalidade<sup>203</sup>, e aqueles em que haja vício de motivação em ato vinculado, expedido tardiamente, se mais tarde fosse possível verificar que os motivos preexistiram e a lei exigia a prática do ato<sup>204</sup>. Bandeira de Mello, acompanhado por Zancaner<sup>205</sup>, afirma que “A Administração não pode convalidar um ato viciado se este já foi impugnado, administrativa ou judicialmente. Se pudesse fazê-lo, seria inútil a arguição do vício, pois a extinção dos efeitos ilegítimos dependeria da vontade da Administração, e não do dever de obediência à ordem jurídica”<sup>206</sup>. Entretanto, *data máxima vénia*, parece-nos que mesmo diante da impugnação do ato viciado, ainda persistem as razões para a convalidação do ato, razões mesmas existentes para a convalidação dos demais atos viciados. Não estamos certos de que diante da impugnação do ato pelo interessado, remanesceria a possibilidade de a Administração, pela sua própria vontade, verificar a possibilidade de extinguir os efeitos ilegítimos do ato. Tal compreensão coaduna com nossa concordância com os ilustres autores quando

---

<sup>201</sup> Ibidem, pg. 68.

<sup>202</sup> Ibidem, pg. 72.

<sup>203</sup> Idem.

<sup>204</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo...*, op. cit., pg. 478.

<sup>205</sup> ZANCANER, Weida, op. cit., pg. 72.

<sup>206</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo...*, op. cit., pg. 478.

afirmam que a convalidação se apresenta como um dever do administrador, e não como um poder.

Parece-nos que mesmo que o interessado impugne o ato, ainda assim remanesce o ensejo da ordem jurídica em manter prevalecentes o interesse público, compreendido, senão, no bojo da segurança jurídica e da boa-fé.

Pontuado isso, outra barreira à convalidação seria o transcurso do tempo. Este, por si só, poderá levar à estabilização dos efeitos do ato, que normalmente se dá pela via prescricional<sup>207</sup>.

Já foi dito que a atuação da administração deve ser pautada no arcabouço da legalidade. Porém, no ordenamento jurídico há outros princípios que são merecedores de igual ou senão maior atenção. É o que se verifica com os princípios da segurança jurídica e boa-fé, que indubitavelmente veem incidir quando lança-se um ato que venha modificar os efeitos que estão ou estiveram sentidos por um sujeito.

É certo que um ato inválido gera consequências jurídicas. Mesmo porque se não gerassem, não haveria qualquer razão para que nos demandassem certa preocupação<sup>208</sup>.

As balizas explanadas nas linhas antecedentes, no tocante à legalidade, boa-fé e segurança jurídica, é há muito tratada no caso dos loteamentos irregulares. Serve-se à concretude dos referidos princípios, a hipótese de loteamento irregularmente licenciado cujo vício só viesse a ser descoberto depois que inúmeras famílias de baixa renda, que adquiriram os lotes, houvessem nele edificado suas moradias<sup>209</sup>. Qual seria, então, a solução jurídica adequada para a resolução do problema?

Nesse aparato, o Superior Tribunal de Justiça calcado no princípio da boa-fé, julgou um caso em que o município de Limeira/SP, havia celebrado contrato de promessa de compra e venda de um lote, situado em loteamento inexistente, o qual

---

<sup>207</sup> ZANCANER, Weida, op. cit., pg. 73.

<sup>208</sup> Ibidem, pg. 74.

<sup>209</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. Elementos de Direito Administrativo..., op. cit., pg. 171.

não foi registrado, nem chegando a área a ser urbanizada. Em dado momento, o município promoveu a anulação dos contratos, em razão da irregularidade no parcelamento. Nesta esteira assim foi o voto do relator: “sabe-se que o princípio da boa-fé deve ser atendido também pela Administração Pública, e até com mais razão por ela, e o seu comportamento nas relações com os cidadãos pode ser controlado pela teoria dos atos próprios, que não lhe permite voltar sobre os próprios passos, depois de estabelecer relações em cuja seriedade os cidadãos confiaram”<sup>210</sup>.

Nassa, em importante estudo sobre a boa fé e sua incidência no regime jurídico de direito administrativo, asseverou que, “Diante desta abrangência, é evidente que a segurança jurídica se inter-relaciona com praticamente todos os demais princípios do sistema. A própria legalidade, num ponto de vista, pode ser considerada como desdobramento da necessidade de previsibilidade do Direito. Da mesma forma opera-se diante da boa-fé, já que, em certas ocasiões, o ordenamento protege o valor da confiança legítima também em prol do valor da segurança”<sup>211</sup>.

A segurança jurídica busca atender a exigência de previsibilidade, o que abrangeira, inegavelmente, “os princípios de proteção de direitos adquiridos, não-retroatividade, estabilidade das relações contratuais e da própria confiança legítima, o que estabelece, sem sombra de dúvida, um intercâmbio vivo com a boa fé”<sup>212</sup>.

Em razão do exposto e conjugando os princípios da boa-fé e da segurança jurídica, é que diante de um transcurso de tempo razoável, perante atos ampliativos de direito, ocorrerá uma barreira ao dever de invalidar, “nos casos em que haja no ordenamento jurídico alguma regra hábil para proteger a situação e que lhe teria servido de amparo se tivesse sido produzida sem vício”<sup>213</sup>.

---

<sup>210</sup> STJ, Recurso Especial nº 184.487/SP, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJe em 03.05.1999. Disponível em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 27.02.2015.

<sup>211</sup> NASSA, Thulio Caminhoto. A Boa Fé no Regime Jurídico de Direito Administrativo. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010. Disponível em [www.dominiopublico.gov.br](http://www.dominiopublico.gov.br). Acesso em 20.12.2014.

<sup>212</sup> Idem.

<sup>213</sup> Ibidem, pg. 75.

3.1. O prazo de invalidação dos atos da administração – Artigo 54 da Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

Adveio a Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, amplamente conhecida como Lei do Processo Administrativo Federal, que prescreveu em seu artigo 54, *ipsis litteris*: “O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”.

Da leitura do mencionado artigo, parece que intencionou a lei em dizer que a anulação dos atos administrativos pela Administração é um direito, e não um dever. Contudo e considerando as razões expostas no item anterior, parece-nos que a leitura do artigo deve sofrer reparos, à luz dos princípios constitucionais incidentes na matéria. Portanto, apesar da redação do artigo, mantém-se o posicionamento de que tal feito se constitui em um dever. Nesta seara, é imperioso repisar as importantes lições de Bandeira de Mello, que aduz: “Não se trata, aqui, evidentemente, de pretender sobrepor uma opinião a dicções legais, mas de questionar a constitucionalidade de preceptivos de leis. O ordenamento jurídico, como se sabe, também é integrado por princípios gerais de Direito que, em alguns casos pelo menos, informam a própria compostura nuclear da Constituição. O princípio da segurança jurídica certamente é um deles. Destarte, quando em um tema específico dois princípios jurídicos de estatura constitucional concorrem em prol de uma solução (na hipótese vertente, o da restauração da legalidade – que a convalidação propicia, como visto – e o da segurança jurídica), o legislador infraconstitucional não pode ignorá-los e adotar diretriz que os contrarie, relegando a plano subalterno valores que residem na estrutura medular de um sistema normativo”<sup>214</sup>.

---

<sup>214</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo..., op. cit., pg. 481.

A redação do artigo neste específico, também vai de encontro ao que reza o artigo 2º da mesma lei, que estabelece como uns dos princípios regentes o da segurança jurídica<sup>215</sup>.

De toda sorte, note-se que em nome da segurança jurídica e da boa-fé, a lei trouxe a positividade do prazo decadencial de cinco anos para rever seus atos eivados de vícios, protegendo desta feita, o destinatário de boa-fé.

O princípio da legalidade, forte luz norteadora da atividade estatal, não é considerado, e nem poderia, um princípio absoluto, funcionando como poder capaz de afastar a incidência de outros princípios tão ou senão, mais importantes para o garantismo do Estado de Direito. A legalidade deve perseguir a atuação da Administração Pública, ao passo que, por obviedade, diante de uma atuação ilegal o ato deve ser extermínado da órbita administrativa, pela invalidação ou convalidação. A Administração tem o dever de rever seus próprios atos e convalidá-los quando possível, ou inválidos no caso de vício insanável. Mesmo diante da hipótese em que haja um vício insanável e o ato seja ilegal, afastando-se qualquer pretensão em mensurar o grau de ilegalidade, para os adeptos a esta dosimetria, após o prazo de cinco anos, a Administração não mais poderá fazê-lo, à luz da disposição legal em referência. Na simplória exegese que se impere, é límpida a consagração do princípio da segurança jurídica em detrimento do princípio da legalidade.

A propósito, é oportuna a lição de Gilmar Mendes, ao ponderar que “Ainda que não se possa invocar a ideia de direito adquirido para a proteção das chamadas situações estatutárias ou que se não possa reivindicar o direito adquirido a um instituto jurídico, não pode o legislador ou o Poder Público em geral, sem ferir o princípio da segurança jurídica, fazer *tabula rasa* das situações jurídicas consolidadas ao longo do tempo. Situações ou posições consolidadas podem assentar-se até mesmo em um quadro inicial de ilicitude<sup>216</sup>.

Contudo, a lei em testilha não fixou prazo para a invalidação de atos ampliativos de direito quando seus destinatários estejam de má-fé. Nesta esteira,

---

<sup>215</sup> Artigo 2º, da Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999: A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. (g.n.)

<sup>216</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., pg. 559.

Zancaner vislumbra duas possibilidades face à omissão legal: ou o dever da Administração de anular é imprescritível ou, é prescritível, mas a lei foi omissa<sup>217</sup>.

Nesse sentido, corroboramos com a referida autora quando entende que a primazia da ordem jurídica não se coaduna com a imprescritibilidade do direito de invalidar os atos dos quais decorram efeitos favoráveis aos destinatários, ainda que estejam de má-fé. A omissão da lei não comporta, e nem poderia comportar, na conclusão de que se está diante de imprescritibilidade. Nesse sentido, o prazo aplicável, à luz do disposto no artigo 205 do Código Civil, seria de 10 anos<sup>218</sup>.

### *3.2. A modulação dos efeitos pelo Supremo Tribunal Federal*

De acordo com a historicidade dos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle de constitucionalidade, houveram oportunidades em que as decisões tinham por objeto, além de declarar a nulidade de algum ato normativo, a de modular seus efeitos. A modulação dos efeitos consiste em determinar em certa circunstância o aspecto temporal em que os efeitos da declaração de nulidade vigorará, ou qualquer outro aspecto relevante quanto à produção dos efeitos da decisão que declara a nulidade, quando tal aspecto visar promover valores como a segurança jurídica, isonomia e eficiência.<sup>219</sup>.

Com o advento da Lei Federal nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, positivou-se na ordem jurídica a conduta que já era dantes visível nos julgados da suprema corte. Nesse aparato, proclama o artigo 27 da referida lei: “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou

---

<sup>217</sup> ZANCANER, Weida, op. cit., pg. 79.

<sup>218</sup> Idem.

<sup>219</sup> BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 6<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, formato epub.

decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

Assim, note-se que o afastamento do princípio da nulidade, que determinaria a cassação dos efeitos pretéritos<sup>220</sup>, ocorre quando demonstrado que a declaração de inconstitucionalidade traria danos à segurança jurídica, conjugado com algum outro valor constitucionalmente protegido, vinculado ao interesse social.

A modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal foi fortemente difundida e notada quando das declarações de inconstitucionalidade, fato que levou inclusive a positivação normativa conforme alhures explanado. Entretanto, a suprema corte, fundada em razões de segurança jurídica passou a firmar precedentes fora do aspecto de controle de constitucionalidade, propriamente dito, no sentido de dar efeitos apenas prospectivos a decisões suas que importam em alteração da jurisprudência dominante. Foi o que se passou, à guisa exemplificativa, no caso do cancelamento da Súmula nº 394, que previa a subsistência do foro por prerrogativa de função (art. 102, inciso I, alínea “b”, da Constituição Federal), mesmo após o acusado do crime haver deixado o exercício funcional. “Ao superar essa orientação, firmando o entendimento de que a competência para processar e julgar ex-membro do Congresso Nacional é do juízo de 1º grau e não sua, o Tribunal ressalvou a validade de todos os atos e decisões produzidos até então com base na súmula que estava cancelando”<sup>221</sup>.

No precedente que resultou na Súmula Vinculante nº 22<sup>222</sup>, o Supremo Tribunal Federal modificou sua interpretação a respeito do artigo 109, inciso I, da Constituição Federal, entendendo que a competência para o julgamento das ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho seria da Justiça do Trabalho, e não mais da justiça comum estadual. Nesta hipótese, assinalou a corte que tal orientação não incidira sobre os processos jugados pela

---

<sup>220</sup> “Sendo o víncio de inconstitucionalidade, como regra, congênito à lei, os efeitos da decisão que o pronuncia retroagem ao momento de seu ingresso no mundo jurídico, isto é, são *ex tunc*”. In:

<sup>221</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Ibidem*.

<sup>222</sup> Súmula Vinculante nº 22: “A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuían sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04”.

Justiça Estadual até então, por razões de segurança jurídica. A íntegra da ementa do julgado apresentou-se assim: “O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência *ex ratione materiae*. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto<sup>223</sup>”.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.240/BA, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a criação do município Eduardo Magalhães, no Estado da Bahia, em razão do não cumprimento dos requisitos estampados no artigo 18, §4º, da Constituição Federal. Contudo, ressaltou o excelso tribunal de que o fato da declaração da nulidade no plano abstrato, não poderia resultar na desconsideração de que o município estava criado, de fato, há mais de 6 anos. Com isto, situações jurídicas das mais complexas foram formadas em função da existência do ente municipal, como exemplo, existência de lei orçamentária, com prospectos de receitas e despesas, servidores públicos, contratos administrativos vigentes e etc. Considerando estes fatos, é que a corte, arguindo-o novamente a segurança jurídica das relações, é que declarou a inconstitucionalidade, sem pronunciamento de nulidade, a fim de resguardas o complexo de relações jurídicas existentes<sup>224</sup>.

No julgamento proferido no Recurso Extraordinário nº 370862/SC, por questão de ordem suscitada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, o Supremo Tribunal Federal decidiu modular os efeitos temporais, por razões fundadas na segurança jurídica e na boa-fé. Neste passo é conveniente a transcrição de trecho da deliberação:

“(...) considerando que não houve modificação no contexto fático e nem mudança legislativa, mas sobreveio uma alteração substancial no

---

<sup>223</sup> STF, Conflito de Competência nº 7.204-1/MG, relator Ministro Carlos Britto, DJe em 09.12.2005. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 28.02.2015.

<sup>224</sup> STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.240/BA, relator Ministro Eros Grau, DJe em 03.08.2007. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 28.02.2015.

entendimento do STF sobre a matéria, possivelmente em face de sua nova composição, entendo ser conveniente evitar que um câmbio abrupto de rumos acarrete prejuízos aos jurisdicionados que pautaram suas ações pelo entendimento pretoriano até agora dominante. Isso, sobre tudo, em respeito ao princípio da segurança jurídica que, no dizer de Celso Antonio Bandeira de Mello, tem por escopo “evitar alterações surpreendentes que instabilizem a situação dos administrados”, bem como “minorar os efeitos traumáticos que resultam de novas disposições jurídicas que alcançaram situações em curso”.

Não se propugna com isso, é evidente, a cristalização da jurisprudência ou a paralisia da atividade legislativa, pois as decisões judiciais e as leis não podem ficar alheias à evolução social e ao devir histórico. Não se pode olvidar, contudo, que cumpre, como sabiamente apontou a Ministra Carmén Lúcia (...) conferir segurança ao processo de transformação.

Por estas razões entendo que convém emprestar-se efeitos prospectivos às decisões em tela, sob pena de impor-se pesados ônus aos contribuintes que se fiaram na tendência jurisprudencial indicada nas decisões anteriores desta Corte sobre o tema, com todas as consequências negativas que isso acarretará nos planos econômico e social”.<sup>225</sup>

---

<sup>225</sup> STF, Recurso Extraordinário nº 353.657-5/PR, relator Ministro Marco Aurélio, Dje 20.08.2010. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 01.03.2015.

Note-se que a depender das circunstâncias fáticas e das relações jurídicas envolvidas no caso de declaração de constitucionalidade, ou em qualquer outra decisão em que a mudança de entendimento possa atingir a estabilidade das relações, a modulação dos efeitos é medida imperiosa por força do que determina o princípio da segurança jurídica. Logo, a detecção da constitucionalidade não possui força bastante para atenuar a incidência da segurança jurídica.

#### *4. Âmbito de abrangência da prescrição prevista no Código Civil.*

Há na doutrina quem resista à aplicação das normas de direito privado para situações que envolvam entes do direito público. Note-se um apego iludido às normas de direito público, com a impressão de que as normas de direito privado podem representar uma incongruência jurídica se aplicadas nas relações públicas.

Todavia, é necessário primeiramente partir do pressuposto de que o Direito é uno. Não há na ciência jurídica ramos desenvolvidos com o intuito de torná-lo autônomo o bastante para que sua disciplina não encontre correlação com os demais ramos. Nenhum ramo pode ser considerado mais ou menos importante que o outro, posto que as peculiaridades que possam vir a diferenciar um ramo do outro, existem pelo fato de que as situações jurídicas reguladas são distintas, mas não porque o direito é dissonante.

Nesta senda é que se faz necessário que a atividade administrativa seja regulada por princípios e regras peculiares, destacados de outros, pois os interesses protegidos são diferentes.

A dita autonomia dos ramos do direito, como o chamado direito previdenciário, direito administrativo, direito civil, direito tributário, direito do trabalho e etc., existem, de igual forma, pela necessidade metodológica no trato dessas disciplinas.

Neste sentido leciona Becker: “Pela simples razão de não poder existir regra jurídica independente da totalidade do sistema jurídico, a autonomia (no sentido de independência relativa) de qualquer outro ramo do direito positivo é sempre e

unicamente didática para, investigando-se os efeitos jurídicos resultantes da incidência de determinado número de regras jurídicas, descobrir a concatenação lógica que as reúne num grupo orgânico e que une este grupo à totalidade do sistema jurídico”<sup>226</sup>.

É importante notar que no que se refere às empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações instituídas sob o regime do direito privado, é consentânea a relação entre o direito privado e o direito público incidentes no regime jurídico dessas entidades, inclusive no que toca contratos e regime empregatício.

A teoria geral dos contratos, fortemente difundida no direito civil, é aplicável ao direito administrativo, porquanto não há e ao bem da lógica, nem faria sentido haver, espécies contratuais próprias do direito administrativo. Veja-se: quando a Administração Pública celebra um contrato de compra e venda, ela não está firmando um contrato próprio do direito administrativo, mas sim do direito civil, com a incidência das normas que por esse ramo do direito privado foram desenvolvidas. É claro que tendo em vista razões de interesse público, a incidência de normas do direito privado não pode representar o que costumeiramente se chama de “fuga para o direito privado”<sup>227</sup>.

As formas de aquisição da propriedade por ação natural (artigo 1.248 do Código Civil), como a aluvião e a avulsão, por exemplo, podem ser adquiridas pelo poder público, incidindo integralmente, na hipótese, as regras de direito privado.

Frise-se que a incidência de normas privadas nas relações de direito público não acarretam, *ipso facto*, em afronta ao regime jurídico de direito público. É certo que por razões de preservação do interesse público, não poderá o aplicador do direito, alegando a incidência da norma de direito privado em um determinado caso, amesquinhar os interesses de ordem pública que inevitavelmente incidem na órbita da relação público administrativa.

---

<sup>226</sup> BECKER, Alfredo Augusto. Teoria Geral do Direito Tributário. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Lejus, 2002, pg. 31.

<sup>227</sup> A fuga para o direito privado se caracteriza quando intenciona-se levar à mingua normas de direito público, tendentes ao alcance da finalidade pública, com o intuito de privilegiar interesses privados.

A tratativa patrimonial dos bens é difundida no Código Civil, especificamente no Livro II – Dos Bens. Ao ensejo da regulamentação dada nessa parte do Código Civil, os bens considerados públicos receberam tal classificação a partir do artigo 98 e possuem grande utilidade no trato da matéria. Entretanto, é certo dizer que, por exemplo, a doutrina administrativista tem por impulso oferecer um estudo mais acautelado a fim de estabelecer, por exemplo, o regime jurídico que deve ser empregado nos bens das sociedades de economia mista e empresas públicas. Neste diapasão, o estudo do regime jurídico aplicável se faz necessário em razão de que há empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos. Daí se infere que os bens de tais entidades privadas, embora possam-se ser considerados privados, são afetados à uma destinação pública a qual não pode ser ignorada.

Em sede jurisprudência também pode-se encontrar exemplos da aplicação de normas de direito privado às relações de direito público. É o que ocorreu no caso em que o Superior Tribunal de Justiça determinou a aplicação do artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor à uma relação em que houve o pagamento por um serviço público que efetivamente não foi prestado. Certo trecho do julgado se deu no seguinte sentido: “Na espécie, o Tribunal local declarou a ilicitude da cobrança pela ausência de rede de despejo de efluentes no local, ou seja, não havia prestação do serviço (...). O Superior Tribunal de Justiça possui firme jurisprudência no sentido de não configurar erro justificável a cobrança de tarifa de água de esgoto por serviço que não foi prestado pela concessionária de serviço público, razão pela qual os valores indevidamente cobrados do usuário devem ser restituídos em dobro, conforme determina o artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor (...)"<sup>228</sup>.

Pelo exposto, note-se que indubitavelmente há um intercâmbio entre normas de direito público e de direito privado. Não parece-nos assistir razões congruentes para que, em eventual lacuna normativa, não se busquem a aplicação das regras de direito privado às relações públicas, desde que com isso não se promova o desarranjo das finalidades perquiridas pelos princípios do direito público.

---

<sup>228</sup> STJ. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 74.631 – Primeira Turma, relator Ministro Bendito Gonçalves. DJe de 23.02.2012. In: MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 7<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2013, pg. 598.

## Capítulo IV

### A imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário

#### 1. Evolução histórica

A imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário nunca foram previstas na história do Direito Brasileiro. Mesmo em tempos distantes, a regra da prescritibilidade ornamentou a seara jurídica brasileira. A título de exemplo, menciona-se o artigo 9º do Decreto nº 857, de 12 de novembro de 1851, que proclamava a prescritibilidade das ações de ressarcimento, nos seguintes termos *ipsis litteris*: “A prescrição de 40 annos posta em vigor pelo citado Art. 20 da Lei de 30 de Novembro de 1841, com referência ao Capítulo 210 do Regimento da Fazenda, a respeito da dívida activa da Nação, opera a completa desoneração dos devedores da Fazenda Nacional do pagamento das dívidas, que incorrem na mesma prescrição, de maneira que, passados os 40 annos, não pôde haver contra eles penhora, execução, ou outro qualquer constrangimento”.

No anteprojeto da constituinte de 1988, denominada de Afonso Arinos, não houve qualquer previsão acerca dos ilícitos contra o patrimônio público, tampouco quanto ao ressarcimento de danos, não havendo nenhuma redação que possa ser relacionada com a atual composição do § 5º, do artigo 37 da CF, neste anteprojeto<sup>229</sup>.

---

<sup>229</sup> Anteprojeto Constitucional Afonso Arinos. Publicado no Diário Oficial da República Federativa do Brasil em 26 de setembro de 1986. Disponível em [www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituinte/AfonsoArinos.pdf](http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituinte/AfonsoArinos.pdf). Acesso em 02.03.2015.

A primeira aparição textual que deu origem ao §5º, do artigo 37 da Constituição Federal, se deu através de Emenda ao Anteprojeto do Relator da Subcomissão, na Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições, em 18 de maio de 1987 pelo parlamentar Paulo Macarini, nos seguintes termos:

“Art. 3º – Os atos de corrupção administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos de cinco a dez anos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal correspondente.

§1º - O ato será declarado pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República ou de qualquer cidadão, conferindo-se ao acusado o direito de ampla defesa.

Art. 4º - São imprescritíveis os ilícitos praticados por qualquer agente, servidor público ou não, que causem prejuízo ao erário público”<sup>230</sup>.

Por meio dessa redação proposta, em especial a empregada no artigo 4º, permite-nos chegar à conclusão de que a prática dos ilícitos que causem prejuízos ao erário seriam imprescritíveis. Note-se que por meio dessa dicção lança-se mão da imprescritibilidade da sanção do ilícito e não do ressarcimento, ao menos no nosso entendimento. De qualquer sorte, ainda assim, a hipótese de imprescritibilidade da sanção pelo ilícito praticado permanece distorcida a par dos valores correspondentes à nova ordem jurídica que se pretendia com a instalação da Assembleia Constituinte naquela época, e que permanecem notadas hodiernamente.

---

<sup>230</sup> Bases da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. Disponível em [www6g.senado.gov.br](http://www6g.senado.gov.br). Acesso em 04.03.2015.

Com supedâneo nesses mesmos argumentos, referida proposta foi rejeita, tendo o parecer professado o seguinte argumento: “Quanto à imprescritibilidade, já tivemos oportunidade de refutá-la, pois a sua existência no ordenamento jurídico, justifica-se como instrumento estabilizador do direito. A fixação do termo inicial, a partir do restabelecimento da ordem democrática, por si, já serve para afastar a impunibilidade que, na atualidade, é uma constante”<sup>231</sup>.

Outras Emendas foram propostas acerca do assunto, a exemplo da sugerida em 13 de agosto de 1987, cuja redação se dava nesta esteira:

“(...) §2º. Os atos de improbidade administrativa importarão na suspensão dos direitos políticos, na perda da função pública, na indisponibilidade dos bens e no ressarcimento ao erário, na forma e gradação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal correspondente.

§ 3º. São imprescritíveis os ilícitos praticados por qualquer agente, servidor público ou não, que causem prejuízo ao erário, bem como as respectivas ações de ressarcimento”<sup>232</sup>.

Neste *interim*, em que pese a insistência, fixou-se que a imprescritibilidade inclusive abrangeia as respectivas ações de ressarcimento.

Apesar da rejeição da Emenda de 18 de maio de 1987, insistentemente houveram propostas de emendas que corroboravam a imprescritibilidade, a exemplo da emenda em outubro de 1987<sup>233</sup>, a qual destacamos:

“A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente,

---

<sup>231</sup> Idem.

<sup>232</sup> Idem.

<sup>233</sup> Idem.

servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento, que serão imprescritíveis".

Note-se que a par da redação supramencionada, o constituinte fixou claramente a hipótese de imprescritibilidade das ações de ressarcimento, excluindo, ao revés, a imprescritibilidade dos ilícitos.

Na esteira evolutiva das redações propostas ao texto constitucional e sob viés comparatista, é importante ressaltar que a hipótese de imprescritibilidade proposta por diversas emendas foi extirpada do texto constitucional promulgado em 1988. Note-se que os exatos termos da emenda proposta em outubro de 1987 foram mantidos na redação promulgada do §5º, do artigo 37 da Constituição, excluindo-se apenas a menção "que serão imprescritíveis". Veja-se:

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

Nesse sentido, é importante destacar a alusão de Sérgio de Andréia Ferreira ao analisar a evolução redacional da Constituição de 1988, ocasião em que afirma: "Vimos que, nos textos primitivos da Constituinte, a regra era a imprescritibilidade no que tange à punição de todas as espécies, o que, depois, foi limitado às ações de ressarcimento, e veio a ser, a final, também eliminado<sup>234</sup>. Logo, é dedutível que o preceito constitucional não induz à imprescritibilidade.

---

<sup>234</sup>FERREIRA, Sérgio de Andréa. Comentários à Constituição. Vol. 3º. Rio de Janeiro: Editora Freitas Barros, 1991, pg. 313.

2. *Dissonâncias acadêmicas da correta interpretação do artigo 37, §5º da Constituição Federal.*

Conforme aventado na introdução do presente trabalho, a doutrina não é dissonante quanto ao entendimento que deve ser dado à dicção do artigo 37, § 5º, da Constituição Federal. O entendimento empregado percorre três lados: há aqueles que entendam serem imprescritíveis as ações que buscam recompor o erário e, por outro lado, há aqueles que empregam, às luzes da segurança jurídica e do sistema constitucional vigente, de que as respectivas ações são prescritíveis, havendo apenas silêncio legislativo quanto ao prazo. Há, ainda, um posicionamento intermediário, de que a tese da imprescritibilidade só se afigura quando tratar-se de recomposição do patrimônio público quando estes forem consequências de atos de improbidade, à luz de uma interpretação conjugada com o 4§, do artigo 37, da Lei Fundamental.

Neste diapasão e de forma a oferecer um panorama, sem pretensão de esgotá-lo, lançaremos nas linhas que se sucedem o posicionamento da doutrina administrativa brasileira sobre o tema.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>235</sup>, embora não se detenha a aprofundar o tema, entende que as ações de ressarcimento são imprescritíveis, por considerar frágil o argumento aventado por outra parte da doutrina, de que a imprescritibilidade mingua o direito de defesa. Nesse sentido, afirma a autora que a imprescritibilidade é uma forma de alerta aos responsáveis de que a qualquer tempo poderão responder pelos prejuízos causados ao erário, demandando que haja o mínimo de prudência na preservação de eventuais provas.

José dos Santos Carvalho Filho, também entende que a prescrição não incide sobre a busca das pessoas públicas de reivindicarem o ressarcimento de danos que lhe forem causados por seus agentes. Neste passo argumenta que, “conquanto a imprescritibilidade seja objeto de intensas críticas, em função da permanente instabilidade das relações jurídicas, justifica-se sua adoção quando se trata de recompor o erário, relevante componente do patrimônio público e tesouro da própria

---

<sup>235</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di, op. cit., pg. 926/927.

sociedade<sup>236</sup>“. E continua, mais adiante: “Apesar da dicção constitucional, há interpretação no sentido da prescritibilidade<sup>237</sup> da pretensão, sob o argumento de supressão do direito de defesa relativamente ao autor do dano, eis que teria ele que guardar documentação probatória por mais tempo além do razoável. Com a vénia devida, não abonamos essa linha de pensamento. Se o agente lesou o erário, que espelha a face patrimonial da sociedade, é justamente a ele que devem ser atribuídos os ônus probatórios, inclusive a guarda indefinida dos respectivos elementos. Não fosse assim, estaria esvaziado o princípio constitucional da proteção ao patrimônio público”<sup>238</sup>.

Fernanda Marinela<sup>239</sup>, sem reportar argumentos, vislumbra a hipótese de imprescritibilidade de tais ações, assim como Hely Lopes Meirelles, na versão atualizada de sua obra Direito Administrativo Brasileiro<sup>240</sup>.

O eminente constitucionalista José Afonso da Silva entende que as ações de ressarcimento ao erário são imprescritíveis, prescrevendo apenas a apuração e punição do ilícito<sup>241</sup>. Todavia, admite que “é uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (*dormientibus non succurritius*)”<sup>242</sup>.

Nota-se que no artigo “A Prescrição Administrativa no Direito Brasileiro Antes e Depois da Lei n° 9.873/99”, nos pareceu que o professor constitucionalista e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, ao afirmar que “A Constituição admite **apenas** duas hipóteses de imprescritibilidade: nos incisos XLII e XLIV do artigo 5º, que cuidam, respectivamente, dos crimes de ressarcimento e da ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado democrático”

<sup>236</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho, op. cit., pg. 1.123.

<sup>237</sup> No texto original o termo utilizado pelo autor foi “imprescritibilidade”. Contudo, entendemos ter ocorrido equívoco ortográfico, que em nossa citação foi corrigido.

<sup>238</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho, op. cit., pg. 1.123.

<sup>239</sup> MARINELA, Fernanda, op. cit., pg. 1.016.

<sup>240</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 39<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, pg. 572.

<sup>241</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, pg. 673.

<sup>242</sup> Idem.

esta, ao revés, a não vislumbrar a suposta imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário (artigo 37, § 5º, da Constituição Federal)<sup>243</sup>. De igual sorte, em sua importante obra que trata do controle de constitucionalidade, leciona que “A própria Constituição Federal de 1988 tratou do tema para prever as únicas hipóteses em que se admite a imprescritibilidade (art. 5º, XLII e XLIV, que cuidam do crime de racismo e da ação de grupos armados contra a ordem constitucional), garantindo, em sua sistemática, o princípio geral da perda da pretensão pelo decurso do tempo”<sup>244</sup>.

Em seu artigo denominado Segurança Jurídica Positivada: Interpretação, Decadência e Prescritibilidade, Luciano Ferraz argumenta favoravelmente à tese da prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário primeiramente por razões de segurança jurídica e ainda, tendo em vista que a dicção do dispositivo constitucional não afirmou serem as ações resarcitórias imprescritíveis, como fez em duas passagens, nas hipóteses do artigo 5º, incisos XLII e XLIC. Ademais, propõe a visualização de uma situação deveras contraditória: “Com efeito, se a apuração “e punição” do ilícito prescrevem, uma vez transcorrido o prazo previsto para tal, não mais seria possível tencionar apurá-lo, de modo que sequer se cogitaria do ressarcimento”<sup>245</sup>.

Diante da colocação posta por Luciano Ferraz, é imperioso impor o seguinte questionamento: como se pode considerar a prescritibilidade da apuração do ilícito e sua respectiva punição e, por outro lado, afirmar que a respectiva ação de ressarcimento não prescreve, já que a toda evidência, a ação para apuração do ilícito e punição pressupõe que o ilícito tenha sido apurado dentro do tempo hábil?

Érico Andrade, mencionado por Licurgo Mourão, não vislumbra a hipótese de imprescritibilidade, por que se estaria na contramão do próprio ordenamento constitucional que veda o estabelecimento de penas perpétuas. Nesse sentido: “O

---

<sup>243</sup> BARROSO, Luís Roberto. A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da Lei nº 9.873/99, op. cit.

<sup>244</sup> BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, op. cit.

<sup>245</sup> FERRAZ, Luciano. Segurança Jurídica 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 em [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br). Acesso em 06.03.2015.

art. 37, §5º, da Constituição Federal parece, de forma indireta, declarar que a ação de ressarcimento de danos ao erário seria imprescritível. Todavia, esse entendimento mostra-se insustentável perante o próprio ordenamento jurídico vigente, pois a Constituição Federal estabelece, como direito e garantia e fundamental, a vedação de penas perpétuas – art. 5º, XLVII, b. Ora, no caso, a se entender imprescritível o ressarcimento, estar-se-ia criando a possibilidade, eterna, de se demandar, v.g., um tataraneto de um administrador ímprebo (...). Criada estaria, assim, em antinomia com a própria Constituição, uma pena perpétua.<sup>246</sup>.

A professora da Universidade de São Paulo Ada Pellegrini Grinover leciona que, por uma questão de coerência e unidade do sistema constitucional, assim como em todas as outras pretensões condenatórias, as pretensões do Estado também devem prescrever. Sob as lições de Elody Nassar, fundamenta que o Estado de Direito alberga o princípio da segurança jurídica e que, por via de consequência, a imprescritibilidade ofenderia tal instituto. Sustenta a autora ser “lícito concluir que a regra inserta no §5º do artigo 37 da Constituição Federal não estabelece uma taxativa imprescritibilidade em relação à pretensão de ressarcimento do erário, estando também tal pretensão sujeita aos prazos prescricionais estatuídos no plano infraconstitucional”<sup>247</sup>.

Nas brilhantes lições de Elody Nassar, a leitura do dispositivo constitucional deve ser feita sob o prisma de que o sistema jurídico é um todo harmonioso, que não admite contradições, estas que estariam postas se entendermos pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento, pois vai de encontro com os fundamentos da Constituição de 1988. Nesse sentido, “as exigências de uma ordem pública impõem que se declare que quando um pressuposto se revela insuficiente, não há maneira de salvá-lo, destacando-o do corpo para sustentar as vigas da harmonia jurídica. Demais disso, o problema da prescritibilidade se encontra na definição exata das exigências da ordem pública e da harmonia social”. E conclui

---

<sup>246</sup> MOURÃO, Licurgo. Prescrição e Decadência: emanações do princípio da segurança jurídica nos processos sob a jurisdição dos tribunais de contas. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, nº 2, v. 71, abril, maio, junho de 2009. Disponível em [www.licurgomourao.com.br](http://www.licurgomourao.com.br). Acesso em 06.03.2015.

<sup>247</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação de Improbidade Administrativa: decadência e prescrição. Interesse Público, v1. 33, pg. 55/92, 2005.

que “o tema, assim, merece ser enfrentado com serenidade e coragem porque a inexistência de restrição temporal aos *jus puniendi* do Estado põe reféns pessoas físicas e jurídicas, além de representar ofensa ao devido processo legal inscrito nos direitos fundamentais da Carta Política”.<sup>248</sup>.

Até a 26<sup>a</sup> edição do seu conceituado Curso de Direito Administrativo, Celso Antonio Bandeira de Mello afirmava serem de fato imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário, ainda que de forma desconfortável, pela obviedade do desacerto de tal solução normativa<sup>249</sup>. Da 27<sup>a</sup> edição em diante, passou a corroborar, após refletir sobre as exposições feitas por Emerson Gabardo, de que com a tese da imprescritibilidade estaria consagrada a minimização ou eliminação do direito de defesa daquele acusado de lesionar o erário. Isto porque ninguém guarda documentação além de um prazo razoável. A par deste argumento, ainda assinala “Não é crível que a Constituição possa abonar resultados tão radicalmente adversos aos princípios que adota no que concerne ao direito de defesa. Destarte, se a isto se agrega que quando quis estabelecer a imprescritibilidade a Constituição o fez expressamente como no art. 5º, incisos LII e LXIV(crimes de racismo e ação armada contra a ordem constitucional) – e sempre em matéria penal que, bem por isto, **não se eterniza**, pois não ultrapassa uma vida -, ainda mais se robustece a tese adversa à imprescritibilidade”<sup>250</sup>. (De acordo com o original).

Nesta seara, Bandeira de Mello entende que em verdade, a locução do ditame constitucional deve ser compreendido no sentido de que a intenção manifesta, ainda que mal expressada, é a de separar os prazos para a apuração e punição do ilícito administrativo ou penal, dos prazos da ações de responsabilidade, que não teriam porque coincidir<sup>251</sup>.

Lançados alguns pontos acerca dos argumentos carreados pela doutrina, passaremos a explanar casos jurisprudenciais acerca da questão conflitante.

---

<sup>248</sup> NASSAR, Elody. Prescrição na Administração Pública. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, pg. 345/354.

<sup>249</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, op. cit., pg. 1.072.

<sup>250</sup> Ibidem, pg. 1.073.

<sup>251</sup> Idem.

### 3. A posição jurisprudencial brasileira

Os Tribunais brasileiros por alguns anos tenderam a seguir a rápida leitura que costumeiramente era empregada ao artigo 37, §5º da Lei Maior, estabelecendo o entendimento da imprescritibilidade das ações de ressarcimento.

Ocorre que, em compasso às marchas comandadas pela doutrina, surgiram na jurisprudência entendimentos calcados nas três teses sobre a redação do artigo constitucional em testilha: a) a de que as ações são imprescritíveis; b) a de que as ações são prescritíveis e, c) de que a imprescritibilidade incide apenas no que tange ao ressarcimento de danos decorrentes de atos de improbidade.

Nesta seara, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado no sentido de que as ações são imprescritíveis, conforme ementa do seguinte julgado:

ADMINISTRATIVO. PRETENSÃO DE  
RESSARCIMENTO DE DANOS CAUSADOS  
AO ERÁRIO POR ATOS DE IMPROBIDADE  
ADMINISTRATIVA. IMPRESCRITIBILIDADE.  
(...)

1. A Primeira Seção do STJ firmou entendimento no sentido da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento de danos causados ao Erário por atos de improbidade administrativa. (...) <sup>252</sup>.

2. Agravo Regimental não provido.

No mais, é crível visualizar julgados em que a tese da imprescritibilidade recai além dos casos de ressarcimento decorrentes de atos de improbidade administrativa. Nessa acepção:

---

<sup>252</sup> STJ, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 348.417/DF, relator Ministro Herman Benjamin, DJe em 04.10.2013. Disponível em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 09.03.2015.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL.  
AÇÃO CIVIL. REPARAÇÃO DE DANOS AO  
ERÁRIO. APURAÇÃO DO TRIBUNAL DE  
CONTAS. EX-VEREADORES. VALORES  
RECEBEBIDOS A MAIOR.  
IMPRESCRITIBILIDADE. PRECEDENTES  
DO STF E STJ.

1. Diante da jurisprudência consolidada no STF e STJ, a pretensão de ressarcimento ao erário, independentemente de se tratar ou não de ato de improbidade administrativa, é imprescritível.

2. Recurso especial provido.<sup>253</sup>

Contudo, é possível encontrar no repertório jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, decisões que proclamaram, em dado momento histórico, a prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, como o ocorrido na Segunda Turma, por unanimidade, em 2005. Desta forma, *in verbis*:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL.  
RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO  
ARTIGO 535, II, DO CPC. NÃO-  
OCORRÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.  
RESSARCIMENTO DO DANO.  
PREScriÇÃO VINTENÁRIA. ERRO  
INESCUSÁVEL.

1. Afasta-se a alegação de negativa da prestação jurisdicional se o Tribunal a quo examinou e decidiu, fundamentada e suficientemente, os pontos suscitados pela parte recorrente.

---

<sup>253</sup> STJ, Recurso Especial nº 1350656/MG, relatora Ministra Eliana Calmon, DJe em 17.09.2013. Disponível em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 09.03.2015.

2. Aplica-se a prescrição vintenária à ação civil pública objetivando o ressarcimento do dano causado ao erário.
3. Contratação de pessoal sem concurso público caracteriza erro inescusável.
4. Agravo regimental improvido<sup>254</sup>.

Não obstante, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça se mantém pela imprescritibilidade, de acordo com julgado proferido em 19 de fevereiro de 2015, nos autos do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1411.699/SP, relatado pelo Ministro Humberto Martins<sup>255</sup>.

Em instâncias inferiores, à exemplo do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, houve entendimento jurisprudencial reconhecendo a prescrição do direito da Administração de ressarcir-se de eventuais danos, em que pese tal corrente ainda ser a minoritária. Desta forma:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO.  
SERVIDOR PÚBLICO. GRATIFICAÇÃO E  
ANUÊNIOS. PAGAMENTO INDEVIDO.  
DESCONTO DAS PARCELAS EM FOLHA  
DE PAGAMENTO. LEI 8.112/90. ART. 46.  
NECESSIDADE DE ANUÊNCIA PRÉVIA.  
IMPOSSIBILIDADE DE PRIVAÇÃO DOS  
BENS DO DEVEDOR SEM O DEVIDO  
PROESSO LEGAL. ART. 5º, LIV E LV, DA  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88.  
PRELIMINARES DE INCOMPETÊNCIA  
ABSOLUTA E DE IMPROPRIEDADE DA VIA  
ELEITA REJEITADAS. APELAÇÃO E  
REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDAS.

---

<sup>254</sup> STJ, Agravo Regimental no Agravo de Instrumental nº 695.351/MG, relator Ministro João Otávio de Noronha, DJe em 19/12/2005. Disponível em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 10.03.2015.

<sup>255</sup> Disponível em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Informação obtida pela aba “Jurisprudência”, em 10.03.2015.

[...]

5. Transcorridos mais de 10 (dez) anos, sem que a Administração tomasse qualquer providência para ressarcir-se dos valores indevidamente pagos ao impetrante, o reconhecimento da prescrição do direito da Administração para tal ressarcimento é medida que se impõe.<sup>256</sup>

[...].

No âmbito da Corte Constitucional Brasileira, em que pese o entendimento pela imprescritibilidade ser o majoritariamente adotado, há vozes dissonantes entre os Ministros acerca desse entendimento. E uma das vozes dissonantes é a do Ministro Marco Aurélio, que no julgamento do Mandado de Segurança nº 26.210-9/DF, asseverou não compreender que a parte final do §5º, do artigo 37 da Constituição Federal está a encerrar a imprescritibilidade das ações. Aventa que a ressalva “remete à legislação existente e recepcionada pela Carta de 1988; a ressalva remete à disposição segundo a qual prescrevem as ações, a partir do nascimento destas, em cinco anos, quando se trata – repito – de dívida passiva da Fazenda. E isso homenageia a almejada segurança jurídica: a cicatrização de situações pela passagem do tempo”. Mais adiante afirma 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 momento”<sup>257</sup>.

---

<sup>256</sup> TRF da Primeira Região, Apelação nº 0004990-60.2005.4.01.3600/MT, relatora Desembargadora Federal Ângela Maria Catão Alves, Primeira Turma, e-DJF1 em 19.05.2010. Disponível em [www.portal.trf1.jus.br](http://www.portal.trf1.jus.br). Acesso em 09.03.2015.

<sup>257</sup> STF, Mandado de Segurança nº 26.210-9/DF, relator Ministro Ricardo Lewandowski, Dje em 10.10.2008. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 17.03.2015.

Diante do cenário jurisprudencial controverso existente, que há anos se reacende a cada debate acadêmico, no Recurso Extraordinário nº 669.069/MG, interposto pela União em face da Viação Três Corações Ltda., contra a decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que extinguiu o processo por prescrição sob o argumento de que a ação de ressarcimento buscada pela União estava prescrita, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, reconheceu a relevância da matéria constitucional e reconheceu a repercussão geral da questão, cuja respectiva ementa se deu nos seguintes termos:

ADMINISTRATIVO. PRETENSÃO DE  
RESSARCIMENTO AO ERÁRIO.  
PRESCRIÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA  
RESSALVA FINAL PREVISTA NO ARTIGO  
37, §5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.  
EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.  
Apresenta repercussão geral o recurso  
extraordinário no qual se discute o alcance da  
imprescritibilidade da pretensão de  
ressarcimento ao erário prevista no artigo 37,  
§5º, da Constituição Federal.<sup>258</sup>

No bojo do relatório que reconheceu a repercussão geral da matéria, as linhas interpretativas colocadas em pauta para análise constitucional se referem: a) a imprescritibilidade do dispositivo constitucional alcança todas as ações de ressarcimento ao erário, sem qualquer distinção; b) a imprescritibilidade das ações de ressarcimento apenas se referem àquelas que buscam recompor o erário em decorrência de ilícito penal ou de improbidade administrativa; c) o dispositivo não contém norma apta a consagrar imprescritibilidade alguma.

Até que o Supremo Tribunal Federal analise a questão versada na repercussão geral e decida, por conseguinte, qual a interpretação correta a ser empregada à luz dos preceitos e valores constitucionais, a dissonância jurisprudencial permanecerá. Entretanto, independentemente da decisão final da

---

<sup>258</sup> STF, Recurso Extraordinário nº 669.069/MG, relator Ministro Teori Zavascki, DJe em 26.08.2013. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 17.03.2015

Corte Constitucional Brasileira, que é a quem cabe proferir a última palavra sobre a questão, vinculando os órgãos administrativos e o Poder Judiciário, não há empecilhos, para fins acadêmicos e científicos de que a matéria continue, por amor e apego às convicções jurídicas assentadas no berço de um Estado Democrático de Direito, que continuem a merecer estudos e reflexões aprofundadas.

## **Conclusão**

Nos bancos acadêmicos, em que se perpetravam intensas discussões ao cabo de levar-nos a profundas reflexões, especialmente no que toca a função administrativa e sua localização na órbita constitucional, já nos soavam, ainda que de forma sutil, incertezas acerca da afirmação comumente posta de que as ações de resarcimento ao erário eram imprescritíveis. Passado certo tempo refletindo sobre o assunto, agregado ao nosso entusiasmo pelos estudos que investigam as facetas de atuação do Direito Administrativo e do Direito Constitucional, e diante da controvérsia contida na linha interpretativa do artigo 37, §5º, da Carta Magna, é que houve o impulso para o desenvolvimento do presente estudo, onde buscamos investigar quais são as normas que devem ser aplicadas no trabalho interpretativo da norma constitucional em evidência.

É certo que o Direito é um sistema, onde as normas que o formam devem, em consonância com o critério de hierarquia, por exemplo, fundarem-se uma nas outras, de forma que não haja direito absoluto. O sistema deve guardar harmonia. Note-se que nem os direitos e garantias fundamentais são absolutos. Pode-se citar, para ilustrar exemplificativamente, o direito à ampla defesa e ao contraditório: por maior que possa ser a garantia fundamental que o acoberta, o direito limita através do lapso temporal o momento de exercício do direito de defesa, já que na contestação, e.g., há um momento definido temporalmente para o seu exercício, sob pena de não o exercendo, ser extirpado pela preclusão. É que por mais fundamental e de alta importância que possa ser a proteção ou o exercício de um direito, não há como eternizá-lo, por constituir afronta ao equilíbrio das relações sociais ensejadas pelo próprio Direito.

Qual outra razão seria a da existência do Direito senão a de buscar a segurança jurídica das relações, esta reveladora da própria faceta da justiça? É este o questionamento que nos fizemos por vezes, e que em todas elas a resposta ecoava positivamente pelo alcance da justiça, tendo como um de seus instrumentos concretizadores a segurança jurídica.

A justiça não se concretiza em uma sociedade cuja juridicidade pauta-se em critérios afastados dos princípios e elementos regentes do Estado de Direito. O devido processo legal, a prescrição, o acesso ao Poder Judiciário, o direito de petição, a igualdade, dentre tantos outros, são elementos que externam a existência de um Estado de Direito.

A controvérsia existente na locução do § 5º, do artigo 37, da Constituição Federal alberga no fundo problemas de interpretação sobre a prevalência de princípios jurídicos constitucionais que são incidentes, em menor ou maior grau, de acordo com a interpretação jurídica empregada. A depender da linha interpretativa se dirá que resta justificada a imprescritibilidade das ações de ressarcimento, em razão do interesse público existente em que a recomposição do patrimônio público lesado seja realizada. Por outro lado, dirão outros que apesar do interesse público em recompor o erário, a segurança jurídica e a ampla defesa devem ser princípios prevalentes, de forma a se concluir pela prescritibilidade das ações.

Assim, notamos que a bem da verdade, a alegação da imprescritibilidade das ações de ressarcimento se baseia na busca do interesse fazendário em recompor os cofres públicos, o que se constitui em vislumbrar apenas o interesse público secundário e, a princípio, também tranquilizar o sentimento de impunidade que pode ser sentido quando se está diante de casos de corrupção, que infelizmente, assolam diariamente os noticiários brasileiros. Estamos certos de que aqueles que erguem bandeiras a defender a imprescritibilidade das ações de ressarcimento, em verdade o fazem como se a imprescritibilidade fosse forma de coibir ações de malfeiteiros, vinculando as consequências de seus atos ao arrimo da eternidade. Seria uma forma de manter um sujeito sob o sentimento de perseguição eternamente.

Quando afirmamos ser de cunho secundário o interesse em buscar a recomposição do erário, considerando o contexto da imprescritibilidade, o fazemos

em razão de que a base principiológica do Direito não deve ser aplicada somente ao sabor da conveniência. A segurança jurídica que deve ser irradiada a todas as relações sociais e jurídicas, fundamentadas no ideário de que nem o Estado nem o povo podem estar acima da lei, deve ser verificada nas relações entre Estado e cidadão, cidadão e Estado, nos exatos termos e magnitude necessárias à sustentação de um Estado de Direito.

De qual segurança jurídica estamos a tratar, quando esta deve ser medida protetiva apenas em face da Administração Pública? Parece-nos que a esta imperam favoritismos acobertados falsamente sob a alegação de proteção do interesse público, pois qual interesse público não mais evidente a se preocupar que a busca pela pacificação das relações e pela não eternização de direitos, fonte de perseguições? A toda evidência, parece-nos ainda mais necessário que tal preocupação, com efeitos exemplificativos à toda sociedade, deva partir principalmente do próprio Estado.

A prescrição tem por função a realização do ideário de justiça, da paz social, da estabilização das relações no seio da sociedade. Não é por outra razão que é reveladora da segurança jurídica, princípio inerente ao Estado de Direito. Se em determinado Estado a segurança jurídica é afrontada, se descaracteriza a instituição de um Estado de leis e não de homens. Perde-se, inclusive, a função da busca de justiça e de segurança jurídica, razão de existência do próprio Direito.

A imprescritibilidade, ainda mais quando se trata de demandas condenatórias em obrigações de fazer, assentam na sociedade uma instabilidade perseguidora, a qual arruína o que o homem mais anseia: a paz, a proteção à confiança e a segurança de suas condutas e das suas respectivas consequências. Ninguém pode, em um Estado civilizado, passar o gozo de sua vida na inquietação de saber se há algo deixado para trás que poderá vir a assombrá-lo no futuro, de maneira indefinida, surpreendentemente.

Se não fosse o bastante, a ausência da prescrição refuta, inevitavelmente, na dificuldade do exercício da ampla defesa. Isto porque há impossibilidade absoluta na guarda de documentos pelo lapso de uma vida. Se não é pelo costume existente na sociedade em não guardar documentos por tempo demasiadamente longo, porque é notório que há uma segurança instituída pelo direito que o protege dessa obrigação,

será pela impossibilidade ambiental e até mesmo tecnológica em manter preservados os documentos pertinentes. A decomposição de papeis e panes em aparelhos tecnológicos são fatos cotidianos contra os quais há pouco a se fazer, se considerarmos que o transcurso do tempo também afeta essas relações. Nesse sentido, a imprescritibilidade aniquila as possibilidades do exercício da ampla defesa. É inevitável a percepção de que a prejudicialidade na defesa de um sujeito aumenta conforme o tempo escoa, já que defender-se depois de 3, 4, 5 ou 6 anos a respeito de um suposto fato, oferece maiores possibilidades probatórias, além de maior recordação do ocorrido, em contraponto à defesa de um fato ocorrido há 30, 40, 50 anos.

No mais, há de se trazer à baila que não há processo dialético sem a ampla defesa e o contraditório. Ausentes ou insuficientes o exercício desses direitos, afetada por via de consequência estará a convicção do juiz para por fim à lide. Não há como buscar-se um processo pautado no devido processo legal, e com a convicção do juiz fundada no ideário da busca pela justiça, se ferido estiver a ampla defesa e o contraditório, porque são através dessas garantias que se constituem provas e é baseado nestas que o magistrado formula o seu entendimento sobre os fatos levantados.

Sob o aspecto da isonomia, estamos certos de que a alegada previsão de imprescritibilidade nos moldes como comumente vem sendo tratada está a ensejar afronta ao comando constitucional da isonomia. Justificamos tal posição porque o fundamento para a desequiparação de situações jurídicas e fáticas semelhantes entre administrado e Administração Pública são inconcebíveis à luz do texto constitucional. Inclinamo-nos em afirmar, nesse contexto, que o critério que diferencia a situação da Administração Pública é pautado em protecionismo em favor da má gestão da coisa pública, em especial no que tange ao cumprimento de prazos, como é corriqueiramente notado na atividade cotidiana administrativa.

Infelizmente por vezes nos deparamos, como nesse caso, com argumentos que tendem a atribuir privilégios injustificáveis à Administração Pública, sob o falso argumento de proteção do interesse público, inserindo-a em uma posição de superioridade, de maior força, o que indubitavelmente acobertam ideias de um Estado autoritário.

O que de fato está em linha de justificar a máxima de “o direito não socorre aos que dormem” apenas aos administrados? Não decairia sobre a Administração o dever de boa-fé, de atuação conforme o princípio da boa administração, e de comprometimento com a organização de suas atividades, inclusive nos seus interesses relacionados às próprias pretensões judiciais?

Nesse passo, não assiste razão a quem venha a afirmar que a benesse da ausência de prazo prescricional para ações de ressarcimento, pode restar justificada uma vez que a recomposição do erário em última análise está protegido pelo interesse público. Pode ser ainda que, em conformidade com o tempo em que escrevemos este trabalho, digam alguns que os atos dos grandes esquemas de corrupção ocorridos há uma ou duas décadas que indignam a sociedade, envolvendo desvios de bilhões de reais, estariam incólumes, já que se houvesse prazo prescricional este já teria transcorrido. Todavia, estamos certos de que não há embasamento jurídico para tal afirmação, senão vejamos.

Cabe rememorarmos o fato de que o curso da prescrição só se inicia com o nascimento da pretensão. Desta forma, se a Administração não tem conhecimento dos fatos ilícitos que ensejam reparação de danos, o curso do prazo prescricional está impedido de correr, já que desconhecidos os fatos, não há consequentemente pretensão alguma em buscar o ressarcimento por danos eventualmente causados.

Portanto, afirmar que a prescrição retira ou atenua a possibilidade de a Administração Pública buscar a recomposição do erário não se sustenta. Não se sustenta porque, o interesse público primário, este sim, em recompor o patrimônio público, está protegido pelo próprio Direito, à luz da boa-fé, já que enquanto a Administração Pública não tiver conhecimento dos fatos que venham a ensejar uma demanda judicial no bojo de uma ação condenatória, não se inicia a contagem do prazo prescricional.

A desequiparação que se revela se afirmarmos a imprescritibilidade é ofensiva ao preceito isonômico, porquanto este adverte um valor que não encontra prestígio constitucional, ou seja, o péssimo funcionamento da máquina estatal, resultado da ausência de zelo, responsabilidade, comprometimento e seriedade em suas atuações, cujas não são amparadas pela Constituição Federal. E é essa a

inteligência que constituímos, porquanto a Administração deve obediência ao princípio da boa administração.

Não há como não vislumbrar que a finalidade da discriminação, beneficiando a Administração para a propositura de ações quando bem entendesse está a oferecer prestígio a elementos aos quais houve, por bem do Estado de Direito, dispensa constitucional em valorá-los.

A previsão da prescritibilidade das ações de resarcimento, seguindo a regra posta no direito, é capaz igualmente de imprimir maior eficiência à Administração Pública, que seria compelida a agir na defesa de seus interesses dentro do prazo prescricional, em estado de paridade com a sociedade.

Note-se que quando o direito prevê hipóteses de imprescritibilidade, o faz mantendo as balizas principiológicas do sistema, de forma a mantê-lo firme. Não há de conceber a exceção à uma regra que é concebida por uma base principiológica em detrimento de interesses os quais afastam abruptamente a harmonia sistêmica constitucional.

Os crimes hediondos e ou contra a vida são universalmente considerados ação de maior reprovação social, de maior relevância, sendo punidos com maior rigor, e nem por isso a eles se aplica a imprescritibilidade.

Ademais, onde o constituinte entendeu adotar a exceção à regra da prescritibilidade, o fez de forma expressa e inequívoca. Se somarmos tal fato à historicidade do projeto da Assembleia Constituinte, veremos que de fato quando o constituinte pretendeu que as ações fossem imprescritíveis, o fez de forma expressa. Contudo, a expressividade que foi posta no projeto constituinte foi extirpada, resultando na redação que temos hoje.

No mais, sabe-se que diante de eventual colisão de princípios jurídicos, em razão destes se constituírem em deveres de otimização, o estabelecimento do melhor meio a ser seguido para a melhor realização de todos os princípios em conflito depende da técnica da ponderação, ou exame da proporcionalidade.

Nesse diapasão, verifica-se que o estabelecimento da imprescritibilidade no exame da adequação pode percorrer dois caminhos distintos: o primeiro é de que o

estabelecimento da imprescritibilidade não é suficientemente seguro para recompor o erário, porque o transcurso do tempo não é dotado de absoluta relevância para a efetividade dessa medida. Há outros fatores no mundo que podem influenciar no alcance do fim. Em segundo lugar, não é adequada a imprescritibilidade, e nem poderia cogitar sê-la, com o intuito de manter alguém, pretensamente de forma legítima, sem o sossego de não ser surpreendido a qualquer tempo acusado de fatos contra os quais provavelmente haja pouco a se fazer.

Ademais, mesmo que objetivamente possamos afirmar que pelo exame da adequação a imprescritibilidade se faz medida suficiente para o ressarcimento do erário, a medida não passa pelo teste da necessidade. Isto porque os meios alternativos, fixando a prescritibilidade, são capazes de igual monta à atingir a finalidade de ressarcimento, além desse ser o meio que restringe em menor medida os princípios da segurança jurídica, da boa-fé, da boa administração, da igualdade, da ampla defesa e o valor da justiça.

Sob a égide do exame da proporcionalidade em sentido estrito, verifica-se ainda, que os benefícios com o estabelecimento da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário são veementemente desproporcionais em relação às desvantagens causadas pelo emprego desse meio. É que sob a alegação de proteção do erário e com vistas ao interesse público - que como vimos não se sustenta tão fortemente se relacionarmos tal interesse com outros tantos princípios do ordenamento -, se aniquilam todos os outros princípios que estivemos em delonga tratando no bojo deste trabalho, com especial ênfase à segurança jurídica, que analisada sistematicamente com os demais princípios e valores, dão a harmonia necessária ao arcabouço normativo. Um meio escolhido para a realização de um determinado fim nunca pode resultar na não realização de outro princípio, porque tal medida é demasiadamente excessiva, e por isso mesmo justifica-se a ponderação pelo exame da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Além disso, não vislumbro qualquer desprestígio à busca do interesse público, se à Administração Pública aplicar-se o prazo prescricional disposto no artigo 206, § 3º, inciso V, do Código Civil, que estabelece o lapso temporal de 3 anos para pretensões de reparação civil. Por outro lado, também não me padece de qualquer incongruência jurídica que o prazo prescricional seja de 5 anos, à luz do que já é

estabelecido para a Ação Civil Pública. De toda forma, é necessário de que haja uma lei específica para que venha a estabelecer o prazo prescricional para tais ações, leitura esta que fazemos da parte final do § 5º, do artigo 37 da Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALESSI, Renato. Sistema Instituzionale del Diritto Amministrativo Italiano. 3<sup>a</sup> ed. Milão: Editora Giuffre, 1960.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. O princípio da eficiência no direito administrativo. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº. 14, junho-agosto, 2002. Disponível em [www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br). Acesso em 13.02.2015.

AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 18<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, formato epub.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. Disponível em: [http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/17562/mod\\_resource/content/1/CRITERIO%20CIENTIFICO%20PRESCRIÇÃO%20e%20DECADÊNCIA-2.pdf](http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/17562/mod_resource/content/1/CRITERIO%20CIENTIFICO%20PRESCRIÇÃO%20e%20DECADÊNCIA-2.pdf). Acesso em 29.12.2014.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 04, julho, 2001. Disponível em [www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br). Acesso em: 28.01.2015.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da Lei nº 9.873/99. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 4, 2001. Disponível em [www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br). Acesso em 07.02.2014.

BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 6<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, formato epub.

BECKER, Alfredo Augusto. Teoria Geral do Direito Tributário. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Lejus, 2002.

BRASIL. Senado Federal. Bases da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. Disponível em [www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br).

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 348.417/DF, relator Ministro Herman Benjamin, DJe em 04.10.2013. Disponível em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br).

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Regimental no Agravo de Instrumental nº 695.351/MG, relator Ministro João Otávio de Noronha, DJe em 19/12/2005. Disponível em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br).

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1350656/MG, relatora Ministra Eliana Calmon, DJe em 17.09.2013. Disponível em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 184.487/SP. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJe em 03.05.1999. Disponível em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 2.076 – AC. Relator Ministro Carlos Veloso, em 15.08.2002. Cf. Informativo STF nº 277. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.240/BA. Relator Ministro Eros Grau, DJe em 03.08.2007. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Conflito de Competência nº 7.204-1/MG. Relator Ministro Carlos Britto, DJe. em 09.12.2005. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança nº 26.210-9/DF, relator Ministro Ricardo Lewandowski, Dje em 10.10.2008. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 669.069/MG, relator Ministro Teori Zavascki, Dje em 26.08.2013. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 353.657-5/PR. Relator Ministro Marco Aurélio, Dje em 20.08.2010. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 363.889/DF. Relator Ministro Dias Toffoli, publicado em 16.12.2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2072456>

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO. Apelação nº 0004990-60.2005.4.01.3600/MT, relatora Desembargadora Federal Ângela Maria Catão Alves, Primeira Turma, e-DJF1 em 19.05.2010. Disponível em [www.portal.trf1.jus.br](http://www.portal.trf1.jus.br).

BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, formato epub.

CAHALI. Yussef Said. Prescrição e Decadência. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Estado de Direito. Disponível em [www.libertarianismo.org](http://www.libertarianismo.org).

CANOTILHO, José Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed., Lisboa: Almedina, 2003.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 29<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 24<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, formato epub.

CHAMMA, Gladys Maluf. *Segurança jurídica no âmbito do direito de família*. In GERMANOS, Paulo André Jorge (coord.) *Segurança Jurídica*. 1<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2010.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 9<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Dialética, 2011.

DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: parte geral*. 10<sup>a</sup> ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2012, vol. 1.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil*. 29<sup>a</sup> ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

---

26<sup>a</sup> ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 1<sup>a</sup> ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, trad. J. Baptista Machado. 10<sup>a</sup> ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2008.

FERRAZ, Luciano. *Segurança Jurídica 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 em [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br). Acesso em 06.03.2015.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 5<sup>a</sup> ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. Comentários à Constituição. Vol. 3º. Rio de Janeiro: Editora Freitas Barros, 1991.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 5<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 27<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil: parte geral. 14<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2012, formato epub.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: parte geral. 11<sup>a</sup> ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2013, vol. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação de Improbidade Administrativa: decadência e prescrição. Interesse Público, v1. 33, pg. 55/92, 2005.

IHERING, Rudolf Von. A luta pelo direito. Trad. Pietro Nassetti. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2008.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 55<sup>a</sup> ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 6<sup>a</sup> ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MACIEL, José Fábio Rodrigues. A contribuição de Justiniano para o nosso Direito. Disponível em [www.cartaforense.com.br](http://www.cartaforense.com.br). Acesso em 16.01.2015.

MACIEL, José Fábio Rodrigues. Teoria Geral do Direito: segurança, valor, hermenêutica, princípios, sistema. 1<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 7<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2013.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Arbitragem e Administração Pública: contribuição para o sepultamento do tema. Revista Trimestral de Direito Público, vol. 54. São Paulo: Editora Malheiros.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 8<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 39<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 28 <sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Elementos de direito administrativo. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1992.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7<sup>a</sup> ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado – Parte Geral. Atualizado por Otavio Luiz Rodrigues Jr., Tilman Quarch e Jefferson Carús Guedes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE),

Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 10, maio/junho/julho, 2007. Disponível em [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br). Acesso em 13.02.2014.

MOURÃO, Licurgo. Prescrição e Decadência: emanações do princípio da segurança jurídica nos processos sob a jurisdição dos tribunais de contas. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, nº 2, v. 71, abril, maio, junho de 2009. Disponível em [www.licurgomourao.com.br](http://www.licurgomourao.com.br). Acesso em 06.03.2015.

NASSA, Thulio Caminhoto. A Boa Fé no Regime Jurídico de Direito Administrativo. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010. Disponível em [www.dominiopublico.gov.br](http://www.dominiopublico.gov.br). Acesso em 20.12.2014.

NASSAR, Elody. Prescrição na Administração Pública. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Curso de Direito Administrativo. 16<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, formato epub.

NUCCI, Guilherme de Souza. Racismo: uma interpretação à luz da Constituição Federal. Disponível em [www.cartaforense.com.br](http://www.cartaforense.com.br). Acesso em: 12.01.2015.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro. 1<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 27<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27<sup>a</sup> ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

RICCITELLI, Antonio. Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição. 4<sup>a</sup> ed., São Paulo: Editora Manole, 2007.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no Direito brasileiro. Revista de Informação Legislativa. Biblioteca do

Senado Federal, Brasília, nº 136, out./dez. de 1997. Disponível em [www.senado.leg.br](http://www.senado.leg.br). Acesso em 20.02.2015.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: obrigações. 30<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

ROSS, Alf. Direito e Justiça. Trad. Edson Bini. 1<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Edipro, 2000.

SILVA, José Afonso da; CERQUEIRA, Marcello; PIOVESAN, Flavia; IKAWA, Daniela; SARLET, Ingo Wolfgang; BERMUDES, Sérgio; BARROSO, Luís Roberto; ROCHA, Carmen Lúcia Antunes; FILHO, Romeu Felipe Bacellar; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery; MACIEL, Adhemar Ferreira; SAMPAIO, José Adércio Leite; MARTINS, Ives Granda da Silva; CASTRO, José Nilo de; SCAFF, Fernando Facury. Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. 2<sup>a</sup> edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 4<sup>a</sup> ed., São Paulo: Editora Método, 2014.

UNIÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 30.02.2010. Disponível em [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu). Acesso em 19.02.2015.

VALIM, Rafael Ramires Araújo. O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo Brasileiro. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009. Disponível em [www.dominiopublico.com.br](http://www.dominiopublico.com.br). Acesso em 12.02.2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. Código Civil Interpretado. 3<sup>a</sup> ed., São Paulo: Editora Atlas, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. 9<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ZANCANER, Weida. Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2008.