



Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP
Mestrado em Constituição e Sociedade

Carlos Maurício Lociks de Araújo

**A (IN) SEGURANÇA JURÍDICA
NO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

Novembro-2014

Carlos Maurício Lociks de Araújo

**A (IN) SEGURANÇA JURÍDICA
NO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

Dissertação de Mestrado Acadêmico em
“Constituição e Sociedade”, do Instituto
Brasiliense de Direito Público – IDP, como
requisito parcial à obtenção do título de
mestre.

Orientador: Professor Doutor Paulo
Gustavo Gonet Branco

**Brasília - DF
Novembro-2014**

Carlos Maurício Lociks de Araújo

**A (IN) SEGURANÇA JURÍDICA
NO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

Dissertação de Mestrado Acadêmico em “Constituição e Sociedade”, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, como requisito parcial à obtenção do título de mestre.

Brasília-DF, 13 de novembro de 2014.

Professor Doutor Paulo Gustavo Gonet Branco
Professor Orientador

Professor Doutor Fábio Lima Quintas
Membro da Banca Examinadora

Professor Doutor Ítalo Fioravante Sabo Mendes
Membro da Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos os professores que, nos últimos 50 anos, contribuíram para o meu crescimento moral e intelectual, especialmente:

aos professores do mestrado, pela preciosa contribuição ao meu crescimento intelectual neste ciclo de estudos;

ao meu orientador, o Professor Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco, pelo valioso empréstimo de sabedoria e paciência na construção deste trabalho;

à amiga Ana Cristina Botelho e demais companheiros da lida profissional, pelo incentivo constante e pela inestimável colaboração na conclusão deste projeto;

à minha mãe, Elisabeth Lociks, pelo exemplo de vida;

à amiga Nadjar Nitz, pelos aprendizados comuns e por compartilhar comigo a responsabilidade pela proteção terrena dos maiores mestres que Deus me concedeu nos últimos anos:

meus filhos, Felipe, Rafael e Lucas, a quem dedico a mais amorosa gratidão por me trazerem lições que só se encontram na biblioteca da vida!

RESUMO

O presente trabalho analisa em que medida o princípio da segurança jurídica e seu corolário no Direito Administrativo, a proteção da confiança, são concretizados na atuação do Tribunal de Contas da União, buscando-se identificar o potencial de otimização desses princípios a partir do cotejo entre suas bases doutrinárias e as características do controle externo exercido pelo TCU. As análises revelam que a atuação do órgão não se coaduna plenamente com as bases doutrinárias desses dois princípios, em virtude, basicamente, das seguintes evidências: uso restrito do princípio da proteção da confiança; ausência de regras de prescrição para o exercício de suas competências, presença de ativismo jurisprudencial gerando entendimentos instáveis e oscilantes; e mudanças jurisprudenciais com efeitos retroativos. Por outro lado, a busca de segurança jurídica nas decisões do TCU revela-se, por exemplo, no uso de procedimentos conformes à teoria habermasiana do agir comunicativo e na aplicação do critério da proporcionalidade para superar conflitos entre o princípio da legalidade e os demais princípios da Administração. O estudo sugere que a resistência do TCU em adotar com mais plenitude a segurança jurídica e a proteção da confiança vincula-se à sua própria identidade institucional, voltada à proteção do erário e à supremacia do interesse público, em detrimento da proteção de interesses individuais. Conclui-se haver um potencial de otimização da segurança jurídica e da proteção da confiança no campo de ação do TCU.

Palavras-chaves: Tribunal de Contas da União, segurança jurídica, proteção da confiança, controle externo, Direito Administrativo, ativismo, proporcionalidade, teoria do agir comunicativo.

ABSTRACT

This study analyzes the extent to which the principle of legal certainty and its corollary in Administrative Law, the protection of the trust, are implemented in the performance of the Tribunal de Contas da União, seeking to identify optimization potential of these principles from the comparison between their doctrinal bases and characteristics of external control exercised by the TCU. The analyses show that the performance of TCU is not fully consistent with the doctrinal bases of these two principles, because, basically, the following evidences: restricted use of the principle of protection of trust; absence of rules of prescription for the exercise of its competences; presence of judicial activism by generating unstable and oscillating understandings; and jurisprudential changes with retroactive effects. On the other hand, the search for certainty in the law decisions of the TCU reveals, for example, the use of procedures complying with Habermas theory of communicative action and the application of the proportionality test to overcome conflicts between the principle of legality and the other principles of administration. The study suggests that the resistance of the TCU in adopting more fullness to legal certainty and the protection of trust is related to its own institutional identity, aimed at protection of the public treasury and the supremacy of the public interest, to the detriment of protection of individual interests. In summary, there is potential for optimization of legal certainty and the protection of trust in the purview of the TCU.

Keywords: Tribunal de Contas da União, legal certainty, protection of trust, external control, Administrative Law, activism, proportionality, communicative action theory, Habermas.

SIGLA E ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

Art. – Artigo

Bacen – Banco Central do Brasil

IN – Instrução Normativa

Julg. – Julgamento

LOTUCU – Lei Orgânica do TCU

Min. – Ministro

MPTCU – Ministério Público junto ao TCU

MS – Mandado de Segurança

RE – Recurso Extraordinário

Rel. – Relator

REsp – Recurso Especial

RITCU – Regimento Interno do TCU

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TCE – Tomada de Contas Especial

TCU – Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| INTRODUÇÃO | 10 |
| 1. O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA | 14 |
| 1.1. Precedentes históricos | 14 |
| 1.2. A segurança jurídica nos dias atuais – condicionantes históricas..... | 16 |
| 1.3. Segurança jurídica - conceituação | 20 |
| 2. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA | 27 |
| 2.1. Proteção da confiança e princípio da legalidade..... | 30 |
| 2.2. Proteção da confiança e interesse público..... | 33 |
| 2.3. A boa-fé como elemento da proteção da confiança | 35 |
| 2.4. Natureza jurídica da estabilização dos atos pela proteção da confiança | 37 |
| 3. DIREITO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO | 38 |
| 3.1. Razoável duração do processo como direito constitucional fundamental | 38 |
| 3.2. O direito à razoável duração do processo no TCU | 39 |
| 3.3. O Estatuto do Idoso – Lei 10.741/2003..... | 39 |
| 4. IRRETROATIVIDADE DAS NORMAS ADMINISTRATIVAS RESTRITIVAS DE DIREITOS | 41 |
| 4.1. Irretroatividade como fator de segurança jurídica | 41 |
| 4.2. Irretroatividade no Direito Administrativo..... | 42 |
| 4.3. Exceções à irretroatividade – retroação <i>in bonam partem</i> e irretroatividade imprópria | 43 |
| 5. O PERFIL DE ATUAÇÃO DO TCU E A SEGURANÇA JURÍDICA..... | 46 |
| 5.1. Os poderes legais e constitucionais do TCU..... | 46 |
| 5.2. A identidade institucional do TCU – foco na proteção ao erário e na supremacia do interesse público..... | 49 |
| 6. AUSÊNCIA DE PRAZOS PRESCRICIONAIS NA ATUAÇÃO DO TCU | 52 |
| 6.1. A imprescritibilidade das ações de ressarcimento por prejuízos ao erário decorrentes de atos ilícitos | 54 |
| 6.2. Proteção ao direito de ampla defesa - solução alternativa à imprescritibilidade | 58 |
| 6.3. Ausência de norma expressa sobre prescrição da pretensão punitiva do TCU | 62 |
| 6.4. Ausência de prazos prescricionais ou decadenciais aplicáveis aos atos sujeitos a registro (admissões, aposentadorias, reformas e pensões)..... | 73 |

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 6.5. Notas conclusivas | 81 |
| 7. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA NA APRECIÇÃO DE ATOS DE PESSOAL PELO TCU PARA FINS DE REGISTRO | 83 |
| 7.1. Peculiaridades do rito de emissão do ato sujeito a registro e sua relação com a proteção da confiança..... | 84 |
| 7.2. O fator tempo na aplicação do princípio da proteção da confiança..... | 85 |
| 7.3. O critério do prejuízo insuportável e irreversível ao interessado..... | 87 |
| 7.4. O critério do prejuízo insignificante ao princípio da legalidade..... | 95 |
| 7.5. Súmula-TCU 74 – aproveitamento do tempo de inatividade entre a publicação do ato e a publicação da EC 20/1998 | 97 |
| 7.6. Modificações de jurisprudência e proteção da confiança | 97 |
| 7.7. Proteção da confiança e a restituição de verbas remuneratórias..... | 106 |
| 7.8. Notas conclusivas | 111 |
| 8. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A SEGURANÇA JURÍDICA NAS DECISÕES DO TCU..... | 112 |
| 8.1. O Princípio da Proporcionalidade – bases conceituais | 112 |
| 8.2. A expansão do uso do princípio da proporcionalidade..... | 114 |
| 8.3. Proporcionalidade <i>versus</i> Razoabilidade | 116 |
| 8.4. Princípio da proporcionalidade como instrumento de harmonização entre os princípios da legalidade, da segurança jurídica e o interesse público | 119 |
| 8.4.1. Extrapolação dos limites da Lei 8.666/1993 para alterações contratuais..... | 122 |
| 8.4.2. Reajuste de valor contratual em desacordo com as normas legais | 123 |
| 8.4.3. Estabilização de atos de nomeação irregular de servidores | 125 |
| 8.4.4. Convalidação de pagamentos sem previsão legal, com base no princípio da vedação do enriquecimento sem causa da Administração | 126 |
| 8.4.5. Devolução de valores recebidos de boa-fé, após 5 anos | 127 |
| 8.4.6. Empenhos por estimativa em desacordo com a Lei 4.320/64..... | 129 |
| 8.5. Princípio da proporcionalidade no registro de atos de pessoal com base na proteção da confiança e na segurança jurídica..... | 131 |
| 8.6. Notas conclusivas | 132 |
| 9. O ATIVISMO JURISPRUDENCIAL NO TCU E SEUS EFEITOS SOBRE A SEGURANÇA JURÍDICA | 133 |
| 9.1. O ativismo judicial ou jurisprudencial – notas conceituais..... | 133 |
| 9.2. Incorporação da “opção” decorrente dos quintos de função comissionada..... | 138 |
| 9.3. Necessidade de contribuição previdenciária sobre tempo de serviço rural para aposentadoria | 142 |

| | | |
|---------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 9.4. | Incorporação de quintos de função comissionada | 146 |
| 9.5. | Necessidade de prova de regularidade fiscal e trabalhista durante o curso do contrato | 148 |
| 9.6. | Notas conclusivas | 151 |
| 10. | O AGIR COMUNICATIVO NA CONSTRUÇÃO DE DECISÕES EM CASOS COMPLEXOS – A BUSCA DE DECISÕES MAIS “SEGURAS” | 152 |
| 10.1. | A Teoria do Agir Comunicativo, de Jürgen Habermas – um esforço teórico 152 | |
| 10.2. | Complexidade fática e normativa da Administração Pública como fator de insegurança jurídica aos jurisdicionados do TCU | 156 |
| 10.3. | O caso da montagem eletromecânica da usina nuclear de Angra III | 161 |
| 10.4. | O caso da acumulação de cargos por médicos militares | 164 |
| 10.5. | Outras fórmulas adotadas para ampliar a participação de agentes externos ao TCU em seu processo decisório – a busca do agir comunicativo como forma de proteção à segurança jurídica | 165 |
| 10.5.1. | Amicus curiae | 166 |
| 10.5.2. | Audiências públicas e painéis de referência | 169 |
| 10.5.3. | Instrumentos processuais tradicionais | 170 |
| 10.6. | Notas conclusivas | 170 |
| | CONCLUSÕES | 172 |
| | REFERÊNCIAS | 179 |

INTRODUÇÃO

Embora o princípio da segurança jurídica frequente os textos doutrinários há mais de século, ainda é difícil encontrar estudos enfocando esse tema no âmbito de atuação dos tribunais de contas¹.

As cortes de contas brasileiras, em especial o Tribunal de Contas da União, possuem diversas competências que redundam na imposição de sanções e restrições de direitos não apenas a gestores públicos sob sua jurisdição, mas também sobre servidores públicos, aposentados, pensionistas, pessoas jurídicas de direito público interno (estados, municípios e Distrito Federal), além de particulares que contratam com a Administração.

Esse contexto, associado a outras peculiaridades adiante anotadas, justifica uma investigação mais ampla sobre o tema, o que se pretende com esta pesquisa, a partir de um enfoque na atuação do Tribunal de Contas da União, assim escolhido – a título de corte metodológico – por ser o órgão mais significativo no âmbito do controle externo² em nível nacional.

Dessa forma, o objetivo do presente estudo é analisar como o princípio da segurança jurídica é aplicado no âmbito do TCU, com o fito de identificar eventuais déficits na concretização desse princípio, bem como as suas possibilidades de otimização.

São diversas as peculiaridades da atuação do Tribunal de Contas que se vinculam estreitamente ao tema segurança jurídica:

¹ Levantamento realizado na Internet relevou apenas trabalhos pontuais, centrados em aspectos isolados do tema, não tendo sido identificado nenhum texto acadêmico, acessível diretamente pela ferramenta pesquisa, que trate do tema de forma mais abrangente (pesquisa realizada na ferramenta “Google”, com a expressão de busca “segurança jurídica” tribunais tribunal contas, em 22/09/2014).

² O termo “controle externo” é contemplado em várias passagens da Constituição, com destaque para o *caput* do art. 71, que, embora o atribua sua titularidade ao Congresso Nacional, incumbe seu exercício ao TCU: “Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...]”.

- imprescritibilidade das ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de dano ao erário (§5º do art. 37 da Constituição Federal³ e Súmula TCU 282⁴);

- inexistência de prazo prescricional ou decadencial para a análise dos atos sujeitos a registro pelo TCU (admissões, aposentadorias e pensões), bem como de normas expressas de prescrição sobre a pretensão punitiva do TCU (julgamento pela irregularidade de contas, multas e demais sanções previstas em lei);

- possibilidade de o TCU determinar que servidores restitua verbas remuneratórias pagas pela Administração em face de erro de interpretação de normas, mesmo que a percepção dos proventos questionados tenha sido de boa-fé⁵;

- indefinições ou oscilações jurisprudenciais do TCU, inclusive decorrentes de posturas ativistas posteriormente revertidas pelo próprio Tribunal, em prejuízo à segurança jurídica dos destinatários de suas decisões;

- aplicação retroativa de jurisprudência, em colisão com o princípio da irretroatividade normativa, inclusive de novas interpretações.

Tais peculiaridades também se fazem presentes, de um modo geral, no universo de competências dos tribunais e conselhos de contas dos estados e municípios, em face da simetria estabelecida no art. 75 da Constituição Federal, o que permite extrapolar parte significativa das informações, análises e conclusões contidas neste estudo para o campo de atuação dessas outras cortes de contas.

A par dessas notas características, que demonstram a oportunidade da pesquisa, o tema suscita discussões sobre como a interpretação de outros princípios ou direitos associados à segurança jurídica pode suprir as lacunas normativas

³ “§ 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.” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 29/01/2013).

⁴ “As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis.” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Súmula 282*. 2012. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia>. Acesso em: 23/09/2014).

⁵ “É dispensada a reposição de importâncias indevidamente percebidas, de boa-fé, por servidores ativos e inativos, e pensionistas, em virtude de erro escusável de interpretação de lei por parte do órgão/entidade, ou por parte de autoridade legalmente investida em função de orientação e supervisão, à vista da presunção de legalidade do ato administrativo e do caráter alimentar das parcelas salariais.” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Súmula 249*. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia>. Acesso em: 23/09/2014).

referentes aos processos de controle externo. Destacam-se, nesse sentido, os princípios da proteção da confiança, da proporcionalidade e da presunção da boa-fé; bem como os direitos à razoável duração do processo e à ampla defesa, entre outros.

A análise do tema também enseja um estudo mais profundo sobre o próprio conceito de segurança jurídica, cuja delimitação é essencial para definir seu alcance nos processos de controle externo.

Diante desse panorama, são formuladas as seguintes indagações:

1) em que medida a atividade de controle externo exercida pelo TCU guarda aderência com o princípio da segurança jurídica relativamente aos jurisdicionados?

2) a partir dos marcos legais e constitucionais relacionados ao princípio da segurança jurídica e das bases doutrinárias sobre o tema, é possível otimizar a aplicação desse princípio no âmbito do TCU?

Esses problemas de pesquisa brotam literalmente de uma inquietação em face da realidade observada na jurisprudência do TCU, que sinaliza uma resistência do Tribunal em otimizar o princípio da segurança jurídica. Trata-se do mesmo fator de motivação anotado por Julia Ximenes⁶, segundo a qual a busca de construção de conhecimento científico é movida pela dúvida, pela inquietação diante de uma realidade observada pelo pesquisador.

Como ponto de partida, são apresentados os principais marcos teóricos comuns ao desenvolvimento da pesquisa, começando pela conceituação do princípio da segurança jurídica (Capítulo 1), seguida do estudo teórico do seu corolário, o princípio da proteção da confiança (Capítulo 2). Na sequência, apresentam-se as principais notas características do direito constitucional à razoável duração do processo (Capítulo 3) e do princípio da irretroatividade das normas ampliativas de direito (Capítulo 4).

Assentados os marcos teóricos gerais, seguem-se as análises mais específicas sobre a atuação do TCU no que tange à segurança jurídica. Assim, no

⁶ XIMENES, Julia. Maurmann. *Levantamento de dados na pesquisa em Direito - a técnica da análise de conteúdo*. Vitória. 2011 (trabalho apresentado no XX Congresso Nacional do CONPEDI).

Capítulo 5, enfocam-se os poderes de sanção e de coerção do Tribunal de Contas e a sua identidade institucional, como fatores de influência sobre o modo como o órgão aplica o princípio da segurança jurídica.

Os capítulos seguintes concentram-se em análises empíricas baseadas na jurisprudência do TCU, com enfoque em aspectos distintos do tema, a saber: ausência de prazos prescricionais (Cap. 6), princípio da proteção da confiança na apreciação de atos de pessoal (Cap. 7), princípio da proporcionalidade (Cap. 8), ativismo jurisprudencial (Cap. 9) e agir comunicativo (Cap. 10).

1. O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

1.1. Precedentes históricos

Embora o princípio da segurança jurídica, em sua feição atual, tenha suas raízes fincadas mais intensamente no século XX, notadamente com o desenvolvimento de regimes democráticos e da proteção aos direitos humanos – como será visto mais adiante –, a busca de previsibilidade e de estabilidade nas relações jurídicas remonta a passado antigo.

Sem a pretensão de identificar sua primeira nascente histórica, podem-se tomar, como exemplos, os institutos romanos da usucapião, da prescrição e do *dessuetudo*, todos associados à ideia de segurança jurídica, na medida em que protegiam expectativas decorrentes de situações de fato consolidadas com o tempo⁷.

A usucapião, como figura de prescrição aquisitiva, já figurava na Lei das XII Tábuas, surgida entre 450-51 a.C.⁸, em dois preceitos: na aquisição de terras e na obtenção do direito de *manus* (ter sob a mão) do marido sobre a mulher. Na interpretação de Gaio, traduzido por Ronaldo Poletti, a usucapião operava-se não apenas como forma de prescrição aquisitiva de coisas (terras), mas também para a consolidação do matrimônio. Assim, o decurso de um ano ininterrupto da posse da mulher pelo marido constituía – por usucapião – o matrimônio, quando a mulher passava a pertencer à família do marido. No entanto, se a mulher assim não o desejasse, poderia interromper esse período de “prescrição aquisitiva” ausentando-se por três noites⁹.

⁷ POLETTI, Ronaldo. *Elementos de Direito Romano Público e Privado*. Brasília: Brasília Jurídica. 1996.

⁸ “5. As terras serão adquiridas por usucapião depois de dois anos de posse, as coisas móveis depois de um ano. 6. A mulher que residir durante um ano em casa de um homem, como se fora sua esposa, será adquirida por esse homem e cairá sob o seu poder, salvo se se ausentar da casa por três noites.” (Tábua Sexta da Lei das XII Tábuas; disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm>; acesso em 1º/09/2014); e POLETTI, 1996, p. 92-93.)

⁹ CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito – Geral e Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2004.

Também no Direito Romano, o desuso prolongado de determinada lei (*non usus*) implicava sua abolição, o chamado de *dessuetudo*¹⁰. Nas palavras de Juliano, também conforme tradução de Ronaldo Poletti, “as leis se derogam não somente pelo sufrágio do legislador, como também através do tácito consentimento de todos pelo meio do desuso”¹¹. Poletti arremata essa passagem assinalando que os costumes podiam expressar-se contra a lei e, com o tempo, revogá-la. Tal peculiaridade do Direito Romano consagrava a importância da consolidação jurídica de uma determinada situação de fato pela força do tempo, aspecto este que se vincula à noção de segurança jurídica.

Rudolf Von Ihering, ao defender a importância da realização prática do direito, rememora o conceito do *dessuetudo* romano, para sustentar, em tempos mais atuais, a perda de direitos concretos como resultado do não uso prolongado^{12 13}.

No plano das teorias precursoras do conceito de segurança jurídica, cumpre mencionar o trabalho dos Iluministas dos séculos XVII e XVIII, com destaque para Hobbes, Montesquieu e Beccaria¹⁴, cujas obras forneceram bases teóricas ao positivismo jurídico, ao defenderem – embora sob óticas distintas – o primado da lei no governo das relações jurídicas, centralizando-se sua criação e limitando, assim, a discricionariedade dos juízes. Tais fatores privilegiam os aspectos de previsibilidade e certeza do Direito, nucleares à ideia contemporânea de segurança jurídica¹⁵.

¹⁰ IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. Trad.: João Vasconcelos. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1999. P. 43-44.

¹¹ Digesto 1.3.32.1 (POLETTI, op. cit., p. 39).

¹² IHERING, op. cit., p. 44.

¹³ Embora o *dessuetudo* não seja acolhido no Direito brasileiro, há casos de normas que caem em desuso por força dos costumes, sendo por isso revogadas formalmente em momento posterior, a exemplo dos crimes de sedução e adultério, que, após anos de rejeição pelos costumes, deixaram de existir por força da Lei 11.106/2005.

¹⁴ Esses três autores destacados não esgotam o rol de jusfilósofos que, a seu tempo, desenvolveram ideias convergentes para o atual conceito de segurança jurídica, podendo-se citar, ainda, os nomes de Bodin (séc. XVI), Locke (séc. XVII), Pufendorf (séc. XVII), Kant (séc. XVIII) e Bentham (séc. XVIII-XIX) e entre outros. (BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico - Lições de Filosofia do Direito*. Trad.: Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone. 1999; PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La Seguridad Jurídica*. Barcelona: Editorial Ariel. 1991).

¹⁵ BOBBIO, op. cit., 1999.

1.2. A segurança jurídica nos dias atuais – condicionantes históricas.

O conceito de segurança jurídica, na atualidade, ganhou expressivo destaque no universo do Direito, notadamente em face do desenvolvimento do positivismo jurídico, associado aos movimentos de codificação, a partir dos séculos XIX e XX (tendo por marco histórico o Código de Napoleão); do surgimento dos estados democráticos contemporâneos e da crescente proteção aos direitos fundamentais, ao longo do século XX; e, nas últimas décadas, do aumento da complexidade dos sistemas normativos, fenômeno este que gerou um desafio ao requisito de previsibilidade das respostas jurídicas, também inerente à segurança jurídica¹⁶.

O positivismo jurídico e o movimento de codificação do Direito refletem uma busca de segurança na aplicação das leis, de certeza do direito. Norberto Bobbio anota que as codificações são um produto do Iluminismo e da concepção liberal do Estado e, remontando às ideias iluministas de Montesquieu, assim retrata o pensamento do clássico autor francês sobre a importância do Direito subordinado à lei como fonte de segurança jurídica:

A subordinação dos juízes à lei tende a garantir um valor muito importante: *a segurança do direito*, de modo que o cidadão saiba com certeza se o próprio comportamento é ou não conforme à lei.¹⁷
[grifou-se]

Outro fator de estímulo ao desenvolvimento da segurança jurídica foi a reação da comunidade jurídica ao holocausto da Segunda Guerra Mundial, o que ensejou a elevação dos direitos humanos a um patamar supranacional, tendo por marco histórico a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Organização das Nações Unidas em 1948¹⁸. A dura experiência com as leis do nacional-socialismo alemão demonstrou que o positivismo jurídico e o direito codificado não garantiam, por si sós, a segurança jurídica das pessoas contra eventuais normas legais contrárias à sua própria condição humana. A partir de então, a segurança jurídica passou a ser considerada também sob a dimensão de proteção dos indivíduos contra abusos do Estado. Nesse sentido, Carlos Aurélio Mota de Souza,

¹⁶ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança Jurídica e Jurisprudência* - um enfoque filosófico-jurídico. São Paulo: LTR. 1996.

¹⁷ BOBBIO, op. cit., p. 40.

¹⁸ Proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10/12/1948.

apoiado em doutrina de Louis Le Fur e J. T. Delos, assinala a existência do trinômio segurança-justiça-bem comum, como três conceitos inseparáveis¹⁹.

A consolidação dos estados democráticos após a segunda metade do século XX também valorizou a segurança jurídica, inclusive elevando-a a princípio de *status* constitucional em muitos países. Isso se associa ao estreito vínculo entre os valores fundamentais do regime democrático – dos quais destacamos: separação de poderes, soberania popular, supremacia da lei, igualdade e direitos fundamentais – e a segurança jurídica, enquanto princípio de proteção das pessoas contra excessos do Estado²⁰.

De forma mais precisa, Almiro do Couto e Silva assim enumera as principais características do Estado Democrático de Direito relacionadas à segurança jurídica:

...o conceito de Estado de Direito compreende vários componentes, dentre os quais têm importância especial: a) a existência de um sistema de direitos e garantias fundamentais; b) a divisão das funções do Estado, de modo que haja razoável equilíbrio e harmonia entre elas, bem como entre os órgãos que as exercitam, a fim de que o poder estatal seja limitado e contido por “freios e contrapesos” (*checks and balances*); c) a legalidade da Administração Pública e, d) a proteção da boa fé ou da confiança (*Vertrauensschutz*) que os administrados têm na ação do Estado, quanto à sua correção e conformidade com as leis²¹.

Nesse contexto, o reconhecimento do *status* constitucional da segurança jurídica ganhou impulso na Europa na segunda metade do século XX. A Constituição espanhola, de 1978, contempla expressamente, em seu art. 9.3, a segurança jurídica como princípio geral do ordenamento jurídico²². A Constituição de Portugal, de 1976, elege o princípio da segurança jurídica como instrumento de modulação dos efeitos de decisões do Tribunal Constitucional que declarem

¹⁹ SOUZA, op. cit., p. 65-66.

²⁰ VALIM, Rafael. *O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros. 2010.

²¹ COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. *Revista Eletrônica Ad Judicia* - REAJ. Porto Alegre: OAB/RS Ano I, Vol. I - out/nov/dez/2013, pág. 1-24. Disponível em: http://www.oabrs.org.br/arquivos/file_527a403845914.pdf. Acesso em: 2/09/2014. [artigo publicado originalmente na Revista de Direito Público. Brasília: Supremo Tribunal Federal. n°. 84 – out-dez/87 – ano XX. 1987].

²² “Art. 9 (...) 3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la *seguridad jurídica*, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de

inconstitucionalidade ou ilegalidade de ato normativo²³. Na Alemanha, a segurança jurídica é reconhecida pelo Tribunal Constitucional federal como subprincípio do Estado de direito²⁴. Também no âmbito da União Europeia, a segurança jurídica é considerada como princípio geral pelo Tribunal de Justiça europeu²⁵. Na França, segundo Rafael Valim, embora a segurança jurídica não seja reconhecida expressamente pelo Conselho Constitucional como princípio constitucional, seus valores axiológicos são respeitados em diversas decisões²⁶.

No Brasil, embora a segurança jurídica não figure expressamente no texto da Constituição de 1988, ela se faz presente, de forma implícita, no direito geral à segurança (compreendido em sentido amplo) previsto no *caput* do seu art. 5º, sendo reprisado em outros direitos e garantias a ele associados em outras partes do texto constitucional²⁷. No âmbito do Direito Administrativo, o art. 2º da Lei 9.784/1999 – Lei do Processo Administrativo – contemplou expressamente a segurança jurídica como princípio regente da Administração Pública²⁸.

los poderes públicos.” [grifou-se] (ESPAÑA. *Constitución Española*. Boletín Oficial del Estado. 1978. Disponível em: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acesso em: 23/09/2014).

²³ “Art. 282 (...) 4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.os 1 e 2”. (PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Assembleia da República. 1976. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx#art27>. Acesso em: 2/09/2014).

²⁴ COUTO E SILVA, Almiro. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abr/mai/jun 2005. Disponível em: www.direitoestado.com.br. Acesso em: 2/09/2014.

²⁵ MAXEINER, James R. Legal Certainty: A European Alternative to American Legal Indeterminacy? *Tulane Journal of International & Comparative Law*, vol. 15, nº. 2, p. 541-607. 2007. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tulic15&div=20&id=&page=>. Acesso em 2/09/2014.

²⁶ VALIM, op. cit.

²⁷ COUTO E SILVA, 2005; SOUZA, op. cit.; VALIM, op. cit.; e SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito Constitucional brasileiro. *Mundo Jurídico*. 2005. Disponível na Internet: www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto856.rtf. Acesso em 1º/02/2013.

²⁸ “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, *segurança jurídica*, interesse público e eficiência.” [grifou-se] (BRASIL. *Lei nº 9.784/1999* - regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. 1999a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 29/01/2013).

No que tange ao aumento da complexidade dos sistemas normativos, tal fenômeno, embora relativamente recente, gerou – e ainda gera – um desafio ao requisito de previsibilidade e estabilidade inerentes à segurança jurídica.

Segundo Rafael Valim, a ampliação das atribuições do Estado Social – não apenas para a concretização de direitos, mas também para a regulação de novas e crescentes demandas jurídicas associadas à complexidade tecnológica e científica e à “ascensão de uma sociedade de massa” também complexa – aumenta o poder estatal de interferência sobre a liberdade do mercado e da sociedade mediante um processo de “inflação normativa”²⁹. Nesse compasso, Valim assim descreve os efeitos desse contexto de proliferação normativa sobre a segurança jurídica:

...isso conduz a um quadro preocupante de *inflação e instabilidade normativa*, diante do qual o indivíduo fica desarmado, sem saber as consequências que dimanam de suas ações. Sobre o cidadão pesa um ordenamento jurídico indecifrável, que, em vez de segurança, transmite temor e enseja a prepotência – sentimentos, a toda evidência, radicalmente contrários aos que inspiram o Estado de Direito.³⁰ [destaques do autor citado]

Pérez Luño também chama atenção para o prejuízo à segurança jurídica que a “inflação normativa” produz, *verbis*:

La *inflación normativa*, que há dado renovada actualidad a la consabida advertencia de Tácito: “Corruptissima respublica plurimae leges”, se ha visto acompañada del grave menoscabo de la propia estructura formal de las normas legales. La certeza del Derecho, en cuanto posibilidad real de sus destinatarios de conocer y cumplir sus prescripciones, se ha resentido de aluvión normativo y de su continua modificación, pero en grado no menor de la *prolijidad, complejidad y equivocidad del lenguaje* em el que son expresadas las disposiciones legales. Em esas circunstancias no sólo los ciudadanos, sino incluso el mismo legislador y los juristas – funcionarios administrativos, jueces o abogados – tienen graves dificultades para conocer y aplicar el Derecho. [grifos do original]³¹

Esse aspecto da proliferação normativa tem provocado a necessidade de intensificar o zelo com o princípio da segurança jurídica, como forma de compensar as pressões descritas. Para Rafael Valim, “Quanto mais o Estado intervém no domínio social, tanto maior será a necessidade de segurança jurídica em favor aos

²⁹ VALIM, op. cit., p. 16-17.

³⁰ Ibid., p. 17.

³¹ PÉREZ LUÑO, 1991, p. 45.

cidadãos, ante a necessidade de *previsibilidade e estabilidade da ação estatal*³². Mais adiante essa questão será retomada, especificamente no campo do Direito Administrativo.

O conjunto de fatores históricos acima apresentados molda o conceito atual de segurança jurídica, conforme será analisado no próximo tópico.

Para finalizar este ponto – e apenas para registro –, anota-se que, nos Estados Unidos, essas condicionantes históricas não redundaram no desenvolvimento do princípio da segurança jurídica, cujo Direito rege-se por uma cultura peculiar de indeterminação legal, pautada pelo realismo jurídico. James Maxeiner, em estudo comparativo entre a ótica da segurança jurídica na Europa, especialmente na Alemanha, e o enfoque do tema nos Estados Unidos, registra que, no Direito norte-americano, a segurança jurídica (*Legal certainty*) cede lugar à indeterminação legal (*Legal indeterminacy*). E vai mais longe: o autor consigna que, embora o termo “legal certainty” não seja desconhecido na América, há muito ele não é levado a sério no discurso jurídico, sendo visto ironicamente à conta de “mito infantil”, como Papai Noel ou Mágico de Oz³³.

Não obstante essa anotação de Maxeiner, importa reconhecer que o sistema de *stare decisis*, adotado nos Estados Unidos, contribui para o aumento da segurança jurídica sob o ponto de vista da estabilidade e da previsibilidade das decisões judiciais geradas pela força vinculante dos precedentes (nota típica desse sistema). Portanto, o fato de a cultura jurídica norte-americana não valorizar a segurança jurídica enquanto princípio geral de Direito não significa que ela não se faça presente em seu sistema.

1.3. Segurança jurídica - conceituação

Em consonância com o exposto no tópico precedente, verifica-se que o princípio da segurança jurídica, nos tempos atuais, possui a verdadeira estatura de

³² VALIM, op. cit., p. 32.

³³ “The term legal certainty is not unknown in America. But more than seventy-five years ago it was ridiculed and now is no longer used in serious discourse about law. In the United States, legal certainty is seen to be an infantile longing. It is a childhood myth that one gets over, just as one gets over one's belief in Santa Claus or in the Wizard of Oz. Americans who know only their own legal system may assume that that is just the way legal systems are. Americans do not engage in serious scholarly study of legal certainty as Europeans do.” (MAXEINER, op. cit., p. 544).

um postulado ou um subprincípio do Estado de Direito, fato reconhecido amplamente pela doutrina³⁴.

Gustav Radbruch, ao defender a importância da segurança jurídica no mundo jurídico, sustenta que esse princípio, associado aos elementos de justiça e utilidade (adequação a um fim), integra um trinômio essencial à própria ideia do Direito, alcançando todos os seus aspectos³⁵.

Celso Antônio Bandeira de Mello considera a segurança jurídica como o maior entre todos os princípios gerais do direito, e, na seara do Direito Administrativo, sustenta que esse cânon tem o objetivo de “evitar alterações surpreendentes que instabilizem a situação dos administrados e de minorar os efeitos traumáticos que resultem de novas disposições jurídicas que alcançariam situações em curso”³⁶.

Quanto à sua conceituação propriamente dita, a par do que já foi até aqui exposto, tem-se que a segurança jurídica vincula-se estreitamente aos requisitos de *previsibilidade* (ou *certeza*) e *estabilidade* relacionados às normas jurídicas. Embora existam inúmeras definições do que seja, hoje, a segurança jurídica, essas duas notas características são relativamente consensuais e bem delimitam o conceito³⁷.

Rafael Valim enfatiza que “só a partir dessa díade (certeza e estabilidade) se alcança a verdadeira dimensão do princípio da segurança jurídica no sistema constitucional brasileiro”³⁸.

A *previsibilidade* ou *certeza* do Direito refere-se ao grau de certeza que se pode ter acerca das consequências jurídicas de determinada conduta.

³⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros. 2013. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina. 1998. COUTO E SILVA, 2005. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad.: João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 1999. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva. 2012. PÉREZ NUÑO, op. cit. RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2010. VALIM, op. cit..

³⁵ RADBRUCH, op. cit.

³⁶ BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 90. [no trecho referido, o respeitável administrativista sugere o aprofundamento de estudos sobre a segurança jurídica por meio do “valioso trabalho monográfico de Rafael Valim”, multirreferenciado na presente dissertação].

³⁷ CANOTILHO, op. cit.; MANRIQUE, op. cit.; MENDES & BRANCO, op. cit.; RADBRUCH, op. cit.; SOUZA, op. cit.; VALIM, op. cit.

³⁸ VALIM, op. cit., p. 48.

Nesse sentido, Bandeira de Mello pontua que a segurança jurídica visa a permitir que as pessoas possam orientar-se, sabendo de antemão o que devem ou podem fazer, tendo em vista as consequências imputáveis a seus atos. Assim, a expressão da segurança jurídica no Direito objetiva “uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social”³⁹. A tal conceito, o referido autor associa, de forma exemplificativa, os institutos da prescrição, da decadência, da preclusão processual, da usucapião, da irretroatividade das leis e do direito adquirido.

Note-se que também a *estabilidade* vincula-se, de certa forma, ao fator de previsibilidade e certeza. Isso porque o fluir do tempo de uma determinada situação, sem alterações, sedimenta nas pessoas a expectativa de sua permanência. Essa expectativa, embora não seja lastreada em uma certeza positiva, gera, por indução, uma acomodação do ser, que passa a não prever ou antever mais a possibilidade de alteração do fato consolidado pelo tempo. Isso denota um vínculo entre estabilidade e previsibilidade.

Além do fator tempo, associado à prescrição e à estabilização de situações de fato, o elemento *estabilidade* também é caro à segurança jurídica no que tange às normas legais e administrativas e à jurisprudência. Isso porque variações constantes nas leis, nos regulamentos, nas decisões administrativas e nos entendimentos dos tribunais prejudicam a capacidade das pessoas de prever os resultados de suas condutas, de planejarem suas vidas.

Carlos Aurélio Mota de Souza alude às súmulas dos tribunais como forma de estabilização da jurisprudência e, por conseguinte, de garantia de segurança aos julgamentos, propiciando decisões uniformes para casos semelhantes⁴⁰.

Hans Kelsen destaca a importância, para a segurança jurídica, da previsibilidade e da calculabilidade das decisões judiciais, de modo a permitir que os indivíduos orientem suas condutas “pelas previsíveis decisões dos tribunais”⁴¹.

A previsibilidade e a estabilidade também se mostram presentes na seguinte definição anotada por Mota de Souza, segundo a qual a segurança jurídica expressa uma:

³⁹ Ibid., p. 127.

⁴⁰ SOUZA, op. cit., p. 214.

⁴¹ KELSEN, op. cit., p. 176.

...relação de confiança entre o cidadão e a ordem jurídica, o acreditar no Direito, confiança fundada em pautas razoáveis de previsibilidade; esta previsibilidade é tida como a razoável, do "homem médio", do "homem comum", o *quod plerumque accidit* [aquilo que geralmente acontece] do Direito Penal.⁴²

Para J. J. Gomes Canotilho, o princípio geral da segurança jurídica, em sentido amplo (em que o autor engloba o princípio da proteção da confiança, a ser analisado mais adiante), pode ser assim compreendido:

...o indivíduo têm do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos por essas mesmas normas.⁴³

A segurança jurídica também apresenta correlações estreitas com a pretensão de justiça inerente ao Direito.

Ricardo García Manrique, em estudo sobre a dimensão moral da segurança jurídica⁴⁴, divide o conceito em duas concepções: formal e material.

A primeira consiste em um enfoque técnico, instrumental, do princípio, baseado na ótica juspositivista de supremacia da lei⁴⁵. Para Manrique, apoiado em lições de Perez Luño e Liborio Hierro, essa vertente formalista da segurança jurídica requer apenas a correção estrutural e funcional do direito. Assim, a segurança jurídica, em sua dimensão formal, é “la certeza respecto del contenido de las normas jurídicas vigentes y respecto del hecho de que las normas jurídicas vigentes son aplicadas de acuerdo con su contenido”⁴⁶.

Já em relação à concepção material do princípio, Manrique anota que, de acordo com essa vertente, a segurança jurídica não se limita à dimensão formal do Direito, mas requer que as normas sejam justas. Para o referido autor, esse enfoque considera que um sistema jurídico “injusto” não produz segurança jurídica⁴⁷. Trata-

⁴² SOUZA, op. cit., p. 42.

⁴³ CANOTILHO, op. cit., p. 250.

⁴⁴ MANRIQUE, Ricardo García. Acerca del Valor Moral de la Seguridad Jurídica. *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Número 26. 2003. San Vicente del Raspeig-ES: Universidad de Alicante. pp. 477-515. Disponível em: http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10091/1/doxa26_21.pdf. Acesso em: 2/09/2014.

⁴⁵ Segundo Manrique, essa visão formal é compartilhada por vários autores, entre os quais, Kelsen e Radbruch (Ibid., p. 482).

⁴⁶ Ibid., p. 483.

⁴⁷ Ibid., loc. cit.

se, como visto alhures, de uma visão do princípio associada aos estados democráticos e à proteção dos direitos fundamentais.

Rafael Valim, perfilhando com Luís Recaséns Siches, alinha-se a essa segunda vertente, pontuando que a segurança jurídica não apenas abriga a justiça em seu conteúdo, como lhe é condição necessária⁴⁸. Essa linha também é esposada por Pérez Luño e Elías Díaz, entre outros. Assim, para esses autores, não há antagonismos entre justiça e segurança jurídica, ponto em que colidem com a posição de Radbruch.

Sobre essa questão, Elías Díaz defende a existência de dois níveis de segurança jurídica. O primeiro refere-se ao aspecto formal, i.e., à positividade do Direito. Já o segundo nível requer que a segurança seja justa, protetora dos direitos de liberdade, de igualdade, dos direitos fundamentais e das necessidades básicas⁴⁹.

No que tange às condições objetivas para a expressão da segurança jurídica, remontamos às lições de Radbruch, em face da clareza e concisão com que expõe tais requisitos:

Segurança jurídica não se confunde com a segurança que se obtém através do Direito, tal como a garantia de vida contra o assassinato e o roubo – implícita no conceito de fins do Direito – mas refere-se à segurança do Direito em si mesmo, o que exige o implemento de quatro condições:

1. que o Direito seja positivado, isto é, conste das leis;
2. que ele seja seguro, isto é, esteja fundamentado em fatos e não confiado ao juízo de valor do Juiz no caso concreto, a partir de cláusulas gerais como “boa fé” ou “bons costumes”;
3. que os fatos que fundamentam o Direito ofereçam possibilidade mínima de erro e sejam praticáveis, para o que, por vezes, torna-se necessário aceitar suas manifestações, isto é, substituí-los por suas manifestações exteriores, como, por exemplo, determinar a capacidade de ação não a partir da maturidade psíquica do agente, mas sim a partir de determinado limite de idade igual para todos;
4. finalmente, o Direito Positivo – para que haja segurança jurídica – não deve ser facilmente mutável, não deve estar sujeito a uma legislação oportunística que possibilite dar forma de lei a cada caso concreto sem nenhuma dificuldade. É por isso que constituem garantias de segurança jurídica os “pesos e contrapesos”, a divisão de poderes e a cautela do aparelho parlamentar.⁵⁰

⁴⁸ VALIM, op. cit., p. 28.

⁴⁹ DIAZ, Elías. *Curso de Filosofía del Derecho*. Madri: Marcial Pons. 1998. p. 60.

⁵⁰ RADBRUCH, Gustav. *Introdução à Filosofia do Direito*. Trad. Jacy de Souza Mendonça. 1965. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/GRadbruchIntrod.pdf. Acesso em: 2/09/2014. p. 28-29. [Não obstante esse livro tenha sido intitulado como “Introdução à Filosofia do Direito”, sua primeira publicação ocorreu em 1947, depois de “Filosofia do Direito” – também citado nesta

Note-se que esses requisitos não adentram a dimensão material da segurança jurídica, i.e., a sua relação com a justiça. Isso porque Radbruch, conforme anotado há pouco, considera que a segurança jurídica só pode ser obtida com a positividade do Direito e, ainda, que esse princípio, embora seja parte essencial do Direito (rememore-se o trinômio justiça-segurança jurídica-utilidade, proposto pelo referido autor), vive em tensão com a ideia de justiça. Daí a afirmação do autor, retrotranscrita, de que a segurança jurídica não se confunde com a segurança advinda do Direito, mas é aquela obtida *por intermédio do Direito*.

Não obstante, o jurista tedesco prossegue, na sequência do texto citado, reconhecendo a possibilidade de, em certos casos, a segurança jurídica fazer preponderar uma situação de fato, mesmo ilícita, sobre o Direito. Trata-se do conflito segurança jurídica-justiça de que fala o autor. Vale transcrever a passagem, porquanto seu conteúdo será útil à sequência deste trabalho:

A segurança jurídica exige, portanto, a vigência do Direito Positivo. Mas a necessidade de segurança jurídica pode fazer também com que situações de fato se transformem em situações de Direito e até que, de forma paradoxal, o ilícito crie Direito. Puras situações de fato, como o status quo no Direito Internacional e a posse no Direito Civil gozam de proteção jurídica sem que necessitem estar apoiadas em algum fundamento legal. No 'usucapião' e na 'prescrição', o decurso do prazo transforma uma situação ilícita em lícita. Em nome da segurança jurídica, para pôr termo a litígios, mesmo as sentenças injustas adquirem 'força jurídica' e, em sistemas nos quais predominam os fatos e os precedentes, passam a ser usadas até como parâmetros para casos futuros assemelhados. 'Costumes' originalmente contrários à lei transformam-se em Direito e podem inclusive impor sua validade contra a lei. [...] ⁵¹

Conforme visto, a par do critério de previsibilidade e certeza do direito, a dimensão da estabilidade na segurança jurídica, a exemplo do anotado por Radbruch, pode expressar-se quando uma determinada situação de fato, embora sem amparo legal, termina por estabilizar-se no tempo.

Nesse sentido, Mauro Roberto Gomes de Mattos afirma que:

dissertação – e originalmente publicado em 1914. Segundo o prof. Jacy de Souza Mendonça, autor da tradução direta de "Introdução à Filosofia do Direito", referida nesta nota, o segundo livro reflete algumas mudanças no pensamento do autor ocorridas ao longo de sua carreira acadêmica. Tal informação está contida na "Introdução" à versão traduzida por Jacy Mendonça. A tradução em referência foi localizada apenas na Internet, sendo extraída do site do Instituto Politécnico de Beja-Portugal, descrito nas referências bibliográficas].

O tempo, mesmo que o passado seja injusto, possui a condição de estabilizar as relações jurídicas, que se não fossem imortalizadas pelo transcurso dos anos, criaria uma verdadeira balbúrdia jurídica.⁵²

Também nessa linha, Gilmar Mendes assinala que “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”⁵³. E arremata afirmando que “Situações ou posições consolidadas podem assentar-se até mesmo em um quadro inicial de ilicitude”⁵⁴. Para esse autor, a segurança jurídica deve ser considerada no debate sobre a anulação e a revogação de atos administrativos, situações em que, além do tempo decorrido, é necessário ponderar a boa-fé da pessoa afetada e a “confiança na inalterabilidade da situação”⁵⁵. Conforme se verifica na obra citada, essa dicção é compartilhada por outros doutrinadores de relevo, a exemplo de Almiro do Couto e Silva, Otto Bachof, Miguel Reale e José Frederico Marques⁵⁶.

Nesse diapasão, Mendes anota que o Supremo Tribunal Federal tem abraçado a possibilidade de, a bem da segurança jurídica, convalidar atos administrativos que, embora tenham algum vício de origem, permanecem gerando efeitos por longo tempo. Cita a deliberação proferida no MS 22.357⁵⁷, na qual o STF convalidou admissões havidas em 1991 e 1992, no âmbito da Infraero, que, apesar de ilegais na origem, perduraram por mais de 10 anos. Esse aresto fundamentou-se na segurança jurídica, reforçada pela presunção de legitimidade dos atos de admissão⁵⁸.

A análise mais detida da estabilização das situações de fato como elemento gerador de segurança jurídica requer o estudo de outros conceitos associados ao princípio em comento, especialmente a boa-fé e a proteção da confiança. É o que se faz no próximo capítulo, em que se analisa o princípio da proteção da confiança.

⁵¹ RADBRUCH, 1965, p. 29.

⁵² MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Teoria da Constituição e a Constitucionalização dos Direitos. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. N. 7 - Jan./Jun 2006 - Vol.2. p. 210. Disponível em: <http://www.rbdc.com.br>. Acesso em: 2/02/2013. p. 210.

⁵³ MENDES & BRANCO, op. cit., p. 435.

⁵⁴ Ibid., loc. cit.

⁵⁵ Ibid., loc. cit.

⁵⁶ Ibid., p. 435-37.

⁵⁷ Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 5/11/2004.

⁵⁸ Ibid., p. 437.

2. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

No âmbito das relações entre o poder público e os destinatários de seus atos, o princípio da segurança jurídica anda intimamente associado ao princípio da proteção da confiança. Essa estreita ligação é assim anotada por Canotilho:

Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica⁵⁹.

Segundo Almiro do Couto e Silva, a segurança jurídica possui uma natureza dúplice: objetiva e subjetiva. Sua dimensão objetiva envolve os limites à retroatividade dos atos estatais, incluindo as leis. Refere-se à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Já em seu aspecto subjetivo, a segurança jurídica relaciona-se à boa-fé e à proteção da confiança das pessoas em relação aos atos emanados pelo poder estatal⁶⁰.

Distinção semelhante é anotada por Canotilho, ao afirmar que a face objetiva da segurança jurídica vincula-se à ordem jurídica, o que inclui a garantia de estabilidade, a segurança de orientação e a concretização do Direito. Já a proteção da confiança, segundo o aludido doutrinador, prende-se à dimensão subjetiva da segurança jurídica, especialmente quanto à “calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos”. E assim arremata:

A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança de suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos.⁶¹

Em linha muito próxima, Couto e Silva enumera as seguintes notas características da proteção à confiança, que, segundo afirma, refletem a posição dominante no direito comparado e no Brasil:

a) a manutenção no mundo jurídico de atos administrativos inválidos por ilegais ou inconstitucionais (p.ex. licenças, autorizações, subvenções, atos pertinentes a servidores públicos, tais como

⁵⁹ CANOTILHO, op. cit., p. 250.

⁶⁰ COUTO E SILVA, 2005, p. 4.

⁶¹ CANOTILHO, op. cit. p. 250.

- vencimentos e proventos, ou de seus dependentes, p.ex. pensões, etc.);
- b) a responsabilidade do Estado pelas promessas firmes feitas por seus agentes, notadamente em atos relacionados com o planejamento econômico;
- c) a responsabilidade pré-negocial do Estado;
- d) o dever do Estado de estabelecer regras transitórias em razão de bruscas mudanças introduzidas no regime jurídico (p.ex. da ordem econômica, do exercício de profissões, dos servidores públicos)⁶²

No mesmo diapasão, Rafael Valim também associa características muito semelhantes ao princípio da proteção da confiança⁶³.

A força da dimensão “confiança” nesse princípio é bem pontuada por Valim, ao afirmar que, em virtude da presunção de legitimidade dos atos administrativos:

...o administrado é invariavelmente levado a supor que os atos estatais estão em conformidade com a ordem jurídica e que as expectativas geradas pelo Estado são seguras e dignas de crédito. Onde, neste contexto, não só o administrado pode como deve confiar na ação do Estado⁶⁴.

Em síntese, pode-se asserir que a proteção da confiança – ou proteção da confiança legítima – é um princípio corolário da segurança jurídica e se fundamenta na confiança que o administrado empenha, de boa-fé, nos atos administrativos ampliativos de direitos⁶⁵, tendo em vista a presunção de legitimidade da atuação do poder estatal. Sob tais condições, o decorrer do tempo estabilizaria os atos administrativos concessivos de direitos, mesmo que, na origem, eles estivessem maculados por algum vício de nulidade.

Neste ponto, cumpre ressaltar que nem todos os atos ampliativos de direitos são passíveis de estabilização com base na proteção da confiança, mesmo quando presente a boa-fé do administrado. É o caso, por exemplo, dos atos reconhecidamente precários, como as autorizações e permissões. Nesses casos, embora se presuma a confiança do administrado na legitimidade do ato, sua

⁶² COUTO E SILVA, 2005, p. 8.

⁶³ VALIM, op. cit. p. 55.

⁶⁴ Ibid., p. 111.

⁶⁵ Consoante expõe Rafael Valim, os atos ampliativos são aqueles que “concedem ou reconhecem direitos, faculdades, poderes, ou que afastam deveres, obrigações, encargos, limitações a direitos, de modo a produzir o alargamento da esfera jurídica do destinatário”, ao passo que os atos restritivos seguem direção contrária (Ibid., p. 86). Na mesma linha: BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 429. No caso do presente estudo, interessam-nos os atos ampliativos que geram, ampliam ou preservam algum direito aos respectivos destinatários, a exemplo das concessões de pensões e aposentadorias.

natureza reconhecidamente precária não autoriza o beneficiário a alimentar expectativas quanto à sua perenidade. Do contrário, estar-se-ia contrariando a própria essência do ato, que é a precariedade. Em outros termos, a proteção da confiança somente autoriza a estabilização de atos ampliativos de direito quando se justificar a expectativa legítima, pelo administrado, de que os efeitos do ato são definitivos.

No âmbito da União Europeia, adota-se a expressão “princípio da proteção à confiança legítima”, o qual é reconhecido em decisões da Corte de Justiça das Comunidades Europeias como “regra superior de Direito” e “princípio fundamental do direito comunitário”⁶⁶.

Merece registro a origem jurisprudencial desse princípio, ocorrida na Alemanha na década de 1950, com a demanda administrativa conhecida como caso da “viúva de Berlim”. Tratava-se, na origem, de uma viúva de funcionário público residente na então República Democrática Alemã, que fora notificada pela Administração de que o pagamento de sua pensão estaria condicionado a sua mudança de residência para Berlim Ocidental. Em vista disso, a interessada, a custo próprio, mudou-se para a referida cidade, garantindo, assim, a continuidade do benefício pensional. Contudo, tempos depois, a Administração concluiu que a pensão havia sido concedida irregularmente, razão por que decidiu interromper os pagamentos e pedir a restituição das quantias pagas até então. A demanda foi submetida ao Tribunal Administrativo Superior de Berlim, que, em 1956, decidiu favoravelmente à reclamante, deliberação confirmada em 1957, pelo Tribunal Federal Administrativo. O julgamento do caso apoiou-se na proteção da confiança legítima, concluindo pela manutenção da pensão, a despeito da ilegalidade original que a maculava⁶⁷.

A anotação desse precedente é especialmente oportuna neste trabalho, por muito assemelhar-se com as situações enfrentadas pelo Tribunal de Contas da União na análise de atos de admissão, aposentadorias e pensões sujeitos a registro.

Embora a proteção da confiança, como princípio devidamente conceituado pela doutrina, seja relativamente recente, Couto e Silva resgata interessante

⁶⁶ COUTO E SILVA, 2005, p. 8.

⁶⁷ COUTO E SILVA, *ibid.*, p. 7; VALIM, *op. cit.*, p. 55.

precedente histórico a demonstrar a ancianidade da convalidação ou estabilização, pela força do tempo, de atos administrativos viciados na origem. Nas palavras do mencionado autor:

O exemplo mais antigo e talvez mais célebre do que acabamos de afirmar está no fragmento de Ulpiano, constante do Digesto, sob o título “de ordo praetorum” (D.1.14.1), no qual o grande jurista clássico narra o caso do escravo Barbarius Philippus que foi nomeado pretor em Roma. Indaga Ulpiano: “Que diremos do escravo que, conquanto ocultando essa condição, exerceu a dignidade pretória? O que editou, o que decretou, terá sido talvez nulo? Ou será válido por utilidade daqueles que demandaram perante ele, em virtude de lei ou de outro direito?”. E responde pela afirmativa⁶⁸.

Essa solução ancestral tem sido acolhida, com as devidas adequações, até os tempos atuais, mediante a teoria do “funcionário de fato”. No Brasil, essa teoria tem sido acolhida de longa data, a exemplo do julgamento do RE 78594 SP, de 1974, em que o Supremo Tribunal Federal decidiu que “apesar de proclamada a ilegalidade da investidura do funcionário público na função de oficial de justiça, em razão da declaração de inconstitucionalidade da lei estadual que autorizou tal designação, o ato por ele praticado é válido^{69 70}.”

2.1. Proteção da confiança e princípio da legalidade

No plano do Direito Administrativo, é largamente consabido que a atuação do poder público rege-se pelo princípio da legalidade, que restringe a atuação da Administração, mais precisamente dos agentes públicos, aos limites da lei, que a ela deve submeter toda sua atuação funcional, especialmente no que tange à produção de normas e atos administrativos.

Hely Lopes Meirelles bem explica a dimensão do princípio da legalidade com as seguintes palavras:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei

⁶⁸ COUTO E SILVA, *ibid.*, p. 5.

⁶⁹ RE 78.594 SP – Relator: Min. Bilac Pinto – Segunda Turma – DJ 04-11-1974.

⁷⁰ Considerando o elevado número de referências, neste estudo, a acórdãos do STF, do STJ e do TCU, as correspondentes remissões são feitas de forma resumida, contemplando, porém, todas as informações necessárias a sua localização nos respectivos sítios desses tribunais na Internet (STF: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>; STJ: <http://www.stj.jus.br/SCON/>; TCU: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia>).

autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”⁷¹.

Positivado no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, o princípio da legalidade visa a impedir que a vontade pessoal do agente público sobreponha-se ao interesse público expresso pela Constituição e pelas normas legais e regulamentares. Deflui, assim, do próprio Estado Democrático de Direito⁷².

Embora o agente público precise de um certo grau de poder discricionário para atuar – inclusive na produção de normas regulamentares e atos administrativos ampliativos –, essa liberdade não pode se desviar da estreita via da legalidade⁷³.

A par da legalidade, a atuação do agente público também é adstrita aos limites ditados pelos princípios da moralidade e da impessoalidade na interpretação e na criação de normas, porquanto, do contrário, seria lícitamente possível ao administrador agir *formalmente* dentro dos limites da lei, porém com objetivos contrários ao interesse público, a exemplo das nomeações eivadas de nepotismo, das autorizações de investimentos públicos em proveito de interesses privados e das concessões, permissões e autorizações em proveito de parentes, amigos ou “conhecidos”.⁷⁴

Embora não seja necessário ao escopo deste estudo conceituar esses dois outros princípios – nem os demais que regem a Administração Pública⁷⁵ –, convém anotar, de forma bem resumida, que a moralidade e a impessoalidade (também conhecida como finalidade⁷⁶) visam essencialmente a evitar que o poder discricionário dos agentes da Administração seja aplicado contra o interesse público.

⁷¹ MEIRELLES, op. cit. p. 82.

⁷² BANDEIRA DE MELLO, op. cit.; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002; MEIRELLES, op. cit.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Com o advento da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), atos dessa natureza tornaram-se expressamente coibidos pelo ordenamento jurídico administrativo, o que permite concluir que eles também ofendem ao princípio da legalidade, e não apenas à moralidade e à impessoalidade. (BRASIL. *Lei nº 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa*. 1992a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 23/09/2014).

⁷⁵ O art. 37, *caput*, da Constituição Federal expressa, como regentes da Administração Pública, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência; havendo outros muitos consagrados pela doutrina, cuja descrição é aqui despendida. (BRASIL, 1988).

⁷⁶ MEIRELLES, op. cit.

De volta às lições de Couto e Silva, o autor salienta o perigo da aplicação “fria e mecânica” da lei em situações que reclamam a proteção da confiança, conforme bem exposto na seguinte passagem:

A esses dois últimos elementos ou princípios — legalidade da Administração Pública e proteção da confiança ou da boa fé dos administrados — ligam-se, respectivamente, a presunção ou aparência de legalidade que têm os atos administrativos e a necessidade de que sejam os particulares defendidos, em determinadas circunstâncias, contra a fria e mecânica aplicação da lei, com o conseqüente anulamento de providências do Poder Público que geraram benefícios e vantagens, há muito incorporados ao patrimônio dos administrados.⁷⁷

Esse aspecto é nodal às análises que serão feitas, mais adiante, sobre a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, pois uma de suas principais atribuições constitucionais é fiscalizar os atos administrativos sob o ponto de vista do princípio da legalidade, conforme disposto no *caput* do art. 70 da Lei Maior⁷⁸. Esse fato, conforme se pretende demonstrar nas referidas análises, induz um viés de preponderância, nos julgados do TCU, do critério de legalidade sobre a proteção da confiança.

Ainda no que tange à relação entre os princípios da legalidade e da proteção da confiança, convém estabelecer, aqui, uma distinção entre legalidade *em sentido amplo* e *em sentido estrito*, para considerar que somente a segunda acepção é que cede espaço para a estabilização de atos (ou fatos) administrativos baseada na proteção da confiança.

Isso porque, se considerarmos que a segurança jurídica e a proteção da confiança, enquanto princípios de direito (inclusive com lastro constitucional, no caso da segurança jurídica, conforme já anotado), possuem força normativa e, portanto, são harmônicos com o ordenamento jurídico, não há porque dizer que uma decisão baseada nesses princípios seria, a rigor, contrária ao princípio da legalidade. Sua colisão, quando ocorre, é com as normas específicas que ditam o vício original do ato estabilizado, e não com a totalidade do ordenamento.

⁷⁷ COUTO E SILVA, 2013, p. 1.

⁷⁸ “Art. 70. 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.” [grifamos] (BRASIL, 1988).

Em sentido muito próximo, Rafael Valim anota que “o princípio da legalidade implica não só a fiel subsunção à lei, como também a observância dos princípios jurídicos, assumindo, nessa medida, feição de um preceptivo de submissão das autoridades a toda a ordem jurídica”⁷⁹. Nessa toada, o autor conclui que a relação entre os princípios da legalidade e da segurança jurídica não é de oposição, mas de complementação, em que o primeiro é enriquecido pelo segundo⁸⁰.

Dicção semelhante também é esposada por Celso Antônio Bandeira de Mello, quando, ao tratar da estabilização das relações constituídas sob o domínio do Direito Administrativo, consigna que essas situações: “Não brigam com o princípio da legalidade, antes atendem-lhe ao espírito”, pois se inspiram “na tranquilização das relações que não comprometem insuprimivelmente o interesse público, conquanto tenham sido produzidas de maneira inválida”⁸¹.

Em um sentido mais amplo, Couto e Silva considera haver atualmente “uma tendência irreprimível a considerar que a Administração Pública está vinculada *ante ao Direito do que propriamente à lei*” [destacamos]⁸².

Tais anotações denotam que o princípio da proteção da confiança não confronta com o conceito amplo de legalidade, senão com a sua dimensão mais estrita, i.e., com as normas pontuais a que se sobrepõe ao expressar-se na estabilização de atos administrativos.

2.2. Proteção da confiança e interesse público

Márcio Lório Aranha, em estudo sobre a relação da segurança jurídica e o princípio da legalidade, assevera que a proteção da boa-fé e da confiança (*Treu und Glaube*) do administrado na presumida legitimidade dos atos administrativos contém, em si, um valor de *interesse público*. Ressalta, ainda, que essa dicção é presente em autores alemães, a exemplo de Fritz Fleiner, Walter Jellinek e Otto Bachof. Este último – afirma Márcio Lório – considerava que “o respeito à boa fé e à segurança jurídica determina a incontestada validade do ato ilegal qualificado pela prolongada e

⁷⁹ VALIM, op. cit., p. 49.

⁸⁰ Ibid., p. 50.

⁸¹ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 481.

⁸² COUTO E SILVA, 2013, p. 12.

complacente inação do Poder Público”⁸³, havendo um interesse público subjacente a essa proteção.

Couto e Silva também associa a proteção da confiança ao interesse público:

Só há relativamente pouco tempo é que passou a considerar-se que o princípio da legalidade da Administração Pública, até então tido como incontrastável, encontrava limites na sua aplicação, precisamente porque se mostrava indispensável resguardar, em certas hipóteses, *como interesse público prevalecente*, a confiança dos indivíduos em que os atos do Poder Público, que lhes dizem respeito e outorgam vantagens, são atos regulares, praticados com a observância das leis [grifou-se].⁸⁴

Por outro lado, um ato administrativo ampliativo de direitos, por consectário lógico, sempre acarreta alguma restrição em algum outro espaço de atuação do poder público. Assim, a estabilização, pelo decurso do tempo, de uma pensão civil concedida ilegalmente retira recursos públicos que poderiam ser aplicados em outra finalidade; a perenização de um ato de admissão irregular exclui a oportunidade de outro candidato ingressar no serviço público de forma regular.

Portanto, ainda que haja um interesse público na preservação da segurança jurídica nos casos amparados pela proteção da confiança, esse fato colide com outro interesse igualmente público que poderia ser atendido com os recursos que seriam liberados para outras finalidades caso o ato estabilizado fosse anulado.

Entendimento equivalente é anotado por Rafael Valim, quando, ao defender a ponderação de valores na estabilização de atos ampliativos de direitos originalmente inválidos, assim pontua:

...a hipótese de estabilização [pautada na proteção da confiança] não se reveste de precisão capilar. Haverá que se sopesar as circunstâncias do caso concreto e verificar se a manutenção do ato inválido é menos traumática aos interesses prestigiados pela ordem jurídica que sua eventual invalidação. Assim, a partir dos aludidos requisitos, que servem como guias heurísticos, *impõe-se que se conclua pela prevalência, ou não, 'in concreto', do princípio da*

⁸³ ARANHA, Márcio Lório Nunes. Segurança Jurídica *Stricto Sensu* e Legalidade dos Atos Administrativos. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal. N. 134, abr-jun 1997 – ano 34, p. 13. Disponível em: <http://www.marcioaranha.com/docbibliografiaSegurancaJuridicaStrictoSensu.pdf>. Acesso em: 3/09/2014.

⁸⁴ COUTO E SILVA, 2013, p. 3.

*segurança jurídica; se prevalecer, saneado estará o ato viciado.*⁸⁵
[grifos do original]

Esse aspecto, conforme anotado alhures, requer um cuidadoso processo de ponderação de valores e princípios, o que pode reclamar a adoção de critérios para se decidir, nos casos concretos, quando o princípio da proteção da confiança deve ser aplicado. Isso pode ser traduzido nas seguintes perguntas: quanto tempo deve decorrer para que um ato ampliativo viciado seja estabilizado? Se os efeitos da estabilização do ato viciado forem muito danosos aos cofres públicos ou a outro bem jurídico caro ao interesse público, é possível deixar de aplicar a proteção da confiança?

Tais questões denotam que a aplicação do princípio da proteção da confiança requer a ponderação de princípios, ponto a ser tangenciado novamente nos Capítulos 7 e 8.

2.3. A boa-fé como elemento da proteção da confiança

Conforme consignado, de passagem, em trechos anteriores, um dos requisitos essenciais à concretização do princípio da proteção da confiança é a boa-fé do administrado.

Tal exigência mostra-se bem clara quando se pondera que um dos efeitos da concretização do princípio da proteção da confiança é a manutenção, para o administrado, de efeitos benéficos de um ato administrativo ampliativo de direitos. Dessa forma, a eventual busca dessa proteção jurídica por alguém que não esteja movido pela boa-fé chocar-se-ia com outro princípio geral do direito – a proibição de obter benefício com a própria torpeza (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).

Segundo Couto e Silva, o princípio da segurança jurídica designa o aspecto objetivo da estabilidade das relações jurídicas, ao passo que a proteção à confiança pertine à sua dimensão subjetiva⁸⁶. Tal face subjetiva deste segundo princípio agrega os sentimentos de confiança e de boa-fé.

No plano do direito positivo, pode-se considerar que o requisito de boa-fé do administrado está contemplado no *caput* do art. 54 da Lei 9.784/1999 (Lei do

⁸⁵ VALIM, op. cit., p. 122.

⁸⁶ COUTO E SILVA, 2005, p. 4.

Processo Administrativo Federal), que incorpora, em termos práticos, o princípio da proteção da confiança. Vale consignar seu conteúdo:

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, *salvo comprovada má-fé*.⁸⁷ [grifou-se].

Note-se que a expressão “salvo *comprovada má-fé*” engloba as dimensões objetiva e subjetiva da boa-fé. No plano objetivo, o dispositivo legal requer a *prova* da conduta torpe, ou seja, da *exteriorização* de algum ato ou atitude que revelem ao mundo a má-fé do administrado. No plano subjetivo, obviamente, se a norma legal exige conclusão segura de que houve má-fé, a confirmação dessa hipótese afasta, *ipso facto*, a presunção da boa-fé subjetiva.

Esse dispositivo legal denota, com acerto, que a boa-fé é presumida e a má-fé deve ser provada. Embora essa anotação pareça simplória – por tratar-se de conceito amplamente consabido no Direito⁸⁸ –, convém registrá-la, pois, conforme será visto na análise da jurisprudência do TCU, há acórdãos em cujos fundamentos encontra-se a assertiva de que “não restou comprovada a boa-fé” ou termos equivalentes⁸⁹.

Sem a pretensão de aprofundar essa discussão conceitual, convém anotar que o princípio geral da boa-fé – herança ancestral do direito romano⁹⁰ – impõe que as relações jurídicas sejam caracterizadas por “lealdade, correção e lisura do comportamento das partes reciprocamente”⁹¹. Isso gera tanto um dever quanto uma justa expectativa de que todos participem das relações jurídicas pautados pela boa-fé. Trata-se de um requisito da própria segurança jurídica, na medida em que busca

⁸⁷ BRASIL, 1999a.

⁸⁸ Entre um sem fim de exemplos, isso é bem ilustrado nas disposições dos arts. 219 e 1.202 do Código Civil: “Art. 219. As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários.”; “Art. 1.202. A posse de boa-fé só perde este caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente.” (BRASIL. *Lei nº 10.406/2002* – Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 23/09/2014.)

⁸⁹ Consulta realizada à base de jurisprudência do TCU em 4/09/2014, no sítio www.tcu.gov.br, revelou a existência de 67 acórdãos cujos votos contêm a expressão “não restou comprovada a boa-fé” ou expressões próximas (“não foi comprovada...”, “não restou demonstrada...” etc.).

⁹⁰ A definição de Celso, anotada por Ulpiano na parte inicial do Digesto, bem ilustra a pretensão de justiça e correção do direito romano: “o direito é a arte do bom e do equitativo” (*ius est ars boni et aequi*); cf. tradução de Ronaldo Poletti (POLETTI, op. cit., p.29).

⁹¹ COUTO E SILVA, 2005, p. 2.

confiança, certeza e previsibilidade no comportamento das pessoas. Daí a regra geral de que a boa-fé se presume, por ser da essência do Direito, e a má-fé se comprova, por ser antijurídica⁹².

2.4. Natureza jurídica da estabilização dos atos pela proteção da confiança

Outro aspecto a destacar é se os atos perenizados com base no princípio da proteção à confiança devem ser convalidados ou estabilizados.

Para Rafael Valim, essa hipótese atrai a estabilização, e não a convalidação (o que exigiria, de rigor, a emissão de um novo ato, de convalidação). Isso porque a estabilização, nesse caso, deflui diretamente da ordem jurídica, pois, sob tal circunstância, o respeito à ordem jurídica prepondera sobre a legalidade. A estabilização, aqui, surge não de um ato de convalidação, mas de um *fato* administrativo, que é a estabilização no tempo⁹³.

E nesse passo, o mesmo autor assevera que a estabilização, como forma de perpetuação de um ato administrativo, depende das seguintes condições: o ato inválido deve ser ampliativo; a boa-fé do administrado; a permanência da situação criada deve “atender a interesses hierarquicamente superiores aos residentes na norma violada”⁹⁴.

Destaque-se que a estabilização sana o defeito do ato, pois, conforme já anotado, ela decorre do próprio ordenamento jurídico, haja vista a força normativa da proteção da confiança enquanto princípio jurídico⁹⁵.

⁹² Trata-se de *regra geral*, ou seja, admite exceções quando houver disposição normativa em contrário (ex.: parágrafo único do art. 1.256 do Código Civil: “Presume-se má-fé no proprietário, quando o trabalho de construção, ou lavoura, se fez em sua presença e sem impugnação sua.”).

⁹³ VALIM, op. cit., p. 121.

⁹⁴ Ibid., p. 122.

⁹⁵ Desnecessário dizer que a força normativa dos princípios é amplamente reconhecida pela doutrina, com destaque para as proposições de Dworkin e Alexy (CANOTILHO, op. cit.; MENDES & BRANCO, op. cit.).

3. DIREITO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

3.1. Razoável duração do processo como direito constitucional fundamental

O direito à razoável duração do processo passou a ser contemplado expressamente na Constituição Federal com o advento da Emenda 45/2004, que o incluiu com *status* de direito fundamental.

Art. 5º. [...]

[...]

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#)).

Essa iniciativa do poder constituinte derivado mostra-se de todo pertinente aos misteres da segurança jurídica. Isso porque os requisitos de previsibilidade e certeza quanto às respostas do poder público em relação às demandas e condutas das pessoas são profundamente afetados quando um processo administrativo ou judicial delonga-se por tempo demasiado. São direitos reclamados sem previsão de concretização, processos em que se discutem sanções aos interessados e outras situações em que o retardamento das decisões gera insegurança nos respectivos interessados, prejudicando a capacidade de planejar suas vidas.

Os tormentos e as incertezas gerados pela morosidade dos processos já eram criticados por Cesare Beccaria no século XVIII, quando, em os Delitos e as Penas, defendia tanto a celeridade dos processos quanto da aplicação das penas. E, quanto ao tempo para a execução das penas, assim escreveu:

QUANTO mais pronta for a pena e mais de perto seguir o delito, tanto mais justa e útil ela será. Mais justa, porque poupará ao acusado os cruéis tormentos da incerteza, tormentos supérfluos, cujo horror aumenta para ele na razão da força de imaginação e do sentimento de fraqueza.⁹⁶

Embora essas palavras refiram-se ao sofrimento da pessoa já condenada, parece-nos adequada a analogia do “momento da pena”, anotado por Beccaria, com o momento da decisão final em qualquer outro processo judicial ou administrativo

⁹⁶ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Editor: Ridendo Castigat Mores. E-book. 2001. p. 39. Disponível em: <http://www.abrasd.com.br/biblioteca/direito>. Acesso em: 6/09/2014.

dos tempos atuais, principalmente quando houver perspectiva de supressão de direitos.

3.2. O direito à razoável duração do processo no TCU

No âmbito do TCU, o direito constitucional à razoável duração do processo ganha relevância nos autos em que incidem medidas cautelares a paralisar procedimentos administrativos (p. ex.: concursos públicos, licitações e contratos de obras), bem como nas tomadas de contas especiais e nos processos de atos de admissão ou de concessão de aposentadorias, reformas e pensões. Há casos de atos de aposentadorias consideradas ilegais após mais de 10 anos da expedição do respectivo ato, o que denota o descumprimento do preceito constitucional e, por via reflexa, também do princípio da segurança jurídica⁹⁷.

No caso dos atos sujeitos a registro, o respeito à segurança jurídica em virtude da morosidade processual limita-se a franquear ao interessado o direito de defesa antes do julgamento do respectivo ato. Isso ocorre quando ultrapassado o prazo de cinco anos após o ingresso do ato no TCU. Trata-se de entendimento firmado por meio do Acórdão 587/2011-TCU-Plenário, por força de decisões do Supremo Tribunal Federal, em sede de mandados de seguranças contra acórdãos da Corte de Contas⁹⁸.

Por outro lado, a criação de um direito constitucional à razoável duração do processo traz ao debate um argumento adicional à aplicação dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança para estabilizar atos administrativos ampliativos de direitos, quando houver excessiva morosidade nos respectivos procedimentos de controle (p. ex.: na apreciação de atos sujeitos a registro).

3.3. O Estatuto do Idoso – Lei 10.741/2003

A celeridade processual, na esfera judicial e administrativa, é garantida legalmente às pessoas maiores de 60 anos, nos termos do art. 71 do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003):

⁹⁷ A base de jurisprudência do TCU revela a existência de pelo menos 19 acórdãos, no período de 2012 a agosto de 2014, em que se questiona a legalidade de atos de aposentadoria ou pensão que geravam vantagens há mais de 10 anos [expressão de pesquisa: *(aposentadoria ou pensão).natu. e ((mais de) prox3 (10 anos)) e (segurança jurídica) e (\$/2012 ou \$/2013 ou \$/2014).idtd.*].

⁹⁸ MS-25.116 e do MS-25.403, relatados pelo Ministro Ayres Britto, e decisões monocráticas de mérito na mesma linha (nos termos do art. 205 do Regimento Interno do STF), a exemplo das proferidos no MS-25.343 e no MS-27.296 pela Ministra Ellen Gracie.

Art. 71. *É assegurada prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, em qualquer instância.*

§ 1º O interessado na obtenção da prioridade a que alude este artigo, fazendo prova de sua idade, requererá o benefício à autoridade judiciária competente para decidir o feito, que determinará as providências a serem cumpridas, anotando-se essa circunstância em local visível nos autos do processo.

§ 2º A prioridade não cessará com a morte do beneficiado, estendendo-se em favor do cônjuge supérstite, companheiro ou companheira, com união estável, maior de 60 (sessenta) anos.

§ 3º *A prioridade se estende aos processos e procedimentos na Administração Pública, empresas prestadoras de serviços públicos e instituições financeiras, ao atendimento preferencial junto à Defensoria Pública da União, dos Estados e do Distrito Federal em relação aos Serviços de Assistência Judiciária.*⁹⁹ [grifou-se].

Não obstante, no âmbito do TCU, a aplicação dessa norma nos processos de aposentadoria e pensões esbarra no fato de que a maioria dos interessados nesses processos já se enquadra na condição legal de idoso. E nesse sentido, o Ministro Raimundo Carreiro, ao analisar pedido de prioridade processual pautado nessa lei, assim justificou sua inviabilidade operacional:

6. Deixo de acolher, também, a proposta de determinação à Secretaria de Fiscalização de Pessoal, para que priorize a análise do novo ato da recorrente quando vier a ser disponibilizado ao Tribunal. Isso porque não vejo, nos autos, elementos suficientes que autorizem tratamento processual diferenciado em favor da interessada, o que colidiria com o princípio constitucional da isonomia, constante no caput do art. 5º da Lei Maior.

7. Em reforço, aduzo que, embora a interessada conte com 61 anos de idade e, por isso, tenha direito ao benefício da prioridade em processos administrativos, com base no art. 71, §3º, da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), o exercício desse direito, no caso concreto, é virtualmente impossível. É que a grande maioria dos aposentados cujas concessões estão pendentes de análise neste Tribunal é igualmente amparada pelo mesmo estatuto, aplicável aos maiores de 60 anos. Portanto, no ponto em questão, o respeito ao Estatuto do Idoso por esta Corte de Contas materializa-se pelo seu esforço constante para agilizar a apreciação, para fins de registro, dos atos de aposentadoria de um modo geral.¹⁰⁰

Essa questão é retomada no Capítulo 7, quando se analisa o princípio da proteção da confiança na apreciação de atos sujeitos a registro no âmbito do TCU.

⁹⁹ BRASIL. *Lei nº 10.741/2003* - Estatuto do Idoso. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> . Acesso em 06/09/2014. .

¹⁰⁰ Acórdão 10566/2011-TCU-2ª Câmara; Relator: Ministro Raimundo Carreiro.

4. IRRETROATIVIDADE DAS NORMAS ADMINISTRATIVAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

4.1. Irretroatividade como fator de segurança jurídica

Outro elemento não menos importante dos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança é a irretroatividade das normas – e respectivas interpretações – quando restritivas de direitos¹⁰¹.

Também conhecida como princípio da irretroeficácia¹⁰², essa garantia visa a impedir que normas legais e administrativas ou interpretações normativas retroajam seus efeitos para reduzir ou suprimir direitos decorrentes de atos e fatos pretéritos, adquiridos sob a égide de outro arcabouço jurídico.

Seus fundamentos decorrem da própria essência do princípio da segurança jurídica, nucleado pela busca de certeza, previsibilidade e estabilidade das relações jurídicas em um Estado de Direito. Eventual afronta a esse princípio agrediria a própria confiança no Direito, pois o indivíduo nunca teria a segurança de saber, ao certo, se determinado direito adquirido ou protegido sob o amparo de uma ordem jurídica legítima seria respeitado pelo poder estatal.

Isso bem se clarifica nas seguintes palavras de Bandeira de Mello ao ressaltar a importância da segurança jurídica para o Estado de Direito:

...é sabido e ressabido que a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo, de antemão, o que devem ou o que podem fazer, tendo em vista as ulteriores consequências imputáveis a seus atos. O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social¹⁰³.(destacamos)

Segundo Pérez Luño, “a proibição de retroatividade das leis representa uma manifestação básica e específica da segurança jurídica”¹⁰⁴. Para o autor, esse princípio já era teoricamente justificado desde o Iluminismo, sob o argumento de que a liberdade de ação do cidadão exige a possibilidade de calcular os efeitos de seus

¹⁰¹ BANDEIRA DE MELLO, op. cit.; CANOTILHO, op. cit.; COUTO E SILVA, 2013; VALIM, op. cit..

¹⁰² VALIM, op.cit., p. 96.

¹⁰³ BANDEIRA DE MELLO, op. cit. p. 127.

¹⁰⁴ PÉREZ LUÑO, 1991, p. 91 [“La prohibición de retroactividad de las leyes representa una manifestación básica y específica de la seguridad jurídica”].

atos, o que é incompatível com normas que afetem condutas anteriores a sua promulgação. Assim, a leis devem, como regra, atuar para o futuro¹⁰⁵.

De acordo com Rafael Valim, “a norma que projeta seus efeitos sobre fatos pretéritos implicaria um atestado de má-fé do Estado, uma burla ao sistema jurídico, vez que qualificaria condutas que se materializaram sem tê-la em conta”¹⁰⁶.

Talvez os exemplos mais evidentes do princípio da irretroatividade sejam as garantias constitucionais de proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, bem como a vedação da eficácia retroativa das leis penais e tributárias mais gravosas aos destinatários, todas com assento constitucional¹⁰⁷.

4.2. Irretroatividade no Direito Administrativo

Convém pontuar, entretanto, que o objeto do presente estudo cinge-se aos atos administrativos sujeitos à fiscalização pelo TCU.

E nesse passo, o acolhimento desse princípio pelo Direito Administrativo é bem ilustrado na parêmia *tempus regit actum*, segundo a qual os atos regem-se pela lei vigente no momento da aquisição do direito. Tal entendimento é aplicável notadamente aos atos de concessão de aposentadorias, reformas militares e pensões, sendo inclusive albergado na Súmula 359 do Supremo Tribunal Federal e na Súmula 284 do Tribunal de Contas da União¹⁰⁸.

Embora tal princípio seja abraçado de longa data pela jurisprudência no que tange à aplicação das leis às aposentadorias, reformas e pensões¹⁰⁹, foi com o advento da Lei 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo) que se positivou a

¹⁰⁵ Ibid., p. 91-96.

¹⁰⁶ VALIM, op. cit., p. 95.

¹⁰⁷ “Art. 5º (...) XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; (...) XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;”. “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) III - cobrar tributos: a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;” (BRASIL, 1988).

¹⁰⁸ Súmula-STF 359: “Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade *regulam-se pela lei vigente ao tempo* em que o militar, ou o servidor civil, *reuniu os requisitos necessários*”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 359*. 1973. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>. Acesso em: 23/09/2014.). Súmula-TCU 284: “A concessão de pensão *deve observar a legislação em vigor à data do óbito* do instituidor, ocasião em que os requisitos legais nela previstos deverão estar preenchidos pelos beneficiários.” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Súmula 284*. 2014. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia>. Acesso em: 23/09/2014.).

¹⁰⁹ A precitada Súmula-STF 359 foi aprovada em 1963, sendo alterada em 1973, e assim mantida.

vedação de interpretações retroativas pela Administração Pública Federal. Veja-se o dispositivo:

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

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

[...]

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, *vedada aplicação retroativa de nova interpretação*.¹¹⁰ [grifou-se].

Essa lei representou significativo avanço para a segurança jurídica nas relações administrativas no plano federal. Além do dispositivo citado, esse diploma também elevou formalmente ao nível de princípios da Administração Federal a segurança jurídica, a proporcionalidade e a razoabilidade, entre outros (como se vê no *caput* do artigo 2º, supratranscrito). Conforme assentado no próximo capítulo, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade também fluem para a segurança jurídica ao protegerem os administrados contra atos administrativos abusivos, irrazoáveis, que lhes causem ônus excessivo ou não justificado.

No âmbito do TCU, a vedação da retroatividade jurisprudencial chegou a figurar na Súmula 105. Contudo, em 2003 esse enunciado foi cancelado pelo Tribunal sem nenhuma substituição por súmula equivalente. O texto revogado refletia com clareza o princípio em questão: “A modificação posterior da Jurisprudência não alcança aquelas situações constituídas à luz de critério interpretativo anterior.”¹¹¹

A aplicação retroativa de novos entendimentos jurisprudenciais *in malum partem* será analisada no capítulo referente aos atos sujeitos a registro.

4.3. Exceções à irretroatividade – retroação *in bonam partem* e irretroatividade imprópria

Cumprir repetir que o princípio da irretroatividade não se aplica, em regra, às normas garantidoras, geradoras ou ampliadoras de direitos (*in bonam partem*), até porque esse efeito benéfico não afronta a segurança jurídica. O próprio sentido da palavra “segurança” não encerra apenas as ideias de certeza e estabilidade, mas

¹¹⁰ BRASIL, 1999a.

¹¹¹ Revogada na Sessão de 03/09/2003, Acórdão 1306/2003 Plenário - Ata 34, rel. Min. Humberto Souto, TC 000.533/1998-0, DOU 15/09/2003.

também de proteção, de redução de riscos e perigos. Assim, eventuais alterações jurídicas que tragam benefícios, que melhorem a vida dos indivíduos, não podem ser admitidas como afrontosas a qualquer ideia de segurança.

Isso é corroborado por Rafael Valim, ao sustentar que a retroação (ou retroeficácia, na terminologia adotada por esse autor) não é proibida aprioristicamente às normas ampliativas de direitos. Ressalva, porém, que, nessas hipóteses, os efeitos retroativos devem ser devidamente motivados à luz do princípio da isonomia, para evitar ofensas à impessoalidade¹¹². Convém ressaltar que essa preocupação com o princípio da isonomia aplica-se especialmente no caso de atos administrativos, e não tanto à produção de leis, haja vista seu caráter de destinação geral (ex.: leis de anistia fiscal).

Pérez Luño consigna que a retroatividade benéfica pode ocorrer, por exemplo, para corrigir injustiças de leis passadas. Também aponta a possibilidade da retroatividade “imprópria”, em que a lei projeta seus efeitos para a situação presente de fatos nascidos no passado¹¹³. Canotilho também anota essa distinção, referindo-se, porém, a retroatividade “autêntica” e retroatividade “inautêntica” ou “aparente” (equivalente à “imprópria” anotada por Pérez Luño)^{114 115}.

No âmbito do TCU, há precedentes em que, diante da convalidação, por lei, de vantagens antes consideradas ilegais pelo Tribunal, a Corte de Contas ordenou a revisão *ex officio* de acórdãos que haviam negado registro a atos eivados da irregularidade posteriormente sanada, passando a considerá-los legais e registrá-los.

Isso é exemplificado pelo Acórdão 1.824/2004-TCU-Plenário, em que o TCU, entre outras deliberações, firmou o entendimento de que a MP 146/03, convertida na Lei 10.855/04, regularizou o pagamento da parcela denominada "PCCS" – antes impugnada pelo Tribunal – para determinada parcela de servidores da Previdência Social. Posteriormente, mediante o Acórdão 741/2006-Plenário, relatado pelo Ministro Guilherme Palmeira, o Tribunal autorizou a revisão de ofício dos acórdãos que haviam negado registro aos atos beneficiados pela nova alteração

¹¹² Essa ressalva também é anotada por Canotilho (CANOTILHO, op. cit., p. 253 - NR 27).

¹¹³ PÉREZ NUÑO, op. cit., p. 96.

¹¹⁴ CANOTILHO, op. cit., p. 255.

¹¹⁵ Canotilho exemplifica essa hipótese com a alteração de regras de promoção em carreiras públicas, de regimes de pensão e de relações contratuais de longa duração.

legalizou a revisão de ofício dos acórdãos que haviam negado registro aos atos beneficiados pela nova alteração legal¹¹⁶.

Situações da espécie revelam a retroação legal própria (ou autêntica) *in bonam partem*, pois se tratava de atos já declarados ilegais e alvejados por determinações para suspender os pagamentos das parcelas então impugnadas.

¹¹⁶ A irregularidade original foi assim anotada no Voto do Ministro Ubiratan Aguiar, relator do Acórdão 1.824/2004-TCU-Plenário: “3. A vantagem denominada “PCCS” foi deferida a título de adiantamento pecuniário aos servidores das extintas autarquias federais, IAPAS, INAMPS e INPS, por força da Lei nº 7.686/88, sendo que o inciso II do artigo 4º da Lei nº 8.460/92 determinou a sua incorporação aos vencimentos dos servidores, estabelecendo que, em caso de decesso remuneratório, a diferença continuaria a ser paga como Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada. 4. Não obstante o advento da Lei nº 8.460/92, o valor referente à mesma parcela continuou sendo pago de forma destacada a praticamente todos os servidores amparados por decisões judiciais.”

5. O PERFIL DE ATUAÇÃO DO TCU E A SEGURANÇA JURÍDICA

Para uma compreensão adequada sobre como o exercício das competências do TCU se relaciona com a segurança jurídica, importa considerar suas atribuições constitucionais e outras notas características que definem seu perfil de atuação, sua visão de controle externo, atributos que, em seu conjunto, constroem uma espécie de identidade institucional que influi sobre a forma como o órgão se relaciona com o princípio da segurança jurídica.

5.1. Os poderes legais e constitucionais do TCU

As competências do Tribunal de Contas da União, previstas no art. 71 da Constituição Federal e em leis específicas – com destaque para a Lei 8.443/92 (Lei Orgânica do TCU) –, conferem ao órgão expressivo poder para restringir ou suprimir direitos e impor obrigações a pessoas físicas e jurídicas, incluindo-se entre elas não apenas gestores públicos, como geralmente se concebe, mas também aposentados e pensionistas do setor público, entidades públicas ou privadas que recebam recursos federais (mediante convênios, contratos ou outros vínculos obrigacionais), participantes de licitações e até mesmo entes da federação.

Esse poder coercitivo expressa-se de diversas formas.

O eventual julgamento pela irregularidade das contas sujeita os gestores a uma série de sanções cumulativas, a exemplo da condenação em débito, da pena com multa, da suspensão temporária do direito de exercer cargos e funções em comissão na administração pública e da inelegibilidade (esta última, por via reflexa, pois tal decisão depende da Justiça Eleitoral).

À exceção da condenação em débito e da inelegibilidade, as referidas sanções também podem ser aplicadas em processos de fiscalização (auditorias, representações, denúncias, monitoramentos e acompanhamentos).

Pode o TCU, também, determinar que servidores restitua verbas remuneratórias recebidas da Administração em face de erro de interpretação de normas, mesmo que a percepção das parcelas tenha sido de boa-fé.

Seus acórdãos podem, ainda, afetar direitos de terceiros, mediante determinações para alterações de contratos administrativos, medidas cautelares, retenção de valores contratuais e sanções administrativas.

Por outro lado, mesmo pessoas que não cometeram nenhuma irregularidade administrativa podem ter seus direitos afetados por decisão do TCU. É o caso dos registros de atos de admissão, aposentadoria e pensão, em que o Tribunal pode, mesmo após anos de iniciada a fruição do direito, negar registro ao ato e impor a redução dos proventos ou mesmo impugnar toda a concessão. Em alguns casos – conforme já anotado no tópico referente à razoável duração do processo – o aposentado vê-se obrigado a retornar ao exercício do cargo para completar o tempo de serviço necessário à aposentação após dez anos ou mais de inatividade (isso ocorre quando o Tribunal considera irregular determinado período de serviço averbado), ou, ainda, ver a redução de seus proventos, quando impugnada alguma parcela tida por irregular.

As informações a seguir expressam com mais detalhes a dimensão dos poderes de sanção do TCU:

a) expressivo rol de jurisdicionados do TCU, incluindo pessoas naturais e jurídicas (de direito privado e público), vinculadas ou não à Administração Federal¹¹⁷;

¹¹⁷ “Art. 5º A jurisdição do Tribunal abrange: I – qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária; II – aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário; III – os dirigentes de empresas públicas e sociedades de economia mista constituídas com recursos da União; IV – os dirigentes ou liquidantes das empresas encampadas ou sob intervenção ou que, de qualquer modo, venham a integrar, provisória ou permanentemente, o patrimônio da União ou de outra entidade federal; V – os responsáveis pelas contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo; VI – os responsáveis por entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado que recebam contribuições para-fiscais e prestem serviço de interesse público ou social; VII – todos aqueles que lhe devam prestar contas ou cujos atos estejam sujeitos à sua fiscalização por expressa disposição de lei; VIII – os responsáveis pela aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a estado, ao Distrito Federal, a município, e a qualquer outra pessoa, física ou jurídica, pública ou privada; IX – os sucessores dos administradores e responsáveis a que se refere este artigo, até o limite do valor do patrimônio transferido, nos termos do inciso XLV do art. 5º da Constituição Federal; X – os representantes da União ou do poder público federal na assembleia geral das empresas estatais e sociedades anônimas de cujo capital as referidas pessoas jurídicas participem, solidariamente com os membros dos conselhos fiscal e de administração, pela prática de atos de gestão ruinosa ou liberalidade à custa das respectivas sociedades.” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Regimento Interno do Tribunal de Contas da União*. 2012. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/normativos/regimentos/regimento.pdf>. Acesso em 30/03/2014.).

b) numerosos poderes de sanção do Tribunal listados na Lei 8.443/1992 e na Lei 8.666/1993, incluindo as condenações em processos de contas, as imputações de débitos e multas, a inabilitação para o exercício de cargo/função comissionada na Administração Federal, a inelegibilidade parlamentar ocasionada por contas julgadas irregulares (decidida pela Justiça Eleitoral), as medidas cautelares suspensivas de atos administrativos e contratos, a decretação de indisponibilidade de bens, a negativa de registro de atos de admissão/aposentadoria/pensão, as determinações para alteração de contratos, anulação de atos administrativos e restituição de valores etc.;

c) elevada dimensão dessas sanções, ilustrada pelos seguintes números referentes ao exercício de 2013¹¹⁸: 2.274 responsáveis condenados em débito e/ou multados; R\$ 1,103 bilhão em condenações; 101.436 atos de pessoal apreciados, com a impugnação de 1.655 concessões; 137 medidas cautelares expedidas; 920 julgamentos pela irregularidade das contas de 1.774 responsáveis; 6.697 responsáveis sujeitos à inelegibilidade em função de contas julgadas irregulares pelo TCU¹¹⁹; 104 sanções de inabilitação para a função pública, totalizando 543 inabilitados, em números acumulados até setembro/2014; 194 sanções de declaração de inidoneidade de licitantes, totalizando 204 inidôneos, em números acumulados até setembro/2014¹²⁰.

d) prolação pelo Supremo Tribunal Federal, no exercício de 2013, de 23 acórdãos e 242 decisões monocráticas alusivas a mandados de segurança contra atos do Tribunal de Contas da União, sendo a quase totalidade relativa a mandados de segurança impetrados em virtude de acórdãos do TCU¹²¹.

¹¹⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Relatório Anual de Atividades do TCU – 2013*. Disponível em: http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/publicacoes_institucionais. Acesso em: 19/09/2014.

¹¹⁹ Fonte: TCU - “Relação de responsáveis com contas julgadas irregulares nos 8 anos anteriores a 2014”, disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades>. Acesso em: 19/09/2014. Esse número corresponde ao estoque de condenações transitadas em julgado, nos últimos 8 anos, até 31/12/2013.

¹²⁰ Fonte: TCU - “Relação de Inidôneas”. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/responsabilizacao/inidoneos>. Acesso em: 19/09/2014.

¹²¹ Fonte: sítio do STF na Internet. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 26/09/2014. Expressão de busca: *((impdo\$ ou agdo\$) mesmo (tribunal adj de adj contas adj da adj união)) e (mandado adj de adj segurança)(@JULG >= 20130101)(@JULG <= 20131231)*

Essas peculiaridades do controle externo exercido pelo TCU – que não esgotam o rol de situações em que seus poderes constitucionais afetam direitos pessoais – impõem uma reflexão mais detida sobre a questão da segurança jurídica nesses processos de controle externo.

5.2. A identidade institucional do TCU – foco na proteção ao erário e na supremacia do interesse público

Ao lado desses amplos poderes de coerção e sanção do TCU, há outro aspecto que cobra atenção quando se analisa a expressão da segurança jurídica em sua jurisprudência: a identidade institucional do órgão.

A identidade institucional do TCU é aqui compreendida como o conjunto de características que permitem singularizar, definir, o modo de vivência do controle externo pelos respectivos agentes (auditores, ministros e membros do Ministério Público) e, em uma visão conjunta, pela própria instituição¹²².

Nesse passo, o Tribunal de Contas, diversamente dos órgãos do Poder Judiciário, pauta sua conduta não na proteção dos direitos individuais, mas na busca da preservação do erário e do interesse público. Este último compreendido como o interesse do Estado e da Sociedade, mas não do indivíduo, em dicção distinta da adotada por Márcio Lório Aranha, Almiro do Couto e Silva e outros autores, conforme anotado no Capítulo 2, que inserem a proteção da segurança jurídica no rol de bens jurídicos protegidos pelo interesse público¹²³.

Isso é identificável de várias formas.

A primeira nota dessa identidade institucional é revelada pela comparação entre os *slogans* adotados pelo TCU e pelo STJ. Enquanto este se autointitula como “O Tribunal da Cidadania”, revelando seu foco no indivíduo, o TCU adota a frase “Fiscalização a serviço da sociedade”, a denotar um enfoque nos interesses coletivos.

¹²² O conceito de identidade institucional aqui utilizado inspira-se na abordagem de Michael Rosenfeld sobre a identidade do sujeito constitucional nos Estados Unidos, obra em que o autor analisa diversos aspectos que permitem singularizar em uma identidade única, própria, a forma como se expressa a vivência constitucional naquele país (ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003).

¹²³ ARANHA, op. cit.; COUTO E SILVA, 2013.

Esse mesmo viés é reforçado na definição da missão institucional do Tribunal de Contas: “Controlar a Administração Pública para contribuir com seu aperfeiçoamento *em benefício da sociedade*”¹²⁴.

Nesse mesmo diapasão, o principal indicador de desempenho do TCU é a “relação custo x benefício das ações de controle”¹²⁵, traduzida como o retorno financeiro do Tribunal para os cofres públicos em função de seus processos de fiscalização e de contas¹²⁶, para cada real a ele destinado em seu respectivo orçamento, ou seja, o valor financeiro dos benefícios gerados dividido pelo valor do custo de funcionamento do TCU^{127 128}. Esse indicador será tanto melhor quanto mais houver decisões que reduzam, direta ou indiretamente, a renda ou o patrimônio das pessoas alvejadas pela atuação do Tribunal. Assim, sempre que o TCU aplicar a segurança jurídica para deixar de condenar alguém ou para estabilizar, mediante o princípio da proteção da confiança, um ato gerador de efeitos patrimoniais (p. ex., uma aposentadoria concedida há dez anos) essa decisão irá contra o aludido indicador.

Um outro aspecto não menos importante é a orientação jurisprudencial do TCU no sentido de que o órgão não possui competência para tutelar interesses de particulares, o que direciona o desfecho de seus processos quase sempre pela supremacia do interesse público sobre o particular. Isso está presente em um sem-número de acórdãos do Tribunal¹²⁹, podendo-se citar o Acórdão 950/2007-TCU-Plenário, relatado pelo Ministro Augusto Nardes, cuja ementa bem revela essa orientação jurisprudencial:

Os processos de fiscalização que tramitam neste Tribunal não têm o condão de tutelar interesses individuais, mas sim de proteger interesses públicos primários e secundários, independentemente do

¹²⁴ BRASIL, Tribunal de Contas da União. *Planejamento Estratégico 2011-2015*. Disponível em: http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/planejamento_gestao/planejamento2011/index.html. Acesso em: 19/09/2014.

¹²⁵ Esse indicador é o que figura em primeiro lugar, e com maior destaque, na relação dos principais resultados obtidos pelo TCU em seus relatórios anuais de gestão.

¹²⁶ Em função, por exemplo, de determinações para redução de valores contratuais e de remunerações e proventos de servidores, aposentados e pensionistas, ou de condenações em débitos e aplicação de multas.

¹²⁷ Informação também disponível no “Planejamento Estratégico 2011-2015” (vide nota 124).

¹²⁸ Em 2013, para cada R\$ 1,00 aplicado no TCU, foram gerados R\$ 13,23 em benefícios potenciais (vide nota 118).

¹²⁹ Ac. 79/2005–TCU-Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler; Ac. 257/2011–TCU-Plenário, rel. Min. Aroldo Cedraz; Ac. 3.273/2013-TCU-Plenário, rel. Ministro-substituto André Luís de Carvalho; e outros.

tipo ou origem do processo, de modo que a desistência do particular autor de representação ou denúncia autuada nesta Corte não acarreta, necessariamente, a extinção do feito, ainda que solicitada.¹³⁰

Na mesma linha, o Acórdão 1.426/2003-TCU-Plenário, relatado pelo Ministro Guilherme Palmeira, cuja ementa registra: “ Tutela de direitos subjetivos de servidor ou de particular. Matéria fora da competência do TCU. [...]”¹³¹.

Conclui-se, dessa forma, que o TCU possui uma identidade institucional não direcionada para a proteção dos direitos individuais das pessoas alvejadas por suas decisões, mas dirigida à proteção dos recursos da União e de sua administração indireta, com enfoque preponderante na supremacia do interesse público sobre o particular. Essa constatação amolda-se às conclusões extraídas dos Capítulos 7 e 8, em que se identifica um potencial de melhoria na concretização dos princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica, na atuação do Tribunal de Contas referente à aplicação de sanções, ao registro de atos de pessoal e à restituição de verbas remuneratórias.

¹³⁰ Trecho do sumário do Ac. 950/2007-TCU-Plenário, rel. Min. Augusto Nardes.

¹³¹ Trecho do sumário do Ac. 1.426/2003-TCU-Plenário, rel. Min. Guilherme Palmeira.

6. AUSÊNCIA DE PRAZOS PRESCRICIONAIS NA ATUAÇÃO DO TCU

Uma questão tormentosa quando se fala de segurança jurídica no âmbito de atuação do TCU é a ausência de normas de prescrição em favor dos jurisdicionados.

Conforme adiantou-se na Introdução, essa peculiaridade manifesta-se sob três aspectos:

a) a imprescritibilidade das ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de dano ao erário (§5º do art. 37 da Constituição Federal e Súmula-TCU 282)¹³²;

b) inexistência de normas expressas de prescrição sobre a pretensão punitiva do TCU (julgamento pela irregularidade de contas, multas e demais sanções previstas em lei);

c) ausência de normas expressas de prazo prescricional ou decadencial para a análise dos atos sujeitos a registro pelo TCU (admissões, aposentadorias e pensões).

De plano, convém rememorar, conforme anotado no Capítulo 1, que a prescrição é um dos principais institutos jurídicos para a concretização do princípio da segurança jurídica.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a prescrição (e também a decadência) são institutos voltados à proteção da estabilidade e da segurança jurídica¹³³.

Com efeito, a prescrição deflui da necessidade de estabilizar certos fatos ou relações jurídicas em função do tempo decorrido. Uma das razões para essa estabilização é que a persistência no tempo de uma determinada situação, sem alterações, sedimenta nas pessoas a expectativa de sua continuidade. E tal expectativa, embora não se apoie em uma certeza positiva, induz um estado de conforto espiritual, de acomodação, no ser que vivencia a situação fática

¹³² “§ 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” (BRASIL, 1988).

“As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis.”(Súmula TCU 282 – BRASIL, 2014).

¹³³ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 1070.

temporalmente consolidada. Faz com que o indivíduo deixe de antever a possibilidade de mudança do *status* jurídico que se estabilizou no tempo. No outro polo da relação jurídica, o sujeito legitimado a alterar esse *status* (mediante uma ação judicial ou administrativa) não deve quedar-se inerte, por tempo indefinido, sob pena de perder o direito de agir. É o que se traduz na clássica parêmia latina de que o direito não socorre os que dormem (*dormientibus non succurrit ius*)¹³⁴. É nesse aspecto que o instituto da prescrição radica-se na segurança jurídica.

Nessa linha, a prescrição se faz presente em quase todas as relações jurídicas entre o Estado brasileiro e as pessoas (físicas e jurídicas), compreendendo as esferas fiscal, penal, cível e administrativa¹³⁵. Essa proteção legal impede que as pessoas sofram ações coercitivas, punitivas ou de cobranças extemporâneas intentadas pelo Estado.

Todavia, a ação de controle externo a cargo do TCU, de forma muito peculiar – e estranha à segurança jurídica –, não é contemplada por nenhuma norma específica nesse sentido. Há uma assimetria normativa nesse aspecto, elevando os poderes de controle externo, no que tange à prescrição, a um platô superior ao poder de sanção do Estado em face de ilícitos criminais, tributários, administrativos e civis.

Tal desequilíbrio normativo parece mais evidente quando se considera que o Decreto 20.910/32¹³⁶ impõe ao particular a prescrição quinquenal do direito de ação de cobrança contra a fazenda pública, prazo este que tem sido aplicado também ao Estado com base na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que, nesse ponto, apoia-se no princípio da simetria¹³⁷. Contudo, essa regra não tem alcançado os processos de controle externo – cujos débitos decorrem de atos ilícitos –, em face

¹³⁴ XAVIER, Ronaldo Caldeira. *Latim no Direito*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense. 1997. p. 226.

¹³⁵ Citam-se, como exemplos, os prazos de prescrição estabelecidos no Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), no Código Penal (Decreto-lei 2.848/1940), na Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) e na Lei 9.873/99 (fixa o prazo de cinco anos para a prescrição da ação punitiva, no exercício do poder de polícia, por infrações administrativas); no caso da decadência, a Lei 9.784/99 (que regula o processo administrativo federal) define que decai em cinco anos o direito de revisão de ofício dos atos administrativos (descrito no subitem 2.3 do Capítulo 2).

¹³⁶ “Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.” (BRASIL. Decreto 20.910/32 – estabelece precrição para ações de cobrança de dívidas passivas da União, estados e municípios. 1932. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D20910.htm. Acesso em: 23/09/2014).

da interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal – e seguida pelo TCU – ao disposto no §5º do art. 37 da Constituição Federal, comentado mais adiante.

Quanto ao poder de aplicar multas e outras sanções decorrentes de ilicitudes administrativas, não há normas específicas de prescrição dirigidas ao TCU, o mesmo ocorrendo em relação à competência do Tribunal de Contas¹³⁸ para negar registro a atos de aposentadorias, reformas e pensões.

Em que medida o TCU busca conciliar essa estranha peculiaridade do controle externo com o cânon da segurança jurídica? Essa a pergunta que se busca responder neste capítulo.

6.1. A imprescritibilidade das ações de ressarcimento por prejuízos ao erário decorrentes de atos ilícitos

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o mandado de segurança MS 26.210-DF¹³⁹, em 4/9/2008, considerou a taxatividade da parte final do texto do §5º do art. 37 da Constituição Federal para declarar imprescritível o direito de cobrança, pelo Estado, dos prejuízos a ele causados em virtude de atos ilícitos.

Eis o que dispõe o referido dispositivo: “§ 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*” [grifou-se].

Para fundamentar tal conclusão, o Ministro Ricardo Lewandowski adotou expressamente a interpretação dada ao mencionado dispositivo constitucional por José Afonso da Silva, nos termos do seguinte escólio citado no voto condutor do referido MS 26.210-DF¹⁴⁰:

¹³⁷ REsp 1284645/RS (DJE 10/02/2012), entre muitos outros precedentes.

¹³⁸ Embora haja dezenas de tribunais de contas no Brasil, o uso eventual, na presente dissertação, dos termos “Tribunal de Contas” ou simplesmente “Tribunal”, com iniciais maiúsculas, refere-se ao Tribunal de Contas da União.

¹³⁹ Rel. Min. Ricardo Lewandowski; Julgamento: 04/09/2008; Tribunal Pleno; DJ 10/10/2008. (Ministro Marco Aurélio com voto vencido). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=553769>. Acesso em: 08/09/2014.

¹⁴⁰ Tratou-se de mandado de segurança impetrado contra o Acórdão 2.967/2005-TCU-1ª Câmara (Relator: Ministro Valmir Campelo), de 29/11/2005, em que o Tribunal de Contas da União julgou irregulares as contas especiais de ex-bolsista de doutorado do Conselho Nacional de Pesquisa (CNPq), que, embora tenha concluído o doutoramento, não retornou ao país para aplicar seus conhecimentos, condição exigida na concessão da bolsa. A responsável foi condenada a restituir, atualizado monetariamente e acrescido de juros, o valor histórico de R\$ 167.021,15, recebido em 18/09/2001. A alegação da impetrante que motivou a discussão sobre a imprescritibilidade do débito foi de que incidiria, na espécie, a prescrição quinquenal prevista no Decreto 20.910/32 (comentado

A prescritibilidade, como forma de perda da exigibilidade de direito, pela inércia de seu titular, é um princípio geral do direito. Não será, pois, de estranhar que ocorram prescrições administrativas sob vários aspectos, quer quanto às pretensões de interessados em face da Administração, quer quanto às desta em face de administrados. Assim e especialmente em relação aos ilícitos administrativos. Se a Administração não toma providências à sua apuração e à responsabilidade do agente, a sua inércia gera a perda de o seu *ius persecuendi*. E o princípio que consta do art. 37, § 5º, que dispõe: [...]. Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (*dormientibus no succurrit ius*).¹⁴¹

Interessante notar que, embora o constitucionalista citado pelo Ministro Lewandowski tenha abraçado a interpretação literal da ressalva contida na parte final do §5º do art. 37 da Constituição Federal, o referido doutrinador conclui a análise dessa questão, pontuando que isso representou um “prêmio” para a “Administração inerte”, o que denota um laivo de desaprovação à opção feita pelo constituinte ao criar tal ressalva. Isso está escrito na última frase da parte original do segmento acima reproduzido, não incorporada à citação feita pelo Ministro Lewandowski: “Deu-se assim a Administração inerte o prêmio da imprescritibilidade na hipótese considerada.”¹⁴²

Contra essa tese votou apenas o Ministro Marco Aurélio, que, fazendo preponderar o princípio da segurança jurídica, interpretou a ressalva constitucional no sentido de que ela apenas remeteria à legislação já existente sobre o tema, recepcionada pela Constituição de 1988. Tal dicção foi assim exarada pelo Ministro Marco Aurélio:

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^[143] da Fazenda. E isso homenageia

neste capítulo). Entre as outras razões que fundamentaram a denegação da segurança sobressaiu o fato de que a então bolsista sabia antecipadamente da obrigação de retornar ao país (o que afastaria a boa-fé).

¹⁴¹ Trecho de citação de José Afonso da Silva contido no voto do Ministro Ricardo Lewandowski no MS 26.210-DF (p. 3). Excluiu-se a transcrição do §5º do art. 37 da Constituição, já reproduzido no parágrafo anterior.

¹⁴² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 673.

¹⁴³ Embora essa referência às dívidas “passivas” da Fazenda Pública não tenha sido esclarecida nesse voto do Ministro Marco Aurélio, tudo indica que ele quis fazer referência ao prazo de prescrição

a almejada segurança jurídica: a cicatrização de situações pela passagem do tempo.¹⁴⁴

A exegese vencedora no STF foi acolhida pelo TCU, que a converteu na Súmula 282, publicada em 20/08/2012. O enunciado assim dispõe: “As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis”. Conquanto a matéria tenha sido sumulada pelo TCU somente em 2012, os precedentes que a embasaram remontam a novembro de 2008¹⁴⁵, ou seja, depois do julgamento do precitado MS 26.210-DF, o TCU já começou a alinhar-se ao Pretório Excelso.

Interessante pontuar que a leitura da questão feita pelo Supremo Tribunal Federal parece coincidir com a *mens legislatoris* que norteou a elaboração da Carta de 1988. De acordo com estudo coordenado por André de Carvalho Ramos¹⁴⁶, os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte que culminaram com a Carta de 1988 chegaram a apreciar, no ponto em comento, um substitutivo que continha, entre outras disposições, a seguinte: “§2º São imprescritíveis os ilícitos dos quais resultar prejuízo ao erário.” O referido estudo assinala que essa redação só não foi acolhida expressamente porque a comissão responsável por sua análise teria optado por um texto mais conciso, sendo suficiente, nesse caso, a ressalva contida na parte final do multicitado § 5º do art. 37 da Lei Maior¹⁴⁷.

Embora esse entendimento seja acolhido pela grande maioria dos doutrinadores, há vozes contrárias. Conforme o precitado estudo coordenado por André de Carvalho Ramos, opinam contra a imprescritibilidade (a favor da prescrição): Ada Pellegrini Grinover, Rita Andréa Rehem Almeida Tourinho, Clito Fornaciari Júnior, Elody Nassar, Marcelo Colombelli Mezzomo.

quinquenal previsto no art. 1º do Decreto 20.910/1932, que, conquanto se refira, em seu texto, apenas às dívidas passivas da Fazenda, tem sido estendido pela jurisprudência também às dívidas ativas, ou seja, aquelas cobradas pela Fazenda. Essa dicção baseia-se no princípio da simetria, que veda o tratamento diferenciado, a favor do Estado, que adviria da interpretação literal desse decreto.

¹⁴⁴ Trecho do voto divergente do Ministro Marco Aurélio no julgamento do MS 26.210-DF.

¹⁴⁵ Primeiro precedente utilizado para a Súmula 282: Acórdão 2.709/2008 – TCU – Plenário (Sessão de 26/11/2008). Esse foi o acórdão que uniformizou a jurisprudência do Tribunal sobre o tema, ao abraçar a tese vencedora no MS 26.210-DF.

¹⁴⁶ RAMOS, André de Carvalho (Coord.). *A Imprescritibilidade da Ação de Ressarcimento por Danos ao Erário*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União. 2011. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/linha-editorial/outras-publicacoes/Imprescritibilidade-ebook.pdf>. Acesso em: 10/09/2014. [estudo elaborado com a colaboração de Allan Versiani de Paula, Ana Lúcia Amaral, Sergei Medeiros Araújo e Walter Claudius Rothenburg].

¹⁴⁷ Ibid., p. 16-17.

De um modo geral, esses autores apoiam suas conclusões na ligação do princípio da segurança jurídica com o Estado de Direito, pontuando que, sob tal premissa, a imprescritibilidade só seria admitida nos casos em que isso ficasse claramente expresso no texto constitucional – por exemplo, mediante o uso da palavra “imprescritíveis” ou termo equivalente –, o que não se verificaria na hipótese em foco.

A reforçar o coro dos que não acolhem a tese do STF pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento por danos ao Erário decorrentes de ilícitos, Celso Antônio Bandeira de Mello revela sua mudança de posição quanto ao tema, passando a defender a tese da prescrição. Esse giro de entendimento, segundo o autor, foi motivado por um argumento de Emerson Gabardo, baseado no fato de que a imprescritibilidade, em casos da espécie, implicaria, com o avançar do tempo em relação aos fatos geradores do dano ao erário, um prejuízo ou mesmo uma eliminação do direito de defesa. Tal questão é analisada no próximo subtítulo.

Por outro lado, o mencionado estudo coordenado por André de Carvalho Ramos anota quinze autores que seriam alinhados com a tese majoritária da imprescritibilidade¹⁴⁸.

Outro aspecto digno de nota é que, antes do julgamento do MS 26.210-DF, a jurisprudência do TCU oscilava entre as teses da imprescritibilidade e da prescrição baseada na regra geral do Código Civil¹⁴⁹, sendo esta última a então corrente majoritária.

Durante a vigência do antigo Código Civil, a tese da prescritibilidade adotava o prazo vintenário¹⁵⁰. Com a vigência do novo estatuto, materializado na Lei

¹⁴⁸ José Afonso da Silva, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Sérgio Monteiro Medeiros, Wallace Paiva Martins Júnior, Marcelo Figueiredo, José Adércio Leite Sampaio, José Jairo Gomes, Edilson Pereira Nobre Junior, Waldo Fazzio Junior, Diógenes Gasparini, Celso Bastos, Alexandre de Moraes, Emerson Garcia, Rogério Pacheco Alves e Fábio Medina Osório. Embora o estudo também arrole Celso Antônio Bandeira de Mello entre os defensores da imprescritibilidade, esse autor reviu sua posição, conforme anotado (RAMOS, 2011).

¹⁴⁹ Ac. 78/2005-Plenário, Ac. 78/2005-Plenário, Ac. 486/2001-2ª Câmara, Ac. 08/1997-2ª Câmara, Ac. 11/1998- 2ª Câmara, Ac. 486/2001-2ª Câmara e Ac. 743/2003 - 1ª Câmara, entre outros.

¹⁵⁰ “Art. 177. As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em vinte anos, as reais em dez, entre presentes e entre ausentes, em quinze, contados da data em que poderiam ter sido propostas.” (Lei 3.071/1916, com redação dada pela Lei 2.437/1955).

10.406/2002 (que vigorou a partir de 11/01/2003), esse entendimento passou a considerar o prazo de dez anos¹⁵¹.

Como visto, após o referido pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, o TCU alinhou firmemente sua jurisprudência com a tese da imprescritibilidade, o que culminou com a anotada Súmula 282.

O precedente assentado pelo MS 26.910-DF foi seguido também no âmbito do Supremo Tribunal Federal, contando-se várias decisões nesse sentido¹⁵².

Não obstante, a questão voltou à tona mais recentemente no STF. A despeito da posição vencedora no julgamento do MS 26.910-DF e das decisões que a seguiram, encontra-se pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário 669.069/MG, que trata da mesma questão, reconhecida como de repercussão geral pelo Tribunal Pleno¹⁵³. A natureza ainda controversa da matéria foi assim resumida pelo relator, o Ministro Teori Zavascki:

4. A questão transcende os limites subjetivos da causa, havendo, no plano doutrinário e jurisprudencial, acirrada divergência de entendimentos, fundamentados, basicamente, em três linhas interpretativas: (a) a imprescritibilidade aludida no dispositivo constitucional alcança qualquer tipo de ação de ressarcimento ao erário; (b) a imprescritibilidade alcança apenas as ações por danos ao erário decorrentes de ilícito penal ou de improbidade administrativa; (c) o dispositivo não contém norma apta a consagrar imprescritibilidade alguma. É manifesta, assim, a relevância e a transcendência dessa questão constitucional.¹⁵⁴ [grifou-se].

6.2. Proteção ao direito de ampla defesa - solução alternativa à imprescritibilidade

Não obstante a tese predominante da imprescritibilidade das ações de ressarcimento por danos causados ao Erário, a jurisprudência do TCU – antes mesmo da consolidação do precitado entendimento – já privilegiava, em certa

¹⁵¹ “Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.” (Lei 10.406/2002).

¹⁵² RE 578.428/RS-AgR, Segunda Turma, Relator: Ministro Ayres Britto, DJe 14/11/2011; RE 646.741/RS-AgR, Segunda Turma, Relator: Ministro Gilmar Mendes, DJe 22/10/2012; AI 712.435/SP-AgR, Primeira Turma, Relatora: Ministra Rosa Weber, DJe 12/4/2012; AI 819135 AgR/SP, Primeira Turma, Relator: Ministro Luiz Fux, DJe 19/08/2013.

¹⁵³ “EMENTA: ADMINISTRATIVO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO. AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA RESSALVA FINAL PREVISTA NO ARTIGO 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.” Repercussão geral reconhecida mediante acórdão de 02/08/2013, proferido no RE 669.069/MG (DJe de 26/08/2013).

medida, o princípio da segurança jurídica nos casos de tomadas de contas especiais motivadas por fatos ocorridos há mais de dez anos.

A solução encontrada foi interessante, porquanto o Tribunal de Contas não invocou apenas a segurança jurídica para assim decidir, mas também a garantia constitucional de ampla defesa, inserta no art. 5º, inciso LV¹⁵⁵, da Lei Maior, para considerar que, passados dez anos ou mais dos fatos geradores de uma tomada de contas especial¹⁵⁶, o exercício da ampla defesa pelo responsável fica comprometido, em virtude da dificuldade em obter ou recuperar os documentos probatórios necessários à comprovação da regular aplicação dos recursos públicos questionados.

Essa inteligência foi incorporada às normas internas do Tribunal de Contas da União por meio da Instrução Normativa TCU 56/2007, sucedida pela IN-TCU 72/2012, que, no ponto em questão, assim dispõe:

Art. 6º Salvo determinação em contrário do Tribunal de Contas da União, fica dispensada a instauração da tomada de contas especial, nas seguintes hipóteses:

[...]

II - houver transcorrido prazo superior a dez anos entre a data provável de ocorrência do dano e a primeira notificação dos responsáveis pela autoridade administrativa competente.

O Ministro Ubiratan Aguiar, ao relatar o Acórdão 2.647/2007-TCU-Plenário, que aprovou a versão original da norma em destaque, assim pontuou a relevância da segurança jurídica ao ponto em questão:

47. Por considerar este assunto de suma importância, resolvi incluir esta previsão no projeto substitutivo que apresentei, por entender que representa medida de eficiência e de estrita observância ao princípio da segurança jurídica, estatuído na Constituição Federal,

¹⁵⁴ Trecho da fundamentação adotada pelo Ministro Teori Zavascki no acórdão que declarou a repercussão geral no RE 669.069/MG.

¹⁵⁵ "LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;" (BRASIL,1988).

¹⁵⁶ A tomada de conta especial é um processo específico dos tribunais de contas, sendo assim definido nos termos do art. 8º da Lei 8.443/92 (Lei Orgânica do TCU): "Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, na forma prevista no inciso VII do art. 5º desta lei, da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao erário, a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, deverá imediatamente adotar providências com vistas à instauração da tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano."

com o fito de preservar, estabilizar e harmonizar as relações sociais e jurídicas constituídas no “seio estatal”¹⁵⁷.

No que tange à proteção do direito de ampla defesa, o Relator apoiou-se em precedentes do próprio TCU para incluir esse objetivo entre os fundamentos da aludida norma, quando assim afirmou: “Essa ocorrência [decorso de dez anos ou mais] tem levado o Tribunal a considerar iliquidáveis as contas dos responsáveis, ordenando seu trancamento, em razão do óbice intransponível ao exercício do contraditório e da ampla defesa.”^{158 159}

Embora essa norma interna não obrigue – mas apenas autorize – a dispensa da instauração da TCE na hipótese em comento, a jurisprudência do TCU tem convergido para uma adoção mais generalizada desse procedimento, com algumas exceções¹⁶⁰. E nesse sentido, vale anotar que, na mesma assentada em que aprovou a IN TCU 56/2007, o Tribunal de Contas estendeu a recém-criada norma a todos os processos abertos que se enquadrassem na hipótese descrita¹⁶¹.

De fato, não há como desvincular da ideia de segurança jurídica o longo intervalo de tempo que orienta esse dispositivo (dez anos). Trata-se, aqui, da dimensão de expectativa ou de previsibilidade – elemento nuclear da segurança jurídica – quanto aos efeitos jurídicos das condutas do gestor público, notadamente no que tange à atuação dos órgãos de controle.

Segundo se extrai da experiência comum¹⁶², é alta a probabilidade de que, passados dez anos dos fatos geradores, o agente público não possua mais os

¹⁵⁷ Trecho do voto do Ministro Ubiratan Aguiar no Acórdão 2.647/2007-TCU-Plenário.

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ Nesse sentido: Ac. 2.750/2005, 711/2006, 716/2006 e 1.425/2006, da 1ª Câmara; Ac. 1.849/2005, 2.105/2005, 462/2006 e 637/2006, 64/2007, da 2ª Câmara.

¹⁶⁰ Pelo arquivamento da TCE: Acórdão 938/2012 - 2ª Câmara; Acórdão 1.080/2012 - 2ª Câmara; Acórdão 4.776/2013 - 2ª Câmara; e outros. Precedente contrário ao arquivamento: Acórdão 4.210/2014 - 2ª Câmara (nesse precedente, embora se tratasse da hipótese autorizativa do arquivamento, o Tribunal considerou que, no curso do processo, foram identificados vários documentos que demonstravam a possibilidade de exercício do direito de defesa).

¹⁶¹ “9.2. autorizar, desde logo, o arquivamento dos processos de tomada de contas especial em andamento no âmbito do Tribunal, cujo valor do débito, atualizado monetariamente, seja inferior a R\$ 23.000,00 (vinte e três mil reais), ou que tenha transcorrido dez anos desde o fato gerador, observado o disposto no art. 5º, § 5º, da Instrução Normativa referida no subitem anterior, em atendimento aos princípios da racionalidade administrativa e da economia processual, dando-se ciência ao órgão instaurador e aos responsáveis;” (Acórdão 2.647/2007 – TCU – Plenário – Relator: Ministro Ubiratan Aguiar).

¹⁶² Trata-se, aqui, do conceito emprestado do art. 335 da Lei 5.869/1973 (Código de Processo Civil): “Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as *regras de experiência comum*

documentos necessários ao exercício de sua defesa nem tenha os meios necessários para produzi-los. E porque isso ocorre? Por certo, não é razoável exigir que uma pessoa mantenha consigo, em boa ordem, por mais de dez anos, todos os documentos alusivos a determinado período de gestão pública, na expectativa de que um dia, talvez, algum órgão de controle venha a solicitá-los. Nem há garantia de que as repartições públicas mantenham todas essas peças por período tão longo.

Tal comportamento se justifica porque o decurso de dez anos ou mais sem que os órgãos de controle suscitem dúvidas sobre a regularidade de determinada gestão produz uma justa expectativa nos responsáveis de que seus atos estão regulares.

Esse é o vínculo entre o decurso do tempo e a segurança jurídica nos casos da espécie, ou seja, a expectativa, a previsão, a quase certeza, de que os documentos não serão mais necessários.

Conforme antecipado no subtítulo anterior, análise muito parecida é apresentada por Emerson Gabardo, o que gerou, inclusive, a mudança da posição de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o tema. Nas palavras deste último, seu giro de entendimento decorreu precisamente do argumento de Emerson Gabardo, exposto em congresso havido em 2009, no sentido de que a imprescritibilidade consagraria a “minimização ou eliminação prática do direito de defesa daquele a quem se houvesse increpado dano ao erário, pois ninguém guarda documentação que lhe seria necessária além de um prazo razoável, de regra não demasiadamente longo”¹⁶³. E assim arremata: “Não é crível que a Constituição possa abonar resultados tão radicalmente adversos aos princípios que adota no que concerne ao direito de defesa”¹⁶⁴.

A par disso, as próprias normas administrativas que regem as prestações de contas dos dinheiros públicos geralmente definem períodos para a manutenção dos documentos probatórios. Exemplo disso é o prazo de dez anos fixado na Portaria

subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.”. Segundo Nelson Palaia, “As máximas de experiência são resultantes de observações de um indivíduo sobre vários fatos que tiveram a mesma relação de causa e efeito” (PALAIA, Nelson. O fato notório, a notoriedade do fato e as máximas de experiência. *Jus Navigandi*. 2006, p. 1 Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/8500/o-fato-notorio-a-notoriedade-do-fato-e-as-maximas-de-experiencia#ixzz3CvFi3AuD>. Acesso em: 10/09/2014).

¹⁶³ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 1081.

Conjunta 127/2008 – dos Ministros de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão; da Fazenda; e do Controle e da Transparência (a que se vincula a Controladoria-Geral da União) – para a guarda dos documentos comprobatórios da execução de convênios e termos de parceria com recursos federais¹⁶⁵. Isso reforça a tese da prescritibilidade no caso em comento.

Ainda nesse passo, Bandeira de Mello considera que a interpretação compatível com a segurança jurídica e o direito de defesa que se pode extrair da parte final do §5º do art. 37 da Lei Maior é que o prazo de prescrição para as ações de ressarcimento decorrentes de ilícitos geradores de dano ao erário deve ser distinto daquele definido para a apenação da conduta, ou seja, do ilícito propriamente dito¹⁶⁶. Como se vê, é a mesma dicção sustentada por parte dos autores que dissentem da tese abraçada pelo STF e pelo TCU, conforme anotado no subtítulo anterior.

Bandeira de Mello considera, assim, que os prazos aplicáveis aos casos de dano ao erário devem ser os mesmos para a anulação dos atos viciados, ou seja, cinco anos. Isso quando houver boa-fé. Já no caso de má-fé, o autor propõe o prazo geral do Código Civil, de dez anos¹⁶⁷.

A associação do direito de defesa com o instituto da prescrição e a segurança jurídica também foi consignada pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, ao relatar o Acórdão 1.803/2010-TCU-Plenário, quando assinalou em seu voto que “o prazo prescricional visa proporcionar a segurança das relações jurídicas e, inclusive, permitir o amplo exercício do direito de defesa”¹⁶⁸.

6.3. Ausência de norma expressa sobre prescrição da pretensão punitiva do TCU

O segundo ponto a analisar, no que tange ao tema tratado neste capítulo, é a inexistência de normas expressas sobre prazos de prescrição para o exercício dos

¹⁶⁴ Ibid.

¹⁶⁵ “Art. 3º (...) § 3º O conveniente ou contratado deverá manter os documentos relacionados ao convênio e contrato de repasse pelo prazo de dez anos, contado da data em que foi aprovada a prestação de contas [pelo órgão concedente, não pelo TCU].” (BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e outros. *Portaria Conjunta nº 127/2008*. 2008. Disponível em: <https://www.convenios.gov.br/portal/legislacao>. Acesso em: 23/09/2014.)

¹⁶⁶ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 1081.

¹⁶⁷ Ibid.

¹⁶⁸ Trecho do voto do Ministro Walton Alencar Rodrigues no Acórdão 1.803/2010-TCU-Plenário.

poderes de sanção pelo TCU. Em vista disso, o Tribunal de Contas pode, por exemplo, aplicar multas a gestores públicos em virtude de atos ocorridos há dez, quinze anos ou mais.

Antes de prosseguir, convém lembrar que os poderes de sanção do TCU podem expressar-se por meio das multas previstas nos arts. 57 e 58 da Lei 8.443/92 (Lei Orgânica do TCU), da pena de inabilitação temporária (de cinco a oito anos) para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública, definida no art. 60 da mesma lei, e da declaração de “inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal”, conforme art. 46 da LOTCU.

Em que pese o precitado entendimento contido na IN-TCU 72/2012, quanto à dispensa de TCEs geradas por fatos acontecidos há dez anos ou mais, em respeito à segurança jurídica e ao direito de ampla defesa, essa dicção não tem sido aplicada pelo Tribunal de Contas aos atos irregulares passíveis apenas de multas ou outras sanções, ou seja, que não tenham produzido dano ao Erário.

A matéria tem sido objeto de acirrados debates na Corte de Contas, principalmente em virtude da existência de diversos diplomas legais que, embora não dirigidos ao controle externo, convergem para a utilização do prazo prescricional (ou decadencial¹⁶⁹) de cinco anos nas relações jurídicas entre o poder público e seus jurisdicionados¹⁷⁰.

As discussões jurisprudenciais sobre o tema frequentemente tangenciam a possibilidade da aplicação analógica, aos processos do TCU, da prescrição quinquenal prevista no art. 1º da Lei 9.873/1999¹⁷¹ (dispõe sobre prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal).

¹⁶⁹ No caso do art. 54 da Lei 9.784/1999.

¹⁷⁰ Adota-se, aqui, o conceito amplo de *jurisdicionado*, estendido para além das pessoas sujeitas à atuação do Poder Judiciário, ou seja, a todos sujeitos ao campo de atuação dos órgãos de fiscalização e controle, incluindo as autoridades fazendárias, as agências reguladoras e demais autoridades administrativas com poder de sanção sobre as pessoas sob seu arco de competências. No caso do TCU, embora não se trate de órgão judiciário, mas administrativo, a sua Lei Orgânica (Lei 8.443/92) utiliza expressamente o termo “jurisdição” em várias passagens, com destaque para o seu art 4º: “O Tribunal de Contas da União tem jurisdição própria e privativa, em todo o território nacional, sobre as pessoas e matérias sujeitas à sua competência”. Essa questão é retomada no Capítulo 9.

¹⁷¹ “Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados

Contudo, um dos argumentos adotados pelo TCU para rejeitar essa tese é que tal lei refere-se apenas ao exercício do poder de polícia, hipótese que não se aplicaria aos processos de controle externo. Essa dicção foi claramente assentada no Acórdão 71/2000-TCU-Plenário, cujo voto condutor, do Ministro Bento José Bugarin, expôs os seguintes fundamentos:

Mais recentemente, a Lei nº 9.873, de 23/11/99, estabeleceu o prazo de cinco anos para a prescrição da ação punitiva da Administração Pública Federal, no exercício de poder de polícia.

O Analista, invocando as lições proferidas por renomados doutrinadores, como Maria Sylvia Zanella Di Prieto (Direito Administrativo, 5ª ed., Editora Atlas), destaca que "o fundamento do poder de polícia é o princípio da predominância do interesse público sobre o particular, que dá à Administração posição de supremacia sobre os administrados. A administração tem por incumbência condicionar o exercício daqueles direitos ao bem estar coletivo, e ela o faz usando de seu poder de polícia, ...que é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público".

Assim, as prerrogativas judicantes atribuídas a esta Corte não têm como fundamento o exercício do poder de polícia, mas sim o exercício de atividades de controle externo, de previsão constitucional.¹⁷²

Embora esse aresto seja de 2000, a dicção nele abraçada ecoou na jurisprudência do Tribunal de Contas nos anos seguintes, sendo replicada, por exemplo, no Acórdão 1.214/2010-TCU-Plenário, cujo voto condutor afastou expressamente dos processos de controle externo a prescrição advinda do poder de polícia definida na Lei 9.873/1999.

Em linha semelhante, porém com argumentos de mais amplo alcance, a fundamentação do Acórdão 1.083/2011-TCU-Plenário afastou dos processos de controle externo não apenas a incidência do prazo prescricional da Lei 9.873/1999, como também daqueles fixados em outros diplomas legais que, em tese, poderiam ser invocados por analogia para suprir a lacuna em estudo. Isso é ilustrado na seguinte passagem do voto então apresentado pelo Ministro José Múcio Monteiro, relator do feito:

31. Ao contrário do que alega o recorrente, a jurisprudência do Tribunal não adota o prazo prescricional de cinco anos para extinguir sua pretensão punitiva. A prescrição quinquenal, prevista na Lei 9.873/1999, que regula a ação punitiva movida pela Administração

da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado." (BRASIL, 1999c).

¹⁷² Trecho do voto do Min. Bento José Bugarin no Ac. 71/2000-TCU-Plenário.

Pública Federal, não atinge a atividade judicante desta Corte, cujo fundamento legal tem escopo no exercício do controle externo, constitucionalmente previsto, e não no exercício do poder de polícia.

32. Ademais, também não se aplica ao processo do TCU o prazo decadencial previsto no artigo 54 da Lei 9.784/99, tendo em vista que esta lei não tem aplicação obrigatória no âmbito do Tribunal, que tem seus processos regulados pela Lei 8.443/92, como já decidido pela Corte de Contas quando do Acórdão 2.611/2007 - Plenário.

33. Em adição, conforme entendimento adotado no voto condutor do Acórdão 874/2007 - Primeira Câmara, o Decreto 20.910/32 não se aplica ao processo do TCU, tendo em vista que é aplicado exclusivamente às dívidas passivas da União e, no presente caso, este ente público figura no polo ativo da relação jurídica¹⁷³.

Por outro lado, em outros julgados o Tribunal de Contas chegou a admitir à sua pretensão punitiva a aplicação analógica do prazo prescricional geral de dez anos previsto no art. 205 do Código Civil¹⁷⁴.

Contudo, até a conclusão deste trabalho, o TCU ainda não conseguira pacificar a matéria¹⁷⁵.

A questão chegou a ser objeto de processo específico, referente a representação administrativa formulada pela Consultoria Jurídica do TCU, em que propôs ao Tribunal que passasse a adotar prazo de prescrição para a aplicação de multas em seus processos. O Ministério Público junto ao TCU, representado no feito pelo então Subprocurador-Geral Paulo Soares Bugarin, manifestou-se no sentido de que o Tribunal adotasse o prazo de prescrição decenal previsto no Código Civil Brasileiro, na aplicação de penalidades no exercício do controle externo¹⁷⁶.

Entretanto, o Plenário do TCU acolheu o voto do relator, Ministro Benjamin Zymler, para não conhecer da representação, optando por prosseguir analisando, em cada caso concreto, a possibilidade de incidência de prescrição. Essa decisão foi assim fundamentada, nos termos do voto do relator:

4. Acerca do assunto, entendo que a fixação de entendimento jurídico por este Tribunal no âmbito de uma análise abstrata do ordenamento jurídico deve ser realizada com cautela. Em linha de princípio, julgo que não cabe a esta Corte de Contas dispor sobre

¹⁷³ Extraído do voto do Ministro José Múcio Monteiro que norteou o Ac. 1.083/2011-TCU-Plenário.

¹⁷⁴ Ac. 771/2010-Plenário, Ac. 1.803/2010-Plenário, Ac. 474/2011-Plenário e Ac. 330/2007-1ª Câmara, entre outros.

¹⁷⁵ Ac. 1.463/2013-TCU-Plenário (Relator: Ministro José Múcio Monteiro).

¹⁷⁶ Relatório que integra o Acórdão 1.314/2013-TCU-Plenário (TC 021.540/2010-1; Relator: Ministro Benjamin Zymler).

matéria jurídica em tese, a menos que se trate de apreciação de consulta, de aprovação de atos normativos de competência do TCU, o que não é o caso da representação formulada pela Conjur, ou de assuntos consolidados no âmbito de nossa jurisprudência.

5. Fora dessas hipóteses, compreendo que a fixação da correta exegese de um texto normativo ou do sistema jurídico como um todo, em uma situação abstrata, impede a necessária evolução do Direito calcada na apreciação do ordenamento jurídico, segundo a visão particular de cada Relator em cada situação concreta examinada.

6. Dessa forma, a única providência possível, quanto à matéria trazida em sede de representação, é submeter o judicioso estudo empreendido pela Conjur, com as considerações esposadas pelo Ministério Público, ao conhecimento do Colegiado, de modo a subsidiar o deslinde de futuros processos de controle externo e a evolução da jurisprudência do Tribunal acerca do assunto¹⁷⁷.

Extrai-se, dessas justificativas, que o TCU não quis provocar uma autovinculação de seus julgamentos à fixação taxativa de uma fórmula única de prazo prescricional para o exercício de sua pretensão punitiva.

Em que pese essa conclusão, o Ministro Benjamin Zymler deixou assentes várias considerações reveladoras de sua posição sobre o tema, favorável à aplicação do prazo de prescrição quinquenal sobre a pretensão punitiva do Tribunal, em analogia com as normas legais de prescrição nas relações entre Estado e indivíduos.

Como visto na transcrição, o objetivo expresso do Ministro Benjamin Zymler ao analisar o tema foi subsidiar as futuras decisões do Tribunal, deixando, contudo, que os casos futuros continuassem a ser apreciados “segundo a visão particular de cada Relator em cada situação concreta examinada”¹⁷⁸.

Entende-se, contudo, que essa escolha implica riscos à segurança jurídica dos jurisdicionados, na medida em que permite, em tese, o surgimento de decisões díspares sobre o tema, em colisão com os requisitos de certeza do direito e previsibilidade das decisões, ambos inerentes à segurança jurídica.

Não obstante, em consonância com os objetivos do presente estudo – que incluem a identificação de possibilidades de otimização da segurança jurídica nos processos do TCU –, mostra-se pertinente incorporar, aqui, por sua clareza e

¹⁷⁷ Excerto do voto do Ministro Benjamin Zymler no Acórdão 1.314/2013-TCU-Plenário.

¹⁷⁸ Ibid.

consistência, a exposição de argumentos então apresentada pelo Ministro Benjamin Zymler ao sustentar sua posição sobre o tema:

15. Do exame do conjunto de normas existentes acerca do assunto, observo que prepondera, no microssistema do Direito Público, o prazo prescricional de cinco anos para a imposição de multas de natureza administrativa. Nesse sentido, menciono o Decreto 20.910/1932, para a cobrança de dívidas passivas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a Lei 5.172/1966 (Código Tributário Nacional), para a cobrança de crédito tributário, a Lei 6.838/1980, para a sanção disciplinar de profissional liberal, aplicada por órgão profissional competente, a Lei 8.112/1990, para a ação disciplinar contra servidor público, a Lei 8.429/1992, para as ações destinadas à aplicação das sanções expressas nessa lei, no caso de detentores de cargos e empregos públicos; a Lei 9.873/1999, no caso da pretensão punitiva da Administração no exercício do poder de polícia e a Lei 12.529/2011, para as ações punitivas da administração pública federal, direta e indireta objetivando apurar infrações da ordem econômica.

16. Embora as regras jurídicas listadas refiram-se à matéria distinta da atividade de controle externo, creio que o tratamento uniforme acerca da matéria permite vislumbrar certa tendência do Direito Público no sentido de fixar o prazo prescricional de cinco anos para a aplicação de sanções aos administrados. Por essa primeira razão, parece-me despropositado utilizar a disciplina do Código Civil para extrair a norma jurídica aplicável à prescrição da pretensão punitiva afeta às relações de Direito Público.

[...]

19. Dessa forma, tomando por base os princípios da unidade e coerência do ordenamento jurídico, parece-me que o prazo prescricional de 5 anos para imposição de sanção pelo TCU é a solução mais acertada ante a falta de lei específica.

20. Nesse particular, compreendo que a utilização do instituto da analogia, como técnica de integração de lacunas, requer a busca de textos normativos que disponham sobre fatos similares ao que se busca decidir, o que, diante da noção de unidade e coerência do ordenamento jurídico, impõe a adoção de disposições pertencentes ao mesmo microssistema jurídico da norma a ser editada.

21. Por esse motivo, entendo que a utilização das regras do Código Civil para a definição do prazo prescricional aplicável à sanção aplicada pelo TCU no exercício da atividade de controle externo não constitui procedimento adequado, haja vista a absoluta diferença entre os fatos abarcados pelo espaço de incidência daquela regra jurídica – de natureza eminentemente privada – e os inerentes à relação de direito público travada entre a União e os administrados, no âmbito dos processos do TCU.

22. Evoluindo entendimento anteriormente esposado em outras situações, devo admitir que a falta de disposição legal a respeito do tema na Lei Orgânica do TCU (Lei 8.443/1992) implica extrair-se do próprio Direito Administrativo, dada a sua independência científica, as bases para a integração dessa lacuna, que impacta diretamente o poder sancionador desta Corte de Contas. Seguindo tal raciocínio, penso que se há prazo próprio em ramo autônomo do Direito Público

não há porque se insistir no uso, por meio da analogia, de norma essencialmente disciplinadora das relações jurídicas privadas.

23. Sendo assim, fazendo uso de tal critério de integração, entendo que o prazo prescricional para que o TCU aplique aos responsáveis as sanções previstas em lei deve mesmo ser o de cinco anos, conforme previsto em diversas normas de direito público, a exemplo do art. 23, inciso II, da Lei 8.429/1992, do art. 142, inciso I da Lei 8.112/1990, do art. 1º do Decreto 20.910/1932, do art. 174 do Código Tributário Nacional, do art. 1º da Lei 9.873/1999 e art. 1º da Lei 6.838/1980 e do art. 46 da Lei 12.529/2011.

Essa analogia com as normas típicas do Direito Administrativo, convergentes para a prescrição quinquenal em detrimento da opção pela regra geral dos dez anos fixada no Código Civil, encontra apoio nas lições Celso Antônio Bandeira de Mello, que, inclusive, foram invocadas pelo Ministro Benjamin Zymler no voto referido.

Sobre essa específica questão, Bandeira de Mello, ao enfrentar o tema das pretensões da Administração contra os administrados, anota não haver regra alguma a fixar um prazo prescricional geral para ações judiciais do Poder Público em face dos administrados para ações judiciais do Poder Público em face dos administrados, o que atrairia a analogia com outras normas legais. E tal analogia, prossegue o autor, não poderia dar-se com as regras do Direito Civil, mas sim com as do Direito Público. Veja-se a seguinte passagem:

...parece-nos que o correto não é a analogia com o Direito Civil, visto que, sendo as razões de Direito Público, posto que, sendo as razões que o informam tão profundamente distintas que inspiram as relações de Direito Público, nem mesmo em tema de prescrição caberia buscar inspiração em tal fonte¹⁷⁹.

Nesse diapasão, o citado administrativista também converge para a adoção analógica do prazo quinquenal previsto na maioria das normas sobre prescrição nas relações entre Estado e particulares (e vice-versa), tendo por base os prazos definidos no Decreto 20.910/1932 e nas Leis 4.717/1965, 9.873/1999 e 9.784/1999¹⁸⁰. Sobre esse ponto, Bandeira de Mello assim conclui:

Vê-se, pois, que este prazo de cinco anos é uma constante nas disposições gerais estatuídas em regras de Direito Público, quer quando reportadas ao prazo para o administrado agir, quer quando reportadas ao prazo para a Administração fulminar seus próprios atos. Ademais, salvo disposição legal explícita, não haveria razão

¹⁷⁹ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 1079.

¹⁸⁰ Dec. 20.910/1932 (dívidas passivas do Estado); Lei 4.717/1965 (ação popular); Lei 9.873/99 (sanções decorrentes do poder de polícia), Lei 9.784/1999 (processo administrativo).

prestante para distinguir entre Administração e administrados no que concerne ao prazo ao cabo do qual faleceria o direito de reciprocamente se proporem ações.

Isto posto, estamos em que, *faltando regra específica que disponha de modo diverso*, ressalvada a hipótese de comprovada má-fé [...], o prazo para a Administração proceder judicialmente contra eles [os administrados] é, como regra, de cinco anos [...]. [destaque do autor citado].¹⁸¹

Luís Roberto Barroso também defende o uso da analogia como forma de suprir lacunas na definição de prazos de prescrição o Direito Administrativo. Em artigo específico sobre prescrição administrativa¹⁸², esse autor sustenta que o prazo prescricional de cinco anos já incidia sobre as multas aplicáveis pelo Banco Central do Brasil antes mesmo da publicação da Lei 9.873/1999, que, como visto, positivou esse prazo para as multas decorrentes do poder de polícia da Administração, hipótese em que se encaixa a atuação fiscalizadora do Bacen, nos termos da Lei 4.131/1962¹⁸³, que não definia prazos de prescrição.

Barroso apoia-se na doutrina de Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Diógenes Gasparini, bem como em precedentes jurisprudenciais e em critérios extraídos do direito comparado (França, Itália e sistema anglo-saxão), para concluir que o prazo prescricional da Lei 9.873/1999 foi meramente declaratório, pois, antes mesmo de sua edição, a prescrição quinquenal já constituía regra do Direito Administrativo brasileiro. Demonstra isso citando diversos diplomas legais nesse sentido, parte dos quais já anotados no presente capítulo.

No caso do TCU, poder-se-ia indagar se o uso da analogia por um órgão de controle para autolimitar seu poderes seria consonante com os objetivos colimados em sua missão constitucional que é o exercício do controle externo.

Entende-se que a resposta a essa questão é afirmativa. Isso porque a atuação do TCU – como de qualquer ente público – deve amoldar-se não apenas às leis que o regem, em sentido estrito, mas também ao universo de preceitos

¹⁸¹ BANDEIRA DE MELLO, op. cit, p. 1.080.

¹⁸² BARROSO, Luís Roberto. A Prescrição Administrativa no Direito Brasileiro Antes e Depois da Lei nº 9.873/99. *Revista de Diálogo Jurídico*. Salvador: Centro de Atualização Jurídica. Ano I, vol. I, n. 4, julho/2001. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/dialogo-juridico-04-julho-2001-luis-r-barroso.pdf. Acesso em: 11/09/2014..

¹⁸³ Essa lei, entre outras disposições, define as hipóteses de multas administrativas aplicáveis pelo Banco Central em face de irregularidades em operações cambiais.

constitucionais, nele incluídos os princípios, entre os quais se revela, no caso presente, o da segurança jurídica.

Conforme anotado no subtítulo 2.1 (proteção da confiança e princípio da legalidade), o princípio da legalidade pressupõe a sujeição da Administração não apenas à lei em sentido estrito, mas a todos os princípios jurídicos a ela aplicáveis, razão por que os princípios da legalidade e da segurança jurídica não se opõem, mas se complementam¹⁸⁴. Vale reprimir as já anotadas palavras de Couto e Silva, de que atualmente existe “uma tendência irreprimível a considerar que a Administração Pública está vinculada antes ao Direito do que propriamente à lei”¹⁸⁵.

Isso posto, a ausência de norma específica sobre prescrição nos processos de controle externo não obsta o uso da analogia com normas teleologicamente próximas às características do controle externo para suprir a lacuna.

Bobbio leciona que as lacunas não representam a falta de uma solução, “mas de uma ‘solução satisfatória’, ou, em outras palavras, não a falta de uma norma, mas a falta de uma *norma justa*, isto é, de uma norma que se desejaria que existisse, mas que não existe”¹⁸⁶. A lição demonstra a possibilidade de otimizar-se o princípio da segurança jurídica nos processos de controle externo a partir da aplicação analógica de outras normas sobre prescrição ou decadência aplicáveis ao Estado, em favor das pessoas sujeitas a seus poderes de sanção.

Na hipótese em estudo, a analogia apoia-se em sólido propósito. A concretização do princípio da segurança jurídica nos processos de controle externo. Não é demais recordar que os princípios possuem força normativa, conforme amplamente reconhecido pela doutrina, com destaque para o escólio de Friederich Müller, Ronald Dworkin, Robert Alexy, entre outros doutrinadores¹⁸⁷.

Nesse compasso, registra-se que o prazo quinquenal para a prescrição da pretensão punitiva do TCU foi admitido pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 894.539/PI, de 2009, quando, ao dar provimento parcial a recursos interpostos pela União e pelo Ministério Público Federal contra acórdão do

¹⁸⁴ BANDEIRA DE MELLO, op. cit.; COUTO E SILVA, 2013; VALIM, op. cit..

¹⁸⁵ COUTO E SILVA, *ibid.*, p. 12.

¹⁸⁶ BOBBIO. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad.: Maria Celeste C. J. Santos. 10 ed. Brasília: UnB, 1999, p. 140.

Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que admitira, em processo de tomada de contas especial do TCU, a prescrição das pretensões punitiva e de condenação em débito por dano ao erário, o STJ acolheu a tese da prescrição quinquenal incidente sobre a aplicação de multas pelo TCU, e reafirmou a imprescritibilidade da imputação de débito por dano ao erário. Tal entendimento é revelado na ementa desse acórdão:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. DANO AO ERÁRIO. RESSARCIMENTO. IMPRESCRITIBILIDADE. MULTA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. [...]

1. A pretensão de ressarcimento por prejuízo causado ao Erário é imprescritível. Por decorrência lógica, tampouco prescreve a Tomada de Contas Especial no que tange à identificação dos responsáveis por danos causados ao Erário e à determinação do ressarcimento do prejuízo apurado. Precedente do STF.

2. Diferente solução se aplica ao prazo prescricional para a instauração da Tomada de Contas no que diz respeito à aplicação da multa prevista nos arts. 57 e 58 da Lei 8.443/1992. Em relação à imposição da penalidade, incide, em regra, o prazo quinquenal.

[...]

4. Recursos Especiais parcialmente providos para afastar a prescrição relativamente ao ressarcimento por danos causados ao Erário¹⁸⁸.

Não obstante os argumentos aqui apresentados em favor da utilização, por analogia, de um prazo de prescrição à pretensão punitiva no âmbito do TCU, a matéria ainda não foi pacificada, embora continue sendo objeto de discussões incidentais em outros processos que se seguiram à aludida representação formulada pela Consultoria Jurídica do TCU.

Um dos exemplos atuais é o processo TC 011.101/2003-6, versando sobre tomada de contas especial, em que se discute, incidentalmente, a possibilidade de aplicar-se, no caso concreto, a prescrição da pretensão punitiva do TCU por fatos ocorridos entre sete e dez anos antes da primeira decisão do Tribunal que ordenou a audiência¹⁸⁹ dos responsáveis.

Levado à discussão por mais de uma vez no Plenário do Tribunal, o processo foi objeto de diversos pedidos de vista, em função da ausência de consenso quanto à possibilidade de aplicar, por analogia, a prescrição sobre a pretensão do Tribunal

¹⁸⁷ BONAVIDES, op. cit., p. 276-77.

¹⁸⁸ REsp 894.539/PI, Segunda Turma, Relator: Min. Herman Benjamin, DJe 27/08/2009.

de aplicar multas aos responsáveis. Nas discussões até aqui havidas, alguns ministros revelaram posições contrárias ao uso da prescrição, seja sob a alegação de imprescritibilidade, seja sob o argumento de que se trata de matéria sujeita a reserva legal. Outros sinalizam tendência favorável à prescrição, porém sem convergência quanto ao prazo a adotar: se dez ou cinco anos¹⁹⁰.

Controvérsias semelhantes também estão em debate, igualmente de forma incidental, no processo TC 007.822/2005-4, sobre o qual a Ministra Ana Arraes, no recente Acórdão 3.683/2014-TCU-2ª Câmara, do qual relatora, teceu o seguinte comentário para rejeitar a pretensão do responsável de ver declarada a prescrição da pretensão punitiva do TCU no seu caso:

4. Primeiramente, o recorrente sustentou que teria ocorrido a prescrição para a ação punitiva do TCU. O estabelecimento do prazo prescricional para o exercício da pretensão punitiva desta corte não é questão pacificada. Existem teses favoráveis à imprescritibilidade, à prescrição decenal e à prescrição quinquenal. A questão se encontra em discussão nos autos do TC 007.822/2005-4, com votos divergentes já proferidos. Atualmente, aqueles autos encontram-se no gabinete do ministro Aroldo Cedraz, em decorrência de pedido de vista. Acredita-se que aquele processo poderá ser considerado como o marco a partir do qual o TCU terá consolidado seu entendimento acerca da questão.¹⁹¹

Até a conclusão do presente capítulo, a matéria ainda não havia sido decidida em nenhum dos dois processos, mantendo-se a questão pendente de uniformização jurisprudencial.

Essa delonga na pacificação do tema gera reflexos negativos sobre a segurança dos jurisdicionados, porquanto, a depender do colegiado que julgue seu processo, a prescrição punitiva poderá incidir ou não, ou fazer-se expressar mediante prazos distintos (dez ou cinco anos, a depender da lei invocada por analogia).

¹⁸⁹ A figura formal da “audiência” nos processos de controle externo do TCU representa a intimação do responsável para apresentar defesa (“razões de justificativa”) diante de fatos que podem ensejar-lhe a apenação com multa e outras sanções (cf. art. 12 da Lei 8.443/1992).

¹⁹⁰ A situação desse processo pode ser verificada na página do TCU na Internet. Link: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=2&doc=1&dpp=20&p=0>.

¹⁹¹ Trecho do voto da Ministra Ana Arraes no Ac. 3.683/2014-TCU-2ª Câmara, de 22/07/2014.

6.4. Ausência de prazos prescricionais ou decadenciais aplicáveis aos atos sujeitos a registro (admissões, aposentadorias, reformas e pensões)

Provavelmente a lacuna normativa que impõe os mais graves prejuízos ao princípio da segurança jurídica seja aquela incidente sobre o poder de apreciação, para fins de registro, dos atos de admissão, aposentadorias, reformas e pensões pelo TCU.

O presente estudo concentra-se apenas nos atos de aposentadoria e pensão, por representarem a maioria dos atos apreciados pelo Tribunal de Contas¹⁹².

Tal competência é prevista no art. 71, inciso III, da Constituição Federal, segundo a qual o TCU deve:

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

O rito de apreciação desses atos de pessoal¹⁹³ é, atualmente, definido na IN-TCU 55/2007. Segundo essa norma, após a publicação no Diário Oficial da União do ato de admissão, aposentadoria, reforma militar ou pensão, ele deve ser remetido ao respectivo órgão de controle interno que, após emitir parecer prévio sobre a sua legalidade, encaminha-o ao TCU, para fins de registro. Uma vez no Tribunal de Contas, o ato é apreciado inicialmente pela unidade técnica responsável (Secretaria de Fiscalização de Pessoal – Sefip), seguindo para pronunciamento do Ministério Público junto ao TCU, para, enfim, chegar o processo concluso ao Relator, que o submete ao Colegiado.

¹⁹² Segundo a base de jurisprudência do TCU, disponível na Internet, no ano de 2013 foram proferidos 974 acórdãos referentes a irregularidades em atos de aposentadorias e pensões, e apenas 27 acórdãos relativos a irregularidades em atos de admissões e reformas militares. Fonte: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/PesquisaFormulario>. Acesso em 15/09/2014.

¹⁹³ A expressão “atos de pessoal” é aqui utilizada com forma generalizada para englobar todas as espécies de atos sujeitos a registro. Trata-se de uma expressão comumente utilizada em acórdãos do TCU. A base de jurisprudência do Tribunal informa a existência, apenas em 2014, de 61 acórdãos adotando essa expressão. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ListaDocumentos?qn=10&p=0>. Acesso em 12/09/2014.

Quando o TCU considera existir alguma ilegalidade na concessão, seja a ausência de algum requisito essencial à emissão do próprio ato¹⁹⁴, seja alguma incorreção no cálculo dos vencimentos ou dos proventos, o Tribunal, mediante acórdão, nega-lhe registro e, nos termos do art. 262 do seu Regimento Interno¹⁹⁵, fixa o prazo de quinze dias, a contar da ciência da deliberação, para que o gestor responsável interrompa os pagamentos decorrentes do ato impugnado, sob pena de responsabilidade solidária da autoridade responsável omissa.

Embora a IN-TCU 55/2007 e suas normas precedentes estabeleçam prazos razoáveis para esse fluxo de análises¹⁹⁶, é relativamente frequente que esse iter processual consuma 5, 10, 15 anos até a disponibilização do ato ao TCU.

Conforme consignado em nota do subtítulo 3.2 (direito à razoável duração do processo no TCU), a base de jurisprudência do TCU revela a existência de pelo menos 19 acórdãos, no período de 2012 a agosto de 2014, em que se questiona a legalidade de atos de aposentadoria ou pensão que geravam vantagens há mais de 10 anos à data de sua apreciação pelo Tribunal¹⁹⁷.

Levantamento realizado pela Secretaria de Fiscalização de Pessoal do TCU, incorporado ao voto do Ministro Valmir Campelo ao relatar o Acórdão 587/2011-TCU-Plenário, revela os tempos elevados entre a emissão dos atos e sua apreciação pelo Tribunal de Contas, com destaque para o período entre sua expedição e a remessa ao TCU, que, no caso das aposentadorias, gira em torno de 8 a 9 anos:

¹⁹⁴ Exemplos comuns: admissão sem concurso público, insuficiência do tempo de contribuição previdenciária para implementar o direito à aposentadoria e não atendimento de condições legais para a percepção de pensão.

¹⁹⁵ “Art. 262. Quando o ato de concessão de aposentadoria, reforma ou pensão for considerado ilegal, o órgão de origem fará cessar o pagamento dos proventos ou benefícios no prazo de quinze dias, contados da ciência da decisão do Tribunal, sob pena de responsabilidade solidária da autoridade administrativa omissa.” (RITCU).

¹⁹⁶ Se contabilizados todos os prazos definidos na IN-TCU 55/2007 (arts. 7º, 11 e 12), o ato deveria ser disponibilizado ao TCU em um prazo de até 180 dias, podendo alcançar 300 dias, caso haja diligência do controle interno ao órgão de origem.

¹⁹⁷ Vide nota 97.

Tabela 1: Tempo médio de permanência dos atos sujeitos a registro em cada instância de análise (2009 e 2010).

| Tipo de ato | 2009 | | | 2010 | | |
|-------------------------|-----------|-------|-----------|-----------|-------|-----------|
| | Gestor+CI | Sefip | MP e Gabs | Gestor+CI | Sefip | MP e Gabs |
| Aposentadoria | 3.149 | 131 | 118 | 2.790 | 160 | 102 |
| Pensão civil | 2.602 | 151 | 89 | 2.867 | 155 | 95 |
| Pensão de Ex-Combatente | 953 | 71 | 79 | 1.374 | 99 | 67 |
| Reforma | 2.121 | 33 | 73 | 2.291 | 43 | 76 |
| Pensão Militar | 1.214 | 49 | 84 | 1.367 | 93 | 81 |
| Totais | 2.355 | 86 | 91 | 2.399 | 104 | 87 |

CI: controle interno; Sefip: Secretaria de Fiscalização de Pessoal; MP: Ministério Público junto ao TCU; Gabs: Gabinetes dos Ministros.

Fonte: Secretaria de Fiscalização de Pessoal-TCU; Acórdão 587/2001-TCU-Plenário.

Dessa forma, não é raro que um aposentado, após dez anos ou mais de inatividade, receba uma notificação administrativa para que reassuma seu cargo ou de que parte de seus proventos será reduzida, em virtude da impugnação de seu ato de concessão pelo TCU.

Tais informações revelam a dimensão do prejuízo à segurança jurídica produzido pela ausência de prazos prescricionais ou decadenciais no exercício da competência do TCU de apreciar os atos de pessoal para fins de registro.

No tocante aos atos administrativos ampliativos de direitos incide, como regra geral, o prazo decadencial de cinco anos para que a Administração possa anulá-los. Isso está disposto no art. 54 da Lei Geral do Processo Administrativo (Lei 9.784/1999). Veja-se:

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

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

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

Contudo essa regra não tem alcançado a apreciação de atos sujeitos a registro no âmbito do TCU. Isso porque, apoiado em arestos do STF¹⁹⁸ – a reconhecer que o ato de aposentadoria é complexo e, por isso, somente se aperfeiçoa com o registro pela Corte de Contas – o TCU convergiu sua jurisprudência no sentido de afastar o prazo decadencial da Lei 9.784/1999 dos processos de atos de pessoal sujeitos a registro. Assim foi editada a Súmula-TCU 278, nos seguintes termos:

Os atos de aposentadoria, reforma e pensão têm natureza jurídica de atos complexos, razão pela qual os prazos decadenciais a que se referem o § 2º do art. 260 do Regimento Interno e o art. 54 da Lei nº 9.784/99 começam a fluir a partir do momento em que se aperfeiçoam com a decisão do TCU que os considera legais ou ilegais, respectivamente¹⁹⁹.

O conceito de ato complexo²⁰⁰ foi aplicado aos atos sujeitos a registro sob o argumento de que tais atos são construídos mediante a participação de vários órgãos, sendo aperfeiçoados somente com registro pelo TCU, nos termos da Constituição Federal.

Abre-se um parêntesis, neste ponto, para anotar que, segundo os conceitos adotados por Hely Lopes Meirelles, os atos da espécie, a rigor, seriam compostos, e não complexos. Isso porque, para o referido autor, os atos complexos são aqueles que dependem da conjugação ou do concurso de vontades de dois ou mais órgãos da Administração, ao passo que os atos compostos, embora resultem da “vontade única de um órgão”, dependem da “verificação por parte de outro, para se tornar exequível”²⁰¹.

Enfoque similar é adotado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, segundo a qual os atos compostos seriam gerados não pela união de vontades, como nos atos

¹⁹⁸ RE 195.861 (Rel. Min. Marco Aurélio – 2ª Turma – Dj: 17/10/1997); MS 24.997-8 (Rel. Min. Eros Grau – Pleno – Dj: 01/04/2005); MS 24.958-7 (Rel. Min. Marco Aurélio – Pleno – Dj: 01/04/2005); MS 25.015-1 (Rel. Min. Eros Grau – Pleno – Dj: 01/04/2005); MS 25.192 (Rel. Min. Eros Grau – Pleno – Dj: 06/05/2005); e outros.

¹⁹⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Súmula 278*. 2012. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia>. Acesso em: 23/09/2014.

²⁰⁰ Cf. MS 24.997-8 (Rel. Min. Eros Grau – Pleno – Dj: 01/04/2005) e outros, cuja ementa inclui a seguinte assertiva: “3. O ato de aposentadoria configura ato administrativo complexo, aperfeiçoando-se somente com o registro perante o Tribunal de Contas. Submetido a condição resolutiva, não se operam os efeitos da decadência antes da vontade final da Administração.”

²⁰¹ MEIRELLES, op. cit., p.154-155.

complexos (que formam um único ato), mas pela manifestação sequencial de vontades de dois ou mais órgãos, mediante vários atos que se complementam²⁰².

Não obstante essa ressalva conceitual, a figura do ato composto não é acolhida de forma uniforme pela doutrina, havendo inclusive quem englobe tal espécie na categoria dos atos complexos, como o faz Celso Antônio Bandeira de Mello, que, assim, rejeita a distinção anotada²⁰³. Como visto, essa é a posição adotada pelo STF ao decidir a natureza dos atos sujeitos a registro pelo TCU.

Assentada essa observação, tem-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal converge no sentido de que a decadência prevista no art. 54 da Lei 9.784/1999 não opera no iter entre a publicação do ato sujeito a registro e a sua apreciação colegiada pelo TCU. Somente a partir de então é que tal prazo começaria a fluir.

Essa possibilidade de revisão após o registro do ato está prevista no §2º do art. 260 do Regimento Interno do TCU, que estabelece as seguintes condições:

§ 2º O acórdão que considerar legal o ato e determinar o seu registro não faz coisa julgada administrativa e poderá ser revisto de ofício pelo Tribunal, com a oitiva do Ministério Público e do beneficiário do ato, dentro do prazo de cinco anos da apreciação, se verificado que o ato viola a ordem jurídica, ou a qualquer tempo, no caso de comprovada má-fé.

Dessarte, não há nenhum prazo decadencial nem prescricional para a apreciação original dos atos da espécie pelo TCU, para efeito de seu primeiro registro.

Assim, no que tange à segurança jurídica, o servidor interessado – em tese – somente poderia começar a nutrir a expectativa de ver sua concessão legalmente aperfeiçoada após o respectivo registro pelo TCU.

Ocorre que se trata de uma peculiaridade jurídico-administrativa provavelmente ignorada pela maioria dos interessados, entre os quais se incluem motoristas, auxiliares de serviços, técnicos agrícolas, viúvas, menores pensionistas e outras categorias das quais não parece razoável esperar conhecimento dessa peculiaridade do Direito Administrativo.

²⁰² DI PIETRO, op. cit., p. 214-215.

O procedimento usual para o servidor que deseja aposentar-se é dirigir-se ao setor de recursos humanos da sua repartição e indagar, inicialmente, quando implementará seu direito ou se já implementou²⁰⁴. Se receber resposta positiva, apresenta seu requerimento administrativo e aguarda o deferimento. Dito de outra forma, o interessado confia nas orientações e nos procedimentos adotados pela área de recursos humanos do órgão ou entidade pública em que trabalha. É aí que se finca o princípio da proteção da confiança nos casos do gênero, o qual será analisado no próximo capítulo.

Conforme pontuado no subtítulo 3.2 (direito à razoável duração do processo no TCU), a única norma objetiva, de aplicação obrigatória, que visa a resguardar o respeito à segurança jurídica em virtude da demora na apreciação de atos sujeitos a registro pelo TCU, é o franqueamento do direito de defesa ao interessado, antes do julgamento do respectivo ato. Isso ocorre sempre que ultrapassado o prazo de cinco anos após o ingresso do ato no TCU.

Trata-se de entendimento firmado por meio do Acórdão 587/2011-TCU-Plenário, por força de decisões do Supremo Tribunal Federal, em sede de mandados de segurança contra acórdãos da Corte de Contas²⁰⁵.

Importa esclarecer que, nos termos dos arts. 259 a 263 do Regimento Interno do TCU, a regra geral aplicável aos processos de atos sujeitos a registro é que as concessões sejam apreciadas sem a oitiva prévia dos interessados. A razão disso é que o exame de tais processos possui natureza objetiva, pautada em documentos e informações fornecidos pelo órgão responsável pela emissão original do ato. Nesse sentido, o art. 263 do RITCU impõe, como regra, que a relação entre os interessados nesses atos e o Tribunal de Contas seja feita apenas por intermédio do respectivo órgão de origem²⁰⁶.

²⁰³ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 431-432.

²⁰⁴ Essas orientações são aplicadas, por exemplo, aos próprios servidores do TCU (“Dirija-se ao SGF, preencha e assine o formulário...”), conforme se verifica em sua página na Internet, no link: http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/aposentadoria_pensao/concessao.

²⁰⁵ MS-25.116 e MS-25.403, rel. Min. Ayres Britto; decisões monocráticas de mérito na mesma linha (nos termos do art. 205 do Regimento Interno do STF): MS-25.343 e MS-27.296, rel. Min. Ellen Gracie; entre outros.

²⁰⁶ “Art. 263. O relator ou o Tribunal não conhecerá de requerimento que lhe seja diretamente dirigido por interessado na obtenção de quaisquer benefícios ou vantagens de caráter pessoal, devendo a solicitação ser arquivada após comunicação ao requerente.”

Por outro lado, existe um argumento metajurídico a reforçar a regra da ausência do contraditório nesses processos. Trata-se do risco de inviabilização operacional dessa competência do TCU, em virtude do expressivo número de atos submetidos ao Tribunal para registro. Isso é ilustrado na seguinte passagem do voto do Ministro Marcos Vilaça, ao relatar o Acórdão 3.294/2006-1ª Câmara:

3. No que diz respeito à participação dos beneficiários na fase instrutória que precedeu o acórdão objeto deste reexame, conforme entendimento da Corte Suprema, esposado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no RE n.º 163.301 - AM, em 21/10/1997, qualquer ação dos beneficiários que submetesse o exame da legalidade dos atos sujeitos a registro pelo Tribunal de Contas da União ao exercício do contraditório comprometeria a efetividade do controle externo constitucionalmente delegado a esta Corte. Ademais, segundo farta jurisprudência deste Tribunal, consubstanciada por meio dos Acórdãos n.ºs 509/2005, 2.146/2004, 1.253/2006, da 1ª Câmara, e 194/2005 da 2ª Câmara, não constitui ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório o não-chamamento aos autos dos possíveis beneficiários afetados pelas decisões proferidas por esta Corte administrativa, pela simples razão de que, se assim procedesse, o controle dessas espécies de atos restaria inviabilizado. Sendo assim, o vergastado acórdão não merece reforma quanto a esse ponto²⁰⁷.

O elevado número de atos submetidos ao TCU para fins de registro foi posteriormente confirmado no voto do Ministro Valmir Campelo, ao relatar o precitado Acórdão 587/2011-TCU-Plenário (que assentou o entendimento sobre o contraditório após cinco anos de ingresso no TCU do ato sujeito a registro):

Por oportuno, impende mencionar que, ainda no ano de 2010, o estoque total de atos da Sefip, pendentes de instrução de mérito, foi reduzido de 74.025 em janeiro de 2010 para 58.692 atos em agosto deste ano, com uma produção total de mais de 82.000 atos instruídos, frente uma meta de 65.000 atos até agosto de 2010.

Mantido esse ritmo de produção, ao final de 2010, teremos por volta de 115.000 atos instruídos, sendo que destes, 40.000 serão relativos a atos com data de vigência antiga.

No que se refere ao perfil do estoque de atos na Sefip, dos mais de 57.000 atos em estoque, quase 47.000 entraram no TCU a partir de 2008, ou seja, 80% dos atos em estoque na Sefip possuem menos de 3 anos de idade, sendo, contudo, diversos deles, com vigência antiga.

Desses 57.000 atos em estoque, pouco mais de 8.000 deles entraram no TCU até 31/12/2006. A título de exemplo, dos mais de 66.000 atos que entraram no TCU até agosto de 2010, aproximadamente, 18.000 já estavam com a data de vigência igual ou superior a cinco anos. É dizer que quase 30% dos atos que dão

²⁰⁷ Excerto do voto do Ministro Marcos Vilaça no Acórdão 3.294/2006-TCU-1ª Câmara.

entrada no TCU, por ano, já chegam com o prazo de vigência igual ou superior a cinco anos²⁰⁸.

Em que pese o entendimento firmado no sobredito Acórdão 587/2011-TCU-Plenário, a impugnação de atos sujeitos a registro geralmente decorre de irregularidades de natureza objetiva (a exemplo da contabilização indevida de tempo de serviço ou do não cumprimento de requisitos de idade para a inativação), que raramente podem ser sanadas mediante um procedimento de defesa por parte de um interessado que está inativo ou que recebe sua pensão há cinco anos ou mais. A exceção costuma ocorrer apenas quando o aposentado ou pensionista apresenta ao TCU algum provimento judicial a amparar seu direito. Assim, esse contraditório geralmente não elide as irregularidades identificadas na fase de instrução do processo.

Dessa forma, entende-se aplicável, aqui, o mesmo raciocínio já empregado neste capítulo, no subtítulo 6.2 (proteção ao direito de ampla defesa - solução alternativa à imprescritibilidade), quando se afirmou que a exigência, junto aos interessados, de documentos probatórios relativos a atos ou fatos ocorridos há longo tempo colide não apenas com o princípio da segurança jurídica, mas também com a garantia constitucional de ampla defesa.

Note-se que a coleta de documentos adicionais para sanear o processo, em caso de dúvida quanto a sua legalidade, geralmente é feita mediante a realização prévia de diligências ao órgão responsável pela emissão original do ato. Até porque é a repartição de origem a responsável pela guarda dos assentamentos funcionais dos inativos, incluindo as peças referentes às pensões instituídas.

Isso reforça a relativa inocuidade dessa oportunidade de defesa ao interessado, pois é improvável que ele possua documentos ou informações que já não estejam em poder do órgão de origem.

A par disso, considera-se que uma das possibilidades jurídicas de contemplar a segurança jurídica em casos da espécie é aplicar, também aqui – como se concebeu no subtítulo anterior em relação aos jurisdicionados do TCU –, a analogia com o prazo prescricional de cinco anos, consagrado em diversas normas de

²⁰⁸ Trecho do voto do Ministro Valmir Campelo no Acórdão 587/2011-TCU-Plenário.

regência das relações entre Administração e administrados, em respeito ao princípio da segurança jurídica e à garantia de ampla defesa.

Cumprido observar, contudo, que, dada a natureza complexa do ato sujeito a registro, seria possível objetar essa prescrição sob o argumento de que, se o TCU não apreciá-lo, então o ato nunca se aperfeiçoará. No entanto, esse óbice pode ser superado caso se aplique, também por analogia, a fórmula da homologação pelo decurso do tempo, anotada no Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), ao prever a homologação automática do crédito tributário decorrente de autolancamento após cinco anos, quando não houver dolo, fraude ou simulação²⁰⁹.

Note-se que os aposentados e pensionistas sequer possuem a responsabilidade atribuída aos gestores públicos, de prestar contas aos órgãos de controle e de guardar por tempo razoável os documentos alusivos aos seus períodos de gestão. Tal peculiaridade recomenda, com mais intensidade, o uso da analogia para suprir a lacuna quanto aos prazos de prescrição nesse ramo de atuação do TCU.

Por outro lado, deve-se ponderar que a eventual aplicação analógica de um prazo prescricional à apreciação pelo TCU dos atos sujeitos a registro implicaria a perda de objeto de expressiva quantidade de atos em estoque pendentes de apreciação, conforme visto na tabela 1. Isso pode explicar, ao menos em parte, o fato de o TCU não aplicar aos atos de pessoal a mesma regra de proteção ao direito de ampla defesa que utiliza nos processos de contas (dispensa da instauração ou arquivamento de TCEs motivadas por fatos ocorridos há mais de dez anos), tampouco utilizar, por analogia, o prazo de prescrição quinquenal comumente utilizado na legislação que rege as relações entre Administração e particulares.

6.5. Notas conclusivas

A indefinição de prazos prescricionais no âmbito do TCU prejudica a expressão dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança no controle externo exercido pelo Tribunal.

²⁰⁹ “Art. 150 (...) § 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.” (Lei 5.172/1966 – Código Tributário Nacional).

No que tange aos débitos decorrentes de ilícitos, o TCU segue entendimento do Supremo Tribunal Federal, baseado em uma leitura restritiva da parte final do §5º do art. 37 da Constituição, no sentido de que as respectivas ações de cobrança são imprescritíveis. No entanto, a instrução normativa do Tribunal de Contas sobre tomadas de contas especiais²¹⁰ prevê a dispensa desse processo de contas quando decorridos 10 anos ou mais desde os fatos geradores, por considerar que o direito de ampla defesa fica prejudicado sob tal hipótese. Tal solução amolda-se também ao princípio da segurança jurídica.

Em relação ao poder de sanção do TCU, também não existe nenhuma norma específica que lhe imponha algum prazo de prescrição para punir os jurisdicionados. Conquanto parte expressiva da doutrina convirja para admitir a aplicação analógica, à espécie, do prazo prescricional de 5 anos, por ser de adoção generalizada nas diversas leis que regem o tema na Administração Pública, o TCU ainda não pacificou a matéria, estando o assunto sob discussão. Essa delonga gera reflexos negativos sobre a segurança dos jurisdicionados.

Quanto aos atos sujeitos a registro, a ausência de prazos de prescrição ou decadência também resulta em prejuízos à segurança jurídica dos interessados, embora existam soluções juridicamente plausíveis para a utilização analógica de prazos prescricionais ou outras formas de proteção à segurança jurídica nesse campo de atuação do Tribunal de Contas.

No próximo capítulo, são analisados aspectos referentes ao princípio da proteção da confiança na apreciação de atos de pessoal pelo TCU.

²¹⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Instrução Normativa 72/2012*. Disponível em: http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/normativos/sobre_normativos. Acesso em: 19/09/2014.

7. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA NA APRECIÇÃO DE ATOS DE PESSOAL PELO TCU PARA FINS DE REGISTRO

No capítulo anterior, a relação entre segurança jurídica e atos de pessoal sujeitos a registro foi analisada quanto ao aspecto da ausência de prazos de prescrição (ou decadência) na atuação do TCU. Contudo, algumas questões igualmente importantes sobre essa espécie de processo ainda cobram análise. É o que se apresenta neste capítulo, que enfoca a matéria sob o prisma da proteção da confiança.

A primeira indagação a fazer é em que medida o princípio da proteção da confiança pode ser invocado para estabilizar atos de pessoal que, embora contenham alguma ilegalidade em sua versão original, geram efeitos por longo tempo até o momento de sua apreciação pelo TCU.

As bases doutrinárias do princípio da proteção da confiança foram expostas no Capítulo 2, bastando recordar, aqui, suas principais notas características. Corolário da segurança jurídica, esse princípio fundamenta-se na confiança que o administrado empenha, de boa-fé, nos atos administrativos ampliativos de direitos, tendo em vista a presunção de legitimidade da atuação do poder estatal. Sob tais condições, o efeito prático do princípio da proteção da confiança é a estabilização, com o decorrer do tempo, dos atos administrativos concessivos de direitos, mesmo que, na origem, eles estejam maculados por algum vício de nulidade. Sua relação com a segurança jurídica reside, assim, nos requisitos de “calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos”²¹¹. Alguns autores chegam a afirmar que a proteção da confiança traduz um interesse público subjacente à segurança jurídica nas relações entre Estado e indivíduos²¹².

No caso da atuação do TCU em relação aos atos de pessoal, a incidência do princípio da proteção da confiança ensejaria o registro das concessões que, embora eivadas de alguma irregularidade provocada pelo ente responsável por sua emissão – sem a colaboração consciente do interessado, que deve ter agido de boa-fé –,

²¹¹ CANOTILHO, op. cit., p. 250.

²¹² ARANHA, op. cit.

produzem efeitos jurídicos por um período relativamente longo (5, 10, 15 anos...) até o momento em que o Tribunal aprecia sua legalidade.

7.1. Peculiaridades do rito de emissão do ato sujeito a registro e sua relação com a proteção da confiança

Conforme registrado no capítulo anterior, o procedimento administrativo que culmina com a publicação na imprensa oficial de um ato de aposentadoria ou pensão envolve uma relação de confiança entre a pessoa interessada e o setor de administração de pessoal do órgão ou entidade responsável pelo benefício.

O interessado formula um requerimento e aguarda sua resposta. Em caso positivo, a concessão é expedida mediante ato provisório, o qual é publicado no Diário Oficial da União, quando começa a produzir todos os efeitos jurídicos que dele se espera. No caso, por exemplo, de um ato de aposentadoria, ocorre o desligamento do servidor do quadro funcional do órgão ou entidade em que trabalhava, encerra-se o vínculo jurídico-estatutário com a Administração, o cargo público respectivo é declarado vago e se inicia o período de inatividade, ou seja, o gozo da aposentadoria²¹³. Todos esses eventos constituem atos e fatos administrativos previstos em lei, mais precisamente no Estatuto do Servidor Federal Civil (Lei 8.112/1990).

Tal conjunto de circunstâncias, associado à presunção de legitimidade dos atos administrativos, justifica o elevado grau de confiança que o interessado empenha na regularidade de seu ato de concessão, tão logo autorizado e publicado pelo respectivo órgão ou entidade responsável.

A par disso, é razoável presumir que a grande maioria dos beneficiários desconhece que seu ato de concessão somente se aperfeiçoa com o correspondente registro no Tribunal de Contas, o que reforça a presunção de boa-fé e confiança na legitimidade da concessão.

²¹³ Esses efeitos estão localizados na Lei 8.112/1990, em diversos artigos (ex.: art. 33, VII – vacância do cargo; art. 185, §1º - concessão e manutenção da aposentadoria pelo órgão ou entidade a que se vinculava o servidor quando em atividade; art. 188 – início da vigência após a publicação do ato).

É que a Lei 8.112/1990 não menciona que o ato de aposentadoria ou pensão somente se torna definitivo após seu registro pelo Tribunal de Contas. E essa é a lei que rege a grande maioria dos atos apreciados pelo TCU²¹⁴ ²¹⁵.

Outrossim, o fato de a concessão somente se aperfeiçoar com o registro pelo Tribunal de Contas também não figura expressamente na Constituição Federal nem na Lei Orgânica do TCU (Lei 8.443/1992), que apenas preceituam a necessidade do registro, sem dizer das consequências jurídicas desse ato final. É apenas no Regimento Interno do Tribunal de Contas que figuram as consequências da negativa de registro do ato, mais precisamente em seu art. 262 ²¹⁶.

Destarte, mantida a presunção de boa-fé por parte do beneficiário de determinado ato de aposentadoria ou pensão, o princípio de proteção da confiança encontra todo o substrato fático e jurídico necessário para expressar-se plenamente no momento em que o TCU for apreciá-lo para fins de registro.

7.2. O fator tempo na aplicação do princípio da proteção da confiança

Conforme anotado no Capítulo 6, o tempo médio entre a publicação dos atos de aposentadoria e pensão e suas respectivas apreciações pelo TCU é elevado, girando em torno de 8 a 9 anos nos exercícios de 2009 e 2010, segundo demonstrado na tabela 1 do capítulo antecedente.

Em que pese esse elevado tempo médio de espera até a apreciação dos atos, a jurisprudência do TCU tem aplicado o princípio da proteção da confiança de forma moderada, invocando-o apenas em casos excepcionais.

No que tange ao decurso de tempo entre a publicação da concessão e sua apreciação para fins de registro, o Tribunal de Contas não tem utilizado a proteção da confiança para registrar atos com menos de 10 anos de vigência.

Para atos com até 5 anos, o Tribunal, diante de alguma irregularidade que não tenha sido elidida mediante diligência ao órgão de origem, geralmente nega registro ao ato sem invocar a proteção da confiança. Não obstante, a segurança

²¹⁴ Exceção feita às admissões sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, às admissões sob o regime de contrato de trabalho temporário (Lei 8.745/1993) e às aposentadorias e pensões militares, que não se sujeitam às regras de aposentadorias e pensões previstas na Lei 8.112/90.

²¹⁵ Vide nota 192.

²¹⁶ Vide nota 193.

jurídica é contemplada, em certa medida, com a dispensa da restituição dos valores indevidamente recebidos de boa-fé pelo interessado. Trata-se de uma jurisprudência de longa data, consubstanciada na Súmula-TCU 106, aprovada em 1976, que assim dispõe:

O julgamento, pela ilegalidade, das concessões de reforma, aposentadoria e pensão, não implica por si só a obrigatoriedade da reposição das importâncias já recebidas de boa-fé, até a data do conhecimento da decisão pelo órgão competente.²¹⁷

Note-se que a aplicação desse entendimento sumular independe do tempo decorrido entre a publicação do ato e o acórdão do TCU que nega seu registro. Trata-se de dicção pautada exclusivamente na boa-fé do interessado e no princípio da segurança jurídica, sem tangenciar o princípio da proteção da confiança, até porque o fator tempo é irrelevante para esse procedimento, e o ato não é registrado, sendo apenas dispensada a reposição dos valores recebidos de boa-fé²¹⁸.

No caso dos atos disponibilizados ao Tribunal há mais de 5 anos, o TCU apenas confere ao interessado o direito de defesa, nos termos do Acórdão 587/2011-TCU-Plenário (comentado no subtítulo 6.4 do capítulo anterior). Também aqui não se concretiza a proteção da confiança, haja vista que esse procedimento não garante o registro do ato, apenas suscita uma etapa de defesa prévia do interessado, que, na maioria das vezes, mostra-se inócua, conforme também exposto no Capítulo 6.

De acordo com a jurisprudência majoritária do TCU, é nas concessões com 10 anos ou mais entre sua publicação e a data de apreciação para fins de registro que o Tribunal tem aplicado, eventualmente, o princípio da proteção da confiança para registrar atos com vícios de origem. Esse procedimento é feito apenas em caráter excepcional, mediante critérios relativamente objetivos.

²¹⁷ Súmula-TCU 106, publicada no DOU de 16/12/1976.

²¹⁸ Rememore-se, aqui, o célebre caso da “viúva de Berlim” – marco histórico da origem jurisprudencial do princípio da proteção da confiança – (comentado no Capítulo 2), em que o Tribunal Federal Administrativo alemão não se limitou a dispensar a reposição das quantias indevidamente recebidas pela demandante, mas assegurou a manutenção do benefício pensional a despeito do seu vício original de nulidade.

7.3. O critério do prejuízo insuportável e irreversível ao interessado

A regra geral que domina a jurisprudência do TCU para autorizar o registro de atos irregulares vigentes por longo tempo baseia-se em um juízo de ponderação entre o princípio da legalidade em sentido estrito e o grau de ofensa, no caso concreto, aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, medido pela dimensão dos prejuízos causados ao interessado ante a recusa do registro de seu ato.

A intensidade desse prejuízo, segundo a posição dominante no TCU, somente autoriza o uso da proteção da confiança para estabilizar um ato ilegal, quando a negativa de registro implicar prejuízo insuportável e irreversível ao interessado que recebeu o benefício de boa-fé, comprometendo-lhe os meios de subsistência. Em termos mais precisos, a jurisprudência do Tribunal de Contas tem reconhecido essas condições quando presentes, cumulativamente, as seguintes hipóteses²¹⁹:

- se a negativa de registro ao ato concessório acarretar a supressão total do benefício de aposentadoria ou pensional, e não apenas uma redução de seu valor; e
- no caso de impugnação de aposentadoria por ausência de requisito temporal, quando não for possível ao interessado retornar à atividade para completar o tempo faltante à jubilação, como ocorre, por exemplo, nos casos em que a pessoa ultrapassou a idade limite, de 70 anos, para aposentadoria compulsória²²⁰, ou quando estiver acometida de invalidez para o trabalho.

²¹⁹ Ac. 3.245/2010-TCU-Plenário; Ac. 1.011/2013-TCU-Plenário; Ac. 2.251/2014-TCU-Plenário; Ac. 1.802-2013-TCU-2ª Câmara; Ac. 4.766/2011-TCU-2ª Câmara; Ac. 453/2013-TCU-2ª Câmara; Ac. 3.494/2013-TCU-2ª Câmara; Ac. 1.397/2014-TCU-2ª Câmara; Ac. 5.699/2013-TCU-1ª Câmara; Ac. 4.301/2014-TCU-1ª Câmara; entre outros.

²²⁰ Conforme art. 40, §1º, inciso II, da Constituição Federal: “Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17: (...) II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição; (...)”.

Embora essa dicção esteja presente em diversos acórdãos do TCU²²¹, até recentemente ela suscitava divergências entre os ministros da Corte de Contas, com destaque para a posição do Ministro Raimundo Carreiro, que, por algum tempo, buscou aplicar o princípio da proteção da confiança em sua acepção tradicional, ou seja, baseada apenas nos requisitos de boa-fé e decurso do tempo. Todavia, sua posição foi reiteradamente recusada pelo Colegiado²²², quando, então, passou a seguir, com ressalvas, a posição majoritária.

Esse embate é ilustrado pelo Acórdão 1.802/2013-TCU-Segunda Câmara, em que o Ministro Raimundo Carreiro, relator da matéria, foi vencido pelo voto revisor do Ministro José Jorge, cuja argumentação seguiu a posição majoritária do Tribunal.

O voto do Ministro Raimundo Carreiro propôs, em sede de pedido de reexame²²³, o registro de dois atos de aposentadoria expedidos cerca de 14 anos antes do acórdão recorrido, que considerara os atos irregulares. A ilegalidade que motivou a recusa de registro pela deliberação então recorrida foi a averbação de tempo de serviço rural sem os devidos recolhimentos previdenciários. Quando os atos foram publicados – 1995 –, a jurisprudência do TCU, interpretando as disposições legais da época, admitia esse tipo de averbação sem a contrapartida das contribuições. Tal dicção somente foi alterada em definitivo a partir de 2006²²⁴ (mais de dez anos após a publicação dos atos), quando o Tribunal passou a considerar obrigatório o pagamento das contribuições previdenciárias correspondentes ao tempo de serviço rural, para efeito de averbação de tempo de serviço estatutário. Em vista dessas peculiaridades, o Ministro Raimundo Carreiro ponderou a proteção da confiança e a segurança jurídica não apenas em face da boa-fé dos interessados e do longo tempo de vigência de seus atos, mas também na consonância das concessões com a jurisprudência do TCU à época em que foram

²²¹ No biênio 2013-2014 (até 16/09/2014), foram proferidos pelo TCU mais de 20 acórdãos alinhados com essa linha jurisprudencial, segundo dados extraídos da base de jurisprudência do Tribunal na Internet [Expressão de pesquisa: *(aposent\$ ou pensão).natu. e (segurança jurídica).voto. e (anos).voto. e (excepcional\$).voto. e (prejuízo\$).voto. e (\$/2013 ou \$/2014).idtd.*]. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/corporativo..> Acesso em 16/09/2014.

²²² Ac. 1.811/2012-TCU-2ª Câmara, Ac. 2.727/2012-TCU-2ª Câmara e Ac. 1.802/2013-TCU-2ª Câmara, todos relatados pelo Ministro Raimundo Carreiro, em que ele foi vencido em sua tese sobre a aplicação da proteção da confiança apenas com base na boa-fé e no decurso do tempo.

²²³ Recurso previsto no art. 48 da Lei 8.443/1992.

²²⁴ Fato ocorrido com o advento do Acórdão 740/2006-TCU-Plenário (Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues).

expedidas. Após extensa argumentação, o relator assim concluiu a análise da questão:

...tenho que os atos de concessão dos recorrentes [...] devem ser resguardados a bem da segurança jurídica, por terem sido apreciados pelo Tribunal somente 14 anos depois de suas publicações, e, principalmente, por terem sido expedidos sob o amparo dos arts. 94 e 96 da Lei 8.213/91, nas redações vigentes à época, e em consonância com a jurisprudência que este Tribunal adotava no mesmo período. Outrossim, os fatos narrados reforçam a presunção de boa-fé dos interessados, ao longo desses 14 anos de inatividade.²²⁵

Em que pese essa linha de argumentação amoldar-se ao princípio da proteção da confiança, o Colegiado seguiu a tese divergente, defendida pelo Ministro José Jorge, na condição de revisor, no sentido de aquilatar tão-somente a intensidade do prejuízo aos interessados decorrente da recusa de registro a seus atos de aposentadoria. O voto revisor então apresentado bem resume a posição majoritária do Tribunal de Contas sobre a matéria, apoiada principalmente nos argumentos sustentados pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues no precedente Acórdão 3.245/2010-TCU-Plenário:

7. Quanto à aplicação do princípio da segurança jurídica, a discussão remonta longo tempo. Verifico que o Plenário desta Corte, após evolução jurisprudencial, acolheu voto revisor do Ministro Walton Alencar Rodrigues (Acórdão 3.245/2010) e decidiu que apenas em casos excepcionais, em que a ilegalidade e a negativa de registro do ato de concessão impliquem em comprometimento dos meios de subsistência do beneficiário ou na impossibilidade material do retorno à atividade, é que deverá ser aplicada a tese da segurança jurídica. Assim, as situações deverão ser avaliadas caso a caso.

[...]

14. Propõe o nobre relator [Ministro Raimundo Carreiro] a convalidação das concessões, ante o longo decurso de tempo.

15. Em que pese o respeito ao posicionamento do eminente Relator, creio que aplicação do princípio da segurança jurídica deva ocorrer a partir do exame de cada caso e de seus efeitos, não sendo uma regra geral.

16. Nesse sentido, acompanho tese defendida pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues (Acórdão 1.747/2011-1ª Câmara). [...]

17. No Voto condutor do recente acórdão [1.747/2011-1ª Câmara] assim se posicionou o então Relator, *in verbis*:

"No mérito, deixo de acolher a tese de que o transcurso de tempo entre a emissão do ato concessório e o seu julgamento por este Tribunal autoriza ou convalida atos eivados de vícios, convalidando

²²⁵ Trecho do voto do Ministro-relator Raimundo Carreiro no Acórdão 1.802/2013-TCU-Segunda Câmara.

atos ilegais em legais e permitindo a continuidade de pagamentos absolutamente irregulares.

Em casos especialíssimos, em que a ilegalidade e a negativa de registro do ato de concessão impliquem a total supressão dos meios de subsistência do beneficiário, as teses da segurança jurídica e da proteção da confiança do administrado podem incidir com mais rigor.

[...]

Se da recusa do registro dos atos concessórios resultar a exclusão de parcela dos proventos, ou, apenas, a sua redução, sem drástico comprometimento da sobrevivência dos ex-servidores, deve plenamente prevalecer o princípio da legalidade, observada a dispensa das importâncias indevidamente percebidas de boa fé pelos interessados, nos termos do Enunciado nº 106 da Súmula de Jurisprudência do TCU.

O Enunciado nº 106 da Súmula de Jurisprudência do TCU já alberga a proteção da segurança jurídica do interessado, que não agiu de má-fé no recebimento dos valores indevidos até o julgamento pela ilegalidade e negativa de registro do ato pelo TCU, ao dispensar a restituição, pelo beneficiário, das importâncias até então percebidas.

Por esse motivo, o Tribunal não deve apoiar-se na demora injustificada da apreciação para convolar em legais, de forma indiscriminada, atos ilegais. Esta ação do TCU agrava sobremaneira o déficit da previdência do serviço público, uma vez que as concessões irregulares de aposentadorias transformam-se em futuras pensões e perduram por gerações.

Ademais, admitir o pagamento de parcela ilegal, apenas em razão do longo tempo em que vem sendo paga, seria premiar o servidor que, por algum motivo, teve a análise de seu processo retardada, comparativamente àquele cuja análise do processo foi tempestiva.²²⁶

Essa dicção também foi reforçada no voto proferido pelo Ministro Aroldo Cedraz, ao relatar o Acórdão 4.452/2011-TCU-2ª Câmara:

6.10. Reconheço que, sempre que possível, esta Corte deve procurar resguardar situações fáticas há muito consolidadas. Mas tal procedimento não deve ser adotado de forma indiscriminada ou absoluta, desvinculada das peculiaridades de cada caso concreto e da ponderação com o princípio da legalidade. É necessário também considerar, sempre, a reversibilidade ou não da situação examinada e a monta do prejuízo causado ao interessado, fatores que, em minha opinião, devem ser os principais critérios de aferição do recurso à segurança jurídica.

6.11. Assim, a aplicação do princípio da segurança jurídica em detrimento do princípio da legalidade, no exame de ato de concessão de pensão, reforma ou aposentadoria há muito publicado, deve ocorrer apenas em caso extremo, quando for irreversível a situação fática do interessado ou insuportável o prejuízo a este causado.

²²⁶ Excerto do voto revisor do voto revisor do Min. José Jorge no Ac. 1.802/2013-TCU-2ª Câmara, cujo relator foi o Min. Raimundo Carreiro, o qual foi vencido na ocasião.

Seriam as hipóteses, apenas para citar alguns exemplos, de morte, de ultrapassagem de idade para retorno à atividade, de inviabilidade da subsistência em razão da perda de renda ou da absoluta impossibilidade de preenchimento de algum requisito legal²²⁷.

Extraí-se dessas transcrições que o TCU, ao apreciar atos sujeitos a registro eivados de alguma ilegalidade, porém emitidos há longo tempo, restringe a aplicação do princípio da proteção da confiança a condições bem específicas.

Lógico concluir que o número de atos enquadrados nessas condições mais restritivas da jurisprudência do TCU é relativamente pequeno quando comparado ao universo de atos irregulares vigentes por dez anos ou mais antes da respectiva apreciação pelo TCU.

Cita-se, como exemplo de ato registrado sob essas condições mais restritivas que o TCU adota, o Acórdão 1.263/2014-TCU-Segunda Câmara, relatado pelo Ministro Raimundo Carreiro, em que o Tribunal, em sede de recurso, ordenou o registro de um ato de pensão civil que, apesar de ser considerado irregular, apresentava as seguintes peculiaridades: vigia há 13 anos; possuía um valor inferior a R\$ 1.000,00; beneficiava uma idosa que, à data do acórdão, estava próxima de completar 84 anos; a suspensão do benefício, mesmo que de pequena monta, poderia trazer prejuízos irreparáveis à saúde e a alimentação da idosa; não havia notícias nos autos de que a beneficiária possuísse outra fonte de renda. A par disso, o relator também invocou os artigos 2º e 3º da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto dos Idosos), a estabelecer, respectivamente, que:

Art. 2º. O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Art. 3º. É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.²²⁸

Interessante consignar que, antes de consolidar essa jurisprudência, o TCU chegou a admitir, em alguns julgados, que a presença da boa-fé e a vigência da

²²⁷ Excerto do voto proferido pelo Ministro Aroldo Cedraz, ao relatar o Ac. 4.452/2011-TCU-2ª Câmara.

concessão por dez anos ou mais já seriam causas suficientes a justificar o uso dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança no registro de atos eivados de irregularidades. Exemplo disso é o Acórdão 868/2010-TCU-Plenário, relatado pelo Ministro Augusto Nardes, cujo sumário assim resume a dicção então acolhida, por maioria, pelo Tribunal²²⁹:

Sumário: PESSOAL. APOSENTADORIA CONSOLIDADA. DEFERIMENTO DE UMA APOSENTAÇÃO HÁ MAIS DE 13 ANOS, CONTADOS DA AUTUAÇÃO DE PROCESSO ESPECÍFICO NO ÂMBITO DESTA CORTE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA EM SUA DIMENSÃO SUBJETIVA CONSAGRADA PELO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. PRECEDENTES DO STF E DO TCU. CONSOLIDAÇÃO DE SITUAÇÕES FÁTICAS, IRREGULARES, EM FACE DO LONGO TEMPO TRANSCORRIDO ENTRE A PUBLICAÇÃO DOS ATOS E A APRECIÇÃO POR PARTE DO TCU. MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ATOS CONSIDERADOS LEGAIS. REGISTRO DO ATO. CONSIDERAÇÕES. ANALOGIA AO ART. 5º, § 4º, DA IN TCU Nº 56/2007. ALTERNATIVAS.

1. Constatada em ato concessório de aposentadoria ou de pensão ilegalidade que o macule, mas decorrido longo lapso temporal entre a data de publicação e a sua apreciação por parte do TCU, e desde que o beneficiário não tenha, de alguma maneira, contribuído para a ocorrência, tendo se limitado a agir na esteira da boa-fé, é possível, no caso concreto, a aplicação dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança em favor do interessado a fim de julgar o ato legal e conceder-lhe o registro, objetivando evitar a sua reversão à ativa e/ou redução de seus proventos. [...]

Esse precedente, embora não tenha se firmado na jurisprudência do TCU, invocou um argumento adicional já anotado no subtítulo anterior, que é a aplicação analógica do entendimento do Tribunal que, em respeito ao princípio da segurança jurídica e ao direito de defesa, dispensa a instauração de tomadas de contas especiais quando os fatos geradores ocorrerem há mais de dez anos²³⁰.

Outros julgados nessa mesma linha figuram no voto apresentado pelo Ministro Raimundo Carreiro ao relatar o Acórdão 1.811/2012-TCU-Segunda Câmara (um dos arestos em que a tese em comento foi rejeitada).

²²⁸ Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso).

²²⁹ Vencidos os Ministros Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler e José Jorge.

²³⁰ Trata-se da referência à então vigente IN-TCU 56/2007, citada no sumário do acórdão referido.

...a situação enfocada nos presentes autos amolda-se à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, citada no Relatório, bem como a precedentes desta própria Corte de Contas, a exemplo dos Acórdãos 2.417/2009 [...]; 3.738/2010, 3.764/2010 e 1.420/2011, da Primeira Câmara; e 3.869/2011, 11.145/2011 e 702/2012, da Segunda Câmara, entre outros.²³¹

Ainda no citado Acórdão 1.811/2012-2ª Câmara, o Ministro Carreiro chegou a apoiar-se em precedente do Supremo Tribunal Federal para sustentar sua tese, sendo, contudo, vencido:

6. Essa dicção lastreia-se na recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, em situações da espécie, têm privilegiado a segurança jurídica.

7. Além dos precedentes citados no Relatório, faço remissão ao recente acórdão proferido pelo Tribunal Pleno do STF, de forma unânime, no julgamento do MS 27.185-DF, de 17/2/2010. Nesse *decisum*, o Pretório Excelso adotou o princípio da segurança jurídica para reverter os efeitos do Acórdão nº 188/2008-TCU-1ª Câmara, que negara registro a ato de aposentadoria emitido há longo tempo. O fundamento então adotado para a negativa de registro do ato concessório também foi, como no caso ora reapreciado, a averbação indevida de tempo de serviço como aluno-aprendiz.

8. Oportuno transcrever, em sua parte essencial, o derradeiro argumento utilizado pela Relatora Ministra Carmen Lúcia no Voto condutor daquele julgado, *in verbis*:

"A formalidade e publicidade, que dá validade ao ato, não pode, porém, perdurar por tempo mais do que o razoável, tomado pelo senso comum, esperado do homem médio. A segurança jurídica das relações sociais se mostra fragilizada em face da possibilidade de revisão pela Administração Pública de seus atos quase quatorze anos após a sua prática, período que não pode ser considerado 'razoável' [...]"²³²

Não obstante o citado precedente do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência majoritária do TCU alinhou-se com a dicção preponderante no STF, no sentido de que o decurso de 5 anos ou mais, em casos da espécie, impõe apenas que seja franqueado ao interessado o direito de defesa no processo²³³.

Vê-se, portanto, que, embora o TCU tenha dado alguns passos no sentido de aplicar, em sua plenitude, o princípio da proteção da confiança para registrar atos de pessoal vigentes há dez anos ou mais, a jurisprudência da Corte de Contas consolidou-se no sentido de restringir a incidência desse princípio apenas a casos excepcionais, em que o prejuízo ao interessado seja irreversível e insuportável.

²³¹ Segmento do voto do Ministro Raimundo Carreiro, ao relatar o Ac. 1.811/2012-TCU-2ª Câmara.

²³² *Ibid.*

Na ótica adotada pelo TCU, a proteção da confiança somente justifica o registro do ato irregular, em sobreposição ao princípio da legalidade *stricto sensu*, quando a impugnação da pensão ou da aposentadoria impuser ônus excessivo, insuportável ao interessado, o que soaria desproporcional em relação ao valor jurídico albergado pelo princípio da legalidade.

Sem embargo dessa conclusão, há outras razões relevantes que, ao menos em tese, imporiam a otimização da proteção da confiança em casos da espécie, sem os rigorosos critérios de ponderação utilizados pelo TCU (prejuízo insuportável e irreversível).

A primeira razão – antecipada no Capítulo 3 – decorre do direito constitucional à razoável duração do processo, que, no caso dos beneficiários idosos (que são maioria), é reforçado pela regra contida na Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), de dar tratamento prioritário a processos cujos interessados possuam mais de 60 anos²³⁴. À luz desse direito, não seria razoável que um processo de aposentadoria ou pensão demorasse 10 anos ou mais para ser apreciado pelo TCU.

A segunda é que o registro de um ato de pessoal com base no princípio da proteção da confiança, mesmo que a concessão esteja em desacordo com algum preceito legal, não ofende ao princípio da legalidade em sentido amplo, antes reforça a sua concretização, conforme demonstrado no subtítulo 2.1 (proteção da confiança e princípio da legalidade), com apoio no escólio de Rafael Valim, Celso Antônio Bandeira de Mello e Almiro do Couto e Silva²³⁵. Isso porque a atuação do TCU, como de qualquer órgão público, deve obedecer não apenas às leis e normas regulamentares, mas também à ordem constitucional e aos princípios nela albergados, o que, como visto no Capítulo 1, abrange a segurança jurídica e, reflexamente, a proteção da confiança.

A terceira razão é o impacto relativamente pequeno que seria gerado sobre os cofres públicos pelos eventuais registros de atos irregulares sob o manto da proteção da confiança, caso o TCU aplicasse esse princípio de forma mais ampla. Segundo o Relatório Anual de Atividades do TCU referente ao exercício de 2013, de

²³³ Vide nota 98.

²³⁴ Cf. subtítulo 3.3.

²³⁵ BANDEIRA DE MELLO, op. cit.; COUTO E SILVA, 2013; VALIM, op. cit. (Cf. subtítulo 2.1).

um total de 101.436 atos apreciados pelo Tribunal naquele ano, apenas 1.655 foram considerados ilegais (1,6%)²³⁶. Sob outro ângulo de pesquisa, de um total de 974 acórdãos de pessoal proferidos de forma unitária²³⁷ pelo TCU em 2013, estima-se que apenas 11 enfocaram o tema segurança jurídica em atos emitidos mais de 10 anos antes da sessão de julgamento, seja para aplicar ou para negar a incidência da proteção da confiança²³⁸.

Esse último argumento aplica-se ao caso em estudo, na medida em que a ponderação entre os princípios da legalidade e da proteção da confiança, em situações da espécie, não deve ignorar a assimetria entre os impactos patrimoniais sobre os cofres da União e sobre a renda familiar do indivíduo, quando um ato de aposentadoria ou pensão eficaz há dez anos ou mais é impugnado pelo TCU.

Em suma, verifica-se haver um potencial de incremento da utilização do princípio da proteção da confiança pelo TCU para fins de registro de atos eivados de irregularidade, mas que produzem efeitos por um intervalo de tempo considerável antes de sua apreciação pelo Tribunal.

7.4. O critério do prejuízo insignificante ao princípio da legalidade

Embora esse segundo critério seja menos frequente na jurisprudência do TCU sobre o princípio da proteção da confiança como fundamento para registro de atos irregulares, sua menção é igualmente importante, porquanto revela um enfoque da questão sob prisma inverso do analisado no subtítulo anterior.

Enquanto no critério do dano insuportável e irreversível, o Tribunal faz incidir a proteção da confiança para evitar um prejuízo extremo ao interessado, este segundo caminho de ponderação se expressa quando a irregularidade que incide sobre o ato é ínfima, e, por isso, não justifica, com base no princípio da proporcionalidade, a impugnação integral do ato concessório. É o que ocorre, por exemplo, quando o ato de aposentadoria carece de pequeno intervalo de tempo

²³⁶ Relatório de Atividades do TCU – exercício de 2013.

²³⁷ Os acórdãos proferidos de forma unitária são aqueles que possuem relatório e voto, distinguindo-se daqueles apreciados mediante relação, nos termos do art. 143 do RITCU.

²³⁸ Expressões de pesquisa na base de dados de jurisprudência do TCU: total de acórdãos unitários sobre aposentadorias e pensões em 2013 [(aposent\$ ou pens\$).natu. e (\$/2013).idtd.]; total de acórdãos sobre aposentadorias e pensões em 2013, enfocando, no voto, a questão da segurança jurídica em atos emitidos há mais de 10 anos [(aposent\$ ou pens\$).natu. e (segurança jurídica).voto. e (\$/2013).idtd. e ((mais ou superior ou acima) prox3 (10 ou dez) prox3 anos).voto.]. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/PesquisaLivre>. Acesso em: 16/09/2014.

para a efetiva implementação do direito; quando se questiona parcela remuneratória de valor diminuto; ou quando não se justificam os custos administrativos de eventual retorno do servidor à atividade para completar pequena intervalo de tempo faltante à aposentadoria (o que inclui custos burocráticos e com treinamentos).

Tal critério foi adotado, por exemplo, no Acórdão 6.148/2013-TCU-Primeira Câmara, relatado pelo Ministro Valmir Campelo. Nesse aresto, o Tribunal autorizou o registro de um ato de aposentadoria em que faltavam ao interessado apenas 26 dias para o alcance dos 35 anos de serviço. Em seu voto, o Ministro Valmir Campelo anotou que a solução então abraçada apoiava-se no princípio da segurança jurídica e, ainda, nos princípios da proporcionalidade e da eficiência administrativa, citando diversos precedentes jurisprudenciais do TCU que haviam abraçado tal fórmula²³⁹.

No recente Acórdão 2.435/2014-TCU-Segunda Câmara, relatado pelo Ministro Raimundo Carreiro, essa tese foi acolhida sob o argumento de que o pouco tempo faltante à implementação do requisito temporal para a aposentadoria (58 dias) não justificaria os elevados custos administrativos do retorno do servidor à atividade, porquanto se tratava de policial federal, e, por isso, sua eventual reintegração implicaria elevados custos de treinamento. Esse precedente seguiu a mesma linha esposada no Acórdão 9.721/2011-TCU-2ª Câmara, também relatado pelo Ministro Raimundo Carreiro.

Note-se que esses precedentes não invocam expressamente o princípio da proteção da confiança, anotando mais os princípios da segurança jurídica, da eficiência administrativa e da economicidade. Todavia, seus pressupostos fáticos permitem concluir que a proteção da confiança foi contemplada também, porquanto os respectivos atos, embora contivessem irregularidade quanto ao tempo de serviço, foram enfim registrados, em um autêntico fenômeno de estabilização, típico da segurança jurídica e da proteção da confiança.

²³⁹ Ac. 1.718/2003-2ª Câmara (Relator: Min. Guilherme Palmeira) - faltaram 14 dias; Ac.2.348/2005-2ª Câmara (Min. Walton Alencar Rodrigues) - faltaram 7 dias; Ac.363/2005-1ª Câmara (Min. Valmir Campelo) - faltaram 4 dias; Ac.3.137/2006-1ª Câmara (Min. Valmir Campelo) - faltaram 18 dias; Ac.687/2006 - 1ª Câmara (Min. Marcos Vilaça) - faltaram 105 dias; Ac. 722/2008-2ª Câmara (Min. Aroldo Cedraz) - faltaram 20 dias; Ac. 1.645/2008-2ª Câmara (Min. Aroldo Cedraz) - faltaram 13 dias; Ac. 1.713/2010-2ª Câmara (Min. Augusto Sherman) - faltaram 202 dias; Ac.1.713/2010-2ª Câmara (Min. Augusto Sherman) - faltaram 6 dias; Ac. 1.713/2010-2ª Câmara (Min. Augusto Sherman) - faltaram 256 dias; Ac. 4.765/2011-2ª Câmara (Min. Ubiratan Aguiar) - faltaram 95 dias; Ac.1.083/2012-1ª Câmara (Min. Valmir Campelo) - faltaram 2 dias; Ac. 1.083/2012-1ª Câmara (Min. Valmir Campelo) - faltaram 88 dias.

7.5. Súmula-TCU 74 – aproveitamento do tempo de inatividade entre a publicação do ato e a publicação da EC 20/1998

A proteção da confiança em função do decurso do tempo também é preservada pelo TCU, ao menos em parte, mediante o entendimento assentado na Súmula 74, cujo verbete assim dispõe:

Para efeito apenas de aposentadoria proporcional nos limites mínimos - 30/35 (homem) e 25/30 (mulher) - e não para o de acréscimo por tempo de serviço ou qualquer outra vantagem, admite-se a contagem do período de inatividade, daqueles que tenham adquirido o direito a esse benefício antes da promulgação da Emenda Constitucional 20/98, com o objetivo de suprir lacuna deixada pela exclusão de tempo de serviço não computável em face da lei e o de evitar a reversão à atividade de antigos servidores, cujas concessões foram tardiamente submetidas a exame e julgamento do Tribunal de Contas da União.²⁴⁰

Esse entendimento mitiga os efeitos negativos do retardamento na apreciação do ato sujeito a registro, porém só se aplica a quem se aposentou antes da Emenda Constitucional 20/1998, ou seja, há cerca de 16 anos ou mais. Dessa forma, sua eficácia tende a diluir-se com o tempo, o que torna esse verbete progressivamente menos efetivo para garantir a proteção da confiança na jurisprudência do TCU.

7.6. Modificações de jurisprudência e proteção da confiança

Outro aspecto relevante ao princípio da proteção da confiança na apreciação dos atos de pessoal pelo TCU é o reflexo das mudanças de entendimento do próprio Tribunal sobre dada matéria que eventualmente implicam a negativa de registro a atos que, à data de sua publicação, encontravam amparo na jurisprudência anterior.

Sobre essa questão, o Tribunal de Contas não possui uma conduta uniforme. Há casos em que a segurança jurídica e a proteção da confiança são preservadas, respeitando-se a jurisprudência vigente à época da concessão. Também existem precedentes em que a Corte de Contas passou ao largo do princípio da irretroatividade das normas e interpretações restritivas de direitos, cujas bases doutrinárias foram apresentadas no Capítulo 4.

²⁴⁰ Súmula-TCU 74, aprovada originalmente em 1976 e atualizada em 25/07/2012, em face da Emenda Constitucional 20/1998, que passou a exigir o tempo de contribuição, e não “de serviço”, para fins de aposentadoria. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Súmula 74*. 2012. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia>. Acesso em: 23/09/2014.)

Na primeira hipótese, consonante com a proteção da confiança, tem-se o paradigmático exemplo do Acórdão 2.076/2005-TCU-Plenário. Nesse aresto, o Tribunal limitou expressamente os efeitos de um novo entendimento jurisprudencial, que passara a considerar ilegal uma vantagem pecuniária antes amparada em sua jurisprudência, apenas aos atos publicados na imprensa oficial posteriormente à publicação da decisão inaugural do novo entendimento. Esse precedente é melhor analisado no Capítulo 9, que trata do ativismo jurisprudencial no TCU e seus efeitos sobre a segurança jurídica.

Fórmula similar também foi adotada no Acórdão 2.595/2009-TCU-Plenário, relatado pelo Ministro Raimundo Carreiro. Tratou-se de representação formulada pelo Ministério Público junto ao TCU, para que o Tribunal procedesse, nos termos do art. 260, §2º, do RITCU²⁴¹, à revisão de ofício de acórdão que ordenara o registro de ato de aposentadoria sob o amparo de jurisprudência posteriormente modificada.

A dicção questionada referia-se a já comentada possibilidade de averbação de tempo de serviço rural para fins de aposentadoria sem os correspondentes recolhimentos previdenciários. O ato em questão, quando publicado, amoldava-se à jurisprudência do TCU, assentada em duas decisões proferidas em sede de consulta, que, por isso, tinham caráter normativo. Essa jurisprudência somente foi alterada em definitivo por meio dos Acórdãos 740/2006 e 1.893/2006, ambos do Plenário, que passou a exigir as contribuições previdenciárias para a utilização de tempo de serviço rural em aposentadorias estatutárias federais. No caso em análise, o ato foi registrado mediante o Acórdão 543/2005-TCU-2ª Câmara, anterior ao giro de entendimento do Tribunal.

Ao expor seus argumentos, o Ministro Raimundo Carreiro deixou assente alguns aspectos relevantes da matéria, cabendo destacar as seguintes passagens de seu voto, que calham bem aos propósitos deste capítulo:

6. [...] compreendo que essa nova interpretação da matéria, adotada de forma mais uniforme pelo Tribunal apenas a partir de 2006 (Acórdãos 740/2006 e 1.893/2006, do Plenário), não deve retroagir para impor a revisão de julgamentos proferidos sob a égide

²⁴¹ “§ 2º O acórdão que considerar legal o ato e determinar o seu registro não faz coisa julgada administrativa e poderá ser revisto de ofício pelo Tribunal, com a oitiva do Ministério Público e do beneficiário do ato, dentro do prazo de cinco anos da apreciação, se verificado que o ato viola a ordem jurídica, ou a qualquer tempo, no caso de comprovada má-fé.” (Art. 260, §2º, RITCU).

do entendimento anterior, somente se aplicando às deliberações futuras.

7. Para tanto, enumero diversos argumentos.

8. Primeiramente, cumpre reconhecer que houve uma clara mudança de orientação jurisprudencial. À época em que proferido o Acórdão 543/2005-2ª Câmara, predominava outra inteligência, apoiada em deliberações paradigmáticas, a exemplo das Decisões nº 663/1997 – Plenário, que tratou de Representação formulada pela Secretaria de Controle Interno deste Tribunal, e nº 841/1997 – Plenário, versando sobre Consulta formulada pelo Presidente do Superior Tribunal Militar, esta, portanto, de caráter normativo. [...]

[...]

10. Assentada essa premissa – de que houve, em verdade, uma mudança jurisprudencial –, cumpre indagar se esse fato autoriza a modificação *ex officio* dos acórdãos proferidos à luz do entendimento anterior. Entendo que não.

11. O primeiro argumento deflui do Direito Positivo. A Lei 9.784/99, em seu artigo 2º, parágrafo único, inciso XIII, veda expressamente à Administração Pública, nos processos administrativos, a aplicação retroativa de nova interpretação, *verbis*:

“Art. 2º. [...]

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

[...]

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.” (destaque do autor do voto).

12. Note-se que a Lei Geral do Processo Administrativo tem aplicação subsidiária às normas específicas que regem a atuação desta Casa. Nesse sentido: art. 69 da lei citada; Decisão 1.020/2000-TCU-Plenário; Acórdãos 680/2005, 453/2004 e 1.880/2006 - TCU-Plenário; MS-23.550/DF (DJ 31/10/2001) e MS-24.519/DF (DJ 2/12/2005), do E. STF.

13. Importante ressaltar que a norma referida não afasta, em absoluto, a possibilidade de revisão de ofício das deliberações relativas aos atos sujeitos a registro, prevista no art. 260, § 2º, do nosso Regimento. Apenas restringe-lhe o alcance. O texto do dispositivo é claro ao delimitar essa possibilidade às hipóteses em que restar comprovada a ocorrência de má-fé ou em que for “verificado que o ato viola a ordem jurídica”. Interessa à tese em debate a segunda hipótese. Essa violação à ordem jurídica deve ser entendida como *um fato reconhecido posteriormente à deliberação original, que, mesmo à luz da jurisprudência então existente, representaria uma violação da ordem legal, impedindo o registro do ato.*

14. Essa inteligência também se ampara na doutrina. Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona que:

“A segurança jurídica tem muita relação com a ideia de respeito à boa-fé. Se a Administração adotou determinada interpretação como a correta e a aplicou a casos concretos, não pode depois vir a anular atos anteriores, sob o pretexto de que os mesmos foram praticados com base em errônea interpretação. Se o administrado teve reconhecido determinado direito com base em interpretação adotada em caráter uniforme para toda a Administração, é

evidente que a sua boa-fé deve ser respeitada. Se a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por respeito ao princípio da segurança jurídica, não é admissível que o administrado tenha seus direitos flutuando ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo.”

“Isto não significa que a interpretação da lei não possa mudar; ela frequentemente muda como decorrência e imposição da própria evolução do direito. O que não é possível é fazê-la retroagir a casos já decididos com base em interpretação anterior, considerada válida diante das circunstâncias do momento em que foi adotada.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. “Direito Administrativo”, Atlas. 12ª ed., 2000, p. 85).

15. Sob esse prisma, importa registrar que, no caso em exame, tem-se um ato expedido há mais de treze anos, em 28/6/1995 (fl. 17), antes, portanto, da edição da Medida Provisória 1.523/96, acompanhado da devida confirmação do INSS quanto à legitimidade da correspondente certidão de tempo de serviço rural (fl. 60), tudo de conformidade com o entendimento então preconizado, de forma cristalina, nas Decisões Plenárias nº 663/1997 e nº 841/1997.

[...]

21. No caso em tela, é bom salientar, estou a defender apenas que não se revise, de ofício, os atos já apreciados e registrados antes do Acórdão 740/2006-Plenário. Tais registros foram determinados de forma legítima por este Tribunal, i.e., de conformidade com suas atribuições constitucionais e à luz da interpretação que se dava, à época, para a matéria. Do contrário, restaria configurada uma grave afronta ao princípio da segurança jurídica, pois se admitiria a hipótese de qualquer ato vir a ser reexaminado pelo Tribunal sempre que se modificasse a jurisprudência sobre o tema. Nesse sentido, reitero que o ato sob exame foi apreciado em consonância com uma jurisprudência nitidamente delineada na ocasião, inclusive em sede de consulta – que possui caráter normativo –, não se podendo falar, portanto, em erro do julgamento anterior, tampouco da ocorrência de má-fé (hipóteses que, aí sim, justificariam a revisão do aresto). [grifos do original]

[...]

26. Em suma, o objetivo deste Voto é reafirmar a correção jurídica, no respectivo contexto, do Acórdão 543/2005-2ª.Câmara.

27. Dessarte, peço vênias à Unidade Técnica e ao Ministério Público especializado, propugnando por manter o registro do ato em apreço, tendo em vista não estarem presentes as hipóteses previstas no §2º do art. 260 do Regimento Interno deste Tribunal.

28. Por fim, não obstante compreender que a matéria em debate deva ser objeto de entendimento formal desta Corte de Contas – fixado em acórdão ou em súmula de jurisprudência –, como o objetivo de delimitar melhor as hipóteses de revisão de ofício previstas no §2º do art. 260 do Regimento Interno deste Tribunal, deixo de propor tal medida, nesta assentada, por entender necessário que antes se consolide a jurisprudência sobre o tema.

O TCU acolheu, por maioria, esses argumentos e considerou improcedente a representação, mantendo o acórdão que ordenou o registro do ato amparado pela jurisprudência anterior.

Esse precedente reafirmou a incidência, no TCU, da irretroatividade das interpretações restritivas de direito – inclusive apoiando-se na norma expressa no art. 2º da Lei 9.784/1999 –, porém o fez apenas em relação a atos já registrados, diferentemente do ocorrido no exemplo anterior – Acórdão 2.076/2005-TCU-Plenário – em que o Tribunal preservou os atos não registrados, mas publicados antes da vigência do novo entendimento.

Caminho semelhante também foi trilhado em relação aos efeitos da Decisão²⁴² 595/2001-TCU-Plenário, quando o Tribunal, ao reinterpretar, de forma restritiva, as normas relativas à concessão de aposentadoria estatutária a detentores de cargos comissionados sem vínculo efetivo com a Administração, tornou expressamente sem efeito as decisões anteriores que contrariavam a nova dicção, assentando que “não se admite, em nenhum caso, a concessão de aposentadoria estatutária a servidor, ocupante de cargo em comissão, sem vínculo efetivo com a Administração Pública”. Posteriormente, mediante o Acórdão 321/2003-TCU-Plenário, relatado pelo Ministro Ubiratan Aguiar, o Tribunal considerou legal a aposentadoria estatutária de comissionado sem vínculo, porque editada anteriormente à referida precitada Decisão Plenária 595/2001, o que revelou aderência ao princípio da não retroatividade.

Importa frisar que essa dicção coaduna-se não apenas com o princípio da segurança jurídica, mas também com a proteção da confiança. Isso porque, se a confiança reside na presunção de legitimidade do ato administrativo – que concede, ainda que provisoriamente, a aposentadoria –, ela se afirma com mais intensidade quando o ato é expedido sob o amparo de uma jurisprudência vigente à época. Nesse caso, não se trata apenas da confiança do servidor no ato da administração que concede a aposentadoria, mas também – e principalmente – no crédito depositado na jurisprudência do TCU, que, com mais razão, por ser um órgão de

²⁴² Até 2002, as decisões definitivas do TCU em sede de controle externo que não impunham multa e que não se referiam a julgamentos de contas eram denominadas “decisões”. A adoção da denominação única de acórdão ocorreu a partir da Portaria-TCU 42/2003.

controle e detentor de competência normativa, tem suas decisões dotadas de presunção de legitimidade.

Não obstante esses precedentes – que mostram plena consonância com a proteção da confiança –, o Tribunal de Contas tem proferido acórdãos em desacordo com essa dicção, principalmente no que tange aos atos com averbação de tempo de serviço rural sem as devidas contribuições previdenciárias. Nesses casos, o Tribunal tem considerado irrelevante se a publicação do ato ocorreu ao amparo da jurisprudência anterior, negando registro a atos que, em tese, deveriam estar amparados pela proteção da confiança.

É o que ocorreu, por exemplo, no Acórdão 4.452/2011-TCU-Segunda Câmara, em que o Ministro Raimundo Carreiro, em voto revisor, defendeu o registro de ato aposentadoria com base na segurança jurídica, por considerar que a sua publicação no Diário Oficial da União ocorreu sob o manto de jurisprudência que o amparava à época, referente à possibilidade de cômputo de tempo de serviço rural sem as correspondentes contribuições. Contudo, o Colegiado rejeitou essa tese e, por maioria, negou registro à concessão com base na jurisprudência mais recente do TCU. A concessão vigia há mais de dez anos quando foi impugnada.

Outro caso relevante é a mudança jurisprudencial inaugurada, em decisão não unânime²⁴³, com o Acórdão 2.515/2011-TCU-Plenário, relatado pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, a partir do qual o TCU passou a considerar que o art. 5º da Lei 9.717/1998 derogou do regime próprio de previdência dos servidores públicos da União as categorias de pensão civil destinadas a filho emancipado e não inválido, a irmão emancipado e não inválido, a menor sob guarda e a pessoa designada, previstas nas alíneas "a", "b", "c" e "d", respectivamente, todos do inciso II do art. 217 da Lei 8.112/1990.

Essa mudança de entendimento resultou da interpretação combinada dos efeitos do art. 2º da Lei 9.528/1997²⁴⁴ com as disposições do art. 5º da Lei

²⁴³ Vencidos os Ministros Aroldo Cedraz e Raimundo Carreiro.

²⁴⁴ Esse artigo excluiu do texto do §2º do art. 16 da Lei 8.213/1991 a expressão “o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda”, que passou a não figurar mais de forma expressa no rol de beneficiários do Regime Geral de Previdência.

9.717/1998²⁴⁵. A lei de 1997 alterou o art. 16, §2º, da Lei 8.213/1991, excluindo do rol de beneficiários do regime geral de previdência a figura do menor sob guarda judicial. Já a lei de 1998 definiu que o regime próprio de previdência dos servidores estatutários da União não poderia conceder “benefícios distintos dos previstos” no regime geral de previdência. Dessa forma, segundo essa nova dicção, todas as categorias de pensionistas constantes no art. 217 da Lei 8.112/1990, incluindo os menores sob guarda, que não fossem também contempladas expressamente na Lei 8.213/1990, tiveram esse direito derogado por força da Lei 9.717/1998. No caso dos menores sob guarda, apenas aqueles cujas pensões foram instituídas antes da Lei 9.528/1997 possuiriam tal direito.

Esse entendimento foi levado novamente à discussão no Acórdão 2.875/2012-TCU-Plenário, relatado pelo Ministro Raimundo Carreiro, ocasião em que, também por maioria²⁴⁶, o Tribunal ratificou a dicção assentada no Acórdão 2.515/2011-TCU-Plenário.

Até o advento do Acórdão 2.515/2011-TCU-Plenário, o TCU exigia apenas a prova de dependência econômica do menor em relação ao instituidor para autorizar o registro da respectiva pensão, independentemente da data em que instituída.

Contudo, após a referida decisão, o Tribunal passou a aplicar a nova exegese a todos os atos instituídos após a Lei 9.717/1998, mesmo para aqueles publicados antes da aludida modificação jurisprudencial²⁴⁷. Ressalte-se que, conforme demonstrado no Capítulo 6, o tempo médio de apreciação de atos de aposentadoria e pensão pelo TCU, desde a sua publicação, é relativamente elevado (entre 8 e 9 anos, em números de 2009 e 2010), o que permite concluir pela existência de um número considerável de atos publicados antes do referido Acórdão 2.515/2011 e apreciados posteriormente a essa decisão.

²⁴⁵ “Art. 5º Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social, de que trata a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal.”

²⁴⁶ Vencidos os Ministros Augusto Nardes, Aroldo Cedraz e Raimundo Carreiro (relator).

²⁴⁷ Em 2013, o TCU proferiu 240 acórdãos enfocando pensões a menores sob guarda, entre os quais não foi possível identificar nenhum caso em que o Tribunal tenha aplicado a irretroatividade da interpretação restritiva para registrar os atos publicados antes do Acórdão 2.515/2011-Plenário. (Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/PesquisaFormulario>. Acesso em 17/09/2014.).

Por outro lado, é possível que dois atos de pensão a menor sob guarda decorrentes de óbitos posteriores à Lei 9.717/1998, que tenham sido publicados na mesma edição do DOU, tenham julgamentos distintos. Bastaria, para tanto, que um fosse apreciado antes da publicação do Acórdão 2.515/2011-TCU-Plenário, quando, então, seria passível de registro, e o outro apreciado após a citada decisão, hipótese em que teria seu registro negado. Tem-se, aqui, uma colisão com os princípios da isonomia, da segurança jurídica e da proteção da confiança, em virtude da aplicação retroativa de uma interpretação restritiva de direito.

O caso em estudo apresenta um aspecto peculiar que agrava o risco para a segurança jurídica dos pensionistas alvejados pelo Acórdão 2.515/2011-TCU-Plenário.

É que a matéria está sob discussão no Supremo Tribunal Federal, em virtude de duas ações diretas de inconstitucionalidade contra a supressão do direito previdenciário dos menores sob guarda que teria sido gerada pela Lei 9.717/1998²⁴⁸.

Paralelamente à proposição dessas duas ações constitucionais, sobrevieram diversas decisões liminares e de mérito no âmbito do STF, proferidas em mandados de segurança impetrados contra acórdãos do TCU baseados na dicção do multicitado Acórdão 2.515/2011. Essas decisões foram contrárias ao novo entendimento do TCU²⁴⁹, sendo convergentes no sentido da inconstitucionalidade da

²⁴⁸ ADI 4878-DF (Relator Ministro Gilmar Mendes) - autor: Procurador-Geral da República - pedido: "...para que se confira ao §2º do art. 16 da Lei 8.213/91, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.528/97, interpretação conforme a Constituição, assim entendida aquela que inclui, em seu âmbito de incidência, os menores sob guarda", com base no art. 227, §3º, da Constituição. – rito sumário (pendente de julgamento; com parecer favorável do PGR, em 1º/3/2013).. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>. Acesso em: 17/09/2014. ADI 5083-DF (Relator Ministro Dias Toffoli) – autor: Conselho Federal da OAB – pedido: “em face do art. 2º da Lei Federal nº 9.528/97, no que toca à alteração realizada no § 2º do art. 16 da Lei Federal nº 8.213/91”. Argumento: a supressão do direito previdenciário do menor sob guarda viola os princípios do Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF); da dignidade da pessoa humana (art. 3º, III,CF); da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, CF); da segurança jurídica (art. 5º, caput, CF); da proteção integral da criança e do adolescente como medida protetiva de direitos previdenciários (art. 22, § 3º, II, CF); e da proteção da confiança, como elemento nuclear do Estado de Direito.– Rito sumário (pendente de julgamento de mérito). – vista à PGR. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>. Acesso em: 17/09/2014.

²⁴⁹ Decisões de mérito: MS 31.703 MC/PA, rel. Min. Luiz Fux. 8/8/2013. DJ 10/10/2013 (monocrática, mas foi de mérito, por considerar a matéria já pacificada no STF); MS 31.687 AgR/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 11/03/2014, DJ 3/4/2014; MS 31.934 AgR/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 27/05/2014. DJ 1/7/2014; MS 31.658 MC-AgR/AM, rel. Min. Celso de Mello, 19/02/2014. DJ 25/2/2014 (idem MS 31.703 MC/PA - monocrática); MS 31.679 MC-AgR/DF, rel. Min. Celso de Mello, 18/02/2014. DJ de 21/2/2014 (idem MS 31.703 MC/PA - monocrática); MS 32.102-MC/DF, rel. Min. Celso de Mello, 3/2/2014. DJ 10/2/2014 (idem MS 31.703 MC/PA - monocrática); MS 32.029-MC/DF, rel. Min. Celso de Mello,

supressão do direito previdenciário aos menores sob guarda, em vista da proteção constitucional definida no art. 227, §3º, da Constituição Federal.

O principal precedente invocado nessas decisões do Supremo Tribunal Federal é anterior ao Acórdão 2.515/2011-TCU-Plenário. Trata-se do MS 25.823/DF²⁵⁰, julgado em 25/06/2008, relativo a pensão estatutária em favor de menor sob guarda instituída após a edição da Lei 9.717/1998. Embora essa decisão não tenha analisado os possíveis reflexos dessa lei sobre as pensões estatutárias da Lei 8.112/1990, seu resultado – pela manutenção do benefício – assumiu implicitamente que o referido direito não foi derogado pela inovação legal de 1998. Por outro lado, conquanto esse mandado de segurança tenha focado outros aspectos jurídicos da pensão²⁵¹, um dos argumentos invocados para manter o benefício foi a proteção constitucional ao direito previdenciário dos menores, inserta no art. 227 da Constituição Federal.

Interessante notar que os principais argumentos invocados pelo STF, em suas decisões mais recentes, para reafirmar a preservação do direito pensional dos menores sob guarda foram antecipados pelo Ministro Raimundo Carreiro nos votos que apresentou nos precitados Acórdãos 2.515/2011 e 2.875/2012, do Plenário do TCU. Ainda nesse diapasão, os argumentos apresentados na ADI 4878-DF foram, em linhas gerais, os mesmos trazidos pelo Ministério Público Federal ao processo que culminou com o Acórdão 2.875/2012-TCU-Plenário, órgão provocado pelo relator a oferecer subsídios à análise da matéria. Contudo, conforme visto, tais argumentos não convenceram a maioria do Plenário do TCU.

19/2/2014. DJ 24/2/2014 (idem MS 31.703 MC/PA - monocrática). Liminares: MS 32.907-DF (cautelar concedida), rel. Min. Cármen Lúcia. 12/5/2014; MS 32.854 MC/DF (idem), rel. Min. Roberto Barroso. 24/4/2014. DJ 30/4/2014 (pensão de menor designado - art. 217, II, d, da Lei nº 8.112/1990); MS 32.713 MC/DF (idem). rel. Min. Roberto Barroso. 20/2/2014. DJ 25/2/2014; MS 31.807-MC/DF (idem), rel. Min. Luiz Fux. 18/12/2012. DJ 1/2/2013; MS 32.716-MC/DF (idem), rel. Min. Ricardo Lewandowski; MS 31.861-MC/DF (idem), rel. Min. Rosa Weber (que concedeu a cautelar foi o Min. Joaquim Barbosa, na Presidência) [Nessa cautelar, o Min. Joaquim Barbosa asseverou que “Ocorre, contudo, que, na linha do que sustenta a impetrante, a previsão normativa contida na Lei 8.112/1990 não foi explicitamente revogada pela legislação superveniente mencionada pelo Tribunal de Contas da União.” A mesma tese foi invocada pelo Min. Lewandowski ao conceder a cautelar no MS 32716 – MC/DF.]. Decisões do STF sobre outras categorias de beneficiários afetadas pelo Ac. 2.515/2011-TCU-Plenário: MS 32.038-MC/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia; MS 31.969-MC/DF, MS 32.716-MC/DF (217, I, “E”, da Lei 8112/90 – pessoa designada com + de 60 anos²⁴⁹), MS 33.022-MC-DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; MS 31.949-MC/DF, Rel. Min. Rosa Weber.

²⁵⁰ MS 25.823/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, 25/6/2008, Plenário, DJ 28/08/2009.

²⁵¹ A matéria de fundo então debatida foi a possibilidade de uma guarda judicial concedida temporariamente, por 5 anos, gerar, com o óbito da guardiã, uma pensão em favor do menor com efeitos até a sua maioridade, ultrapassando-se o prazo definido na sentença judicial.

Esse contexto denota um confronto entre o entendimento do TCU e a jurisprudência que vem se afirmando no STF, o que provavelmente implicará, em momento futuro, um retorno da Corte de Contas à exegese anterior ao Acórdão 2.515/2011-TCU-Plenário. Caso isso aconteça, haverá nova ofensa ao princípio da proteção da confiança, se o Tribunal de Contas não promover a revisão de ofício de todos os acórdãos que negaram registro a atos de pensão a menores sob guarda com base na jurisprudência restritiva inaugurada em 2011, a exemplo do ocorrido no caso do “PCCS” dos servidores da Previdência Social²⁵², descrito no subtítulo 4.3 (que tratou das exceções à irretroatividade). É uma questão a merecer acompanhamento.

Consoante demonstrado neste subtítulo, o TCU não tem aplicado plenamente a irretroatividade das interpretações restritivas, elemento essencial aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. Embora seja possível identificar alguns acórdãos mais antigos – de 2003 e 2005 – que respeitaram esse cânon²⁵³, a jurisprudência mais recente do Tribunal de Contas tem caminhado em sentido diverso, como se viu na questão das pensões aos menores sob guarda, surgida em 2011.

7.7. Proteção da confiança e a restituição de verbas remuneratórias

Embora o ponto em questão refira-se a processos de fiscalização de pessoal, e não a registro de atos, sua inserção neste capítulo é pertinente, pois em ambos os casos verifica-se a mesma tensão entre os princípios da legalidade em sentido estrito e o da proteção da confiança que os servidores depositam nos atos administrativos que amparam o pagamento de suas remunerações e proventos de aposentadoria.

No âmbito do TCU, a restituição de verbas remuneratórias recebidas de boa-fé por servidores e aposentados do setor público segue a orientação expressa na Súmula-TCU 249, que assim dispõe:

É dispensada a reposição de importâncias indevidamente percebidas, de boa-fé, por servidores ativos e inativos, e pensionistas, em virtude de erro escusável de interpretação de lei por

²⁵² Vide nota 116.

²⁵³ Ac. 2.076/2005-TCU-Plenário – Rel. Min. Valmir Campelo; Ac. 321/2003-TCU-Plenário – Rel. Min. Ubiratan Aguiar.

parte do órgão/entidade, ou por parte de autoridade legalmente investida em função de orientação e supervisão, à vista da presunção de legalidade do ato administrativo e do caráter alimentar das parcelas salariais.²⁵⁴

Assim, quando, em processos de fiscalização, o Tribunal identifica o pagamento irregular de determinadas verbas remuneratórias (ou de proventos de aposentadoria), é avaliado se a origem dos pagamentos decorreu de erro *escusável* de interpretação do órgão ou entidade pagadora. Caso o Tribunal compreenda que o erro é *inescusável*, então determina a restituição dos valores, mesmo que tenham sido recebidos de boa-fé. Isso é relativamente comum quando a autorização de pagamento de determinada verba salarial é feita em desacordo com alguma jurisprudência do TCU que já esteja relativamente consolidada, ou, ainda, nos casos de extensão administrativa de provimentos judiciais, de modo a beneficiar também os servidores estranhos ao objeto da lide que gerou a sentença concessiva do benefício.

Não obstante haver alguns meios de aferição da escusabilidade do erro interpretativo, essa análise não se mostra tão simples, podendo gerar avaliações subjetivas, pouco previsíveis, e, assim, colidir com a segurança jurídica. É o caso, por exemplo, do Acórdão 621/2010-TCU-Plenário²⁵⁵, em que o relator, Ministro Walton Alencar Rodrigues, diante de pagamentos indevidos realizados no âmbito administrativo de um órgão do Poder Judiciário federal, considerou que, embora estivesse presente a boa-fé dos beneficiários, que não concorreram para os pagamentos impróprios, o erro interpretativo da Administração era inescusável. Em voto divergente, o Ministro Valmir Campelo considerou que o erro seria escusável. Alfim, prevaleceu a tese do relator, e o TCU determinou a reposição dos valores recebidos, sem aplicar a Súmula 249.

Conquanto não seja objetivo do presente estudo analisar os fundamentos adotados em cada um desses votos antagônicos, é certa a controvérsia na interpretação dos fatos, quanto à existência ou não de erro escusável. Esse é o aspecto subjetivo da análise, referido há pouco, que comprime o princípio da segurança jurídica e, no caso concreto, também colide com a proteção da confiança, uma vez demonstrado que os valores foram recebidos de boa-fé.

²⁵⁴ Súmula-TCU 249 (BRASIL, 2007).

²⁵⁵ Ac. 621/2010-TCU-Plenário, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, Sessão de 31/03/2010.

Também houve conflito de entendimento sobre a matéria por ocasião do Acórdão 3.262/2011-TCU-Plenário, relatado pelo Ministro José Jorge. Nessa deliberação, o Tribunal de Contas, em sede de embargos de declaração, ratificou entendimento da decisão embargada que, à semelhança do exemplo anterior, também afastara a incidência da Súmula-TCU 249 para impor a devolução de verbas remuneratórias que teriam sido recebidas indevidamente por servidores beneficiados pela extensão administrativa de provimento judicial liminar que concedera determinado acréscimo remuneratório, posteriormente revertido.

Na ocasião, o Ministro Raimundo Carreiro apresentou declaração de voto, sustentando, basicamente, que a determinação para a devolução dos valores deveria incidir apenas sobre os servidores que ajuizaram a ação judicial geradora da decisão liminar, o que afastaria, para eles, a presunção de boa-fé. Para os servidores amparados pela extensão administrativa da vantagem, deveria prevalecer o princípio da proteção da confiança, de modo a dispensar a reposição dos valores questionados. Tais argumentos foram reforçados com a citação de precedentes judiciais e de entendimento sumulado da Advocacia-Geral da União, no sentido de que a percepção de verbas remuneratórias de boa-fé não seria passível de restituição, independentemente de haver erro de interpretação de normas. Também aqui prevaleceu a tese do relator, no sentido da não incidência da Súmula-TCU 249.

Embora os argumentos então apresentados pelo Ministro Raimundo Carreiro não tenham sido acolhidos, no caso concreto, pelo TCU, seu conteúdo parece revelar que essa orientação jurisprudencial colide com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, do Supremo Tribunal Federal e da própria Advocacia-Geral da União. Convém resumir essas razões, em face da sua pertinência com o objeto do presente estudo:

- a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal revela diversos julgados posteriores à edição da multicitada Súmula-TCU 249, os quais não contemplam a regra da escusabilidade do erro interpretativo, admitindo a restituição das verbas remuneratórias indevidas apenas quando ausente a boa-fé²⁵⁶;

²⁵⁶ RE 602697 AgR/DF – Rel. Min. Cármen Lúcia – Julg. 01/02/2011 - Primeira Turma – DJ 23/02/2011 [“(…) ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A SERVIDOR DE BOA-FÉ. PRECEDENTES.(…)”]; AI 490551 AgR/DF - Rel. Min. Ellen Gracie – Julg. 17/08/2010 - Segunda

- entre os precedentes do STF, destaca-se o julgamento do MS 26.085-DF, relatado pela Ministra Cármen Lúcia, que representa o acórdão paradigma invocado pelo Supremo Tribunal Federal em casos da espécie, a enfocar precisamente a restituição de verbas remuneratórias determinada pelo TCU; destacam-se os seguintes trechos respectiva ementa:

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO QUE CONSIDEROU ILEGAL APOSENTADORIA E DETERMINOU A RESTITUIÇÃO DE VALORES. ACUMULAÇÃO ILEGAL DE CARGOS DE PROFESSOR. AUSÊNCIA DE COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. UTILIZAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PARA OBTENÇÃO DE VANTAGENS EM DUPLICIDADE (ARTS. 62 E 193 DA LEI N. 8.112/90). MÁ-FÉ NÃO CONFIGURADA. DESNECESSIDADE DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES PERCEBIDOS [...]. [...] 3. O reconhecimento da ilegalidade da cumulação de vantagens não determina, automaticamente, a restituição ao erário dos valores recebidos, salvo se comprovada a má-fé do servidor, o que não foi demonstrado nos autos. [...].²⁵⁷

- posição semelhante tem sido adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, cujos acórdãos sobre a matéria revelam com maior clareza a rejeição da tese do erro escusável²⁵⁸; a dicção do STJ sobre o tema foi bem elucidada na ementa do

Turma - DJ 03/09/2010 [“(...)PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA BOA FÉ. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO DE VALORES RECEBIDOS A MAIOR. HORAS EXTRAS. DESNECESSIDADE. (...). 1. A Administração pode, a qualquer tempo, rever seus atos eivados de erro ou ilegalidade (Súmula STF 473), porém o reconhecimento da ilegalidade do ato que majorou o percentual das horas extras incorporadas aos proventos não determina, automaticamente, a restituição ao erário dos valores recebidos, uma vez comprovada a boa-fé da impetrante, ora agravada.(...); ADI 3791/DF – Rel. Min. Ayres Britto – Julg. 16/06/2010 - Tribunal Pleno - DJ 27/08/2010 [“Tendo em conta a natureza alimentar da gratificação e a presunção de boa-fé, a operar em favor dos militares do Distrito Federal, atribui-se à declaração de inconstitucionalidade efeitos prospectivos (ex nunc).”]; RE 553159 ED/DF – Rel. Min. Ellen Gracie – Julg. 01/12/2009 - Segunda Turma - DJ 18/12/2009 [“(...) RESSARCIMENTO AO ERÁRIO DE VALORES. BOA-FÉ CONFIGURADA. DESNECESSIDADE. (...) 3. O reconhecimento da ilegalidade do ato que majorou o percentual das horas extras incorporadas aos proventos não determina, automaticamente, a restituição ao erário dos valores recebidos, pois foi comprovada boa-fé do autor.(...)”].

²⁵⁷ MS 26.085/DF – Rel. Min. Cármen Lúcia – Julg. 07/04/2008 - Tribunal Pleno - DJ 13/06/2008.

²⁵⁸ AgRg no REsp 957622/ES – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho - Quinta Turma – Julg. 22/06/2010 - DJ: 09/08/2010 [“(...) 1. Esta Corte entende não ser devida a restituição de valores pagos indevidamente a servidor que, de boa-fé, recebeu em seus proventos, ou remuneração, valores advindos de errônea interpretação ou má aplicação da lei pela Administração. Precedentes.(...)”]; REsp 935358/RS – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima - Quinta Turma – Julg. 20/10/2009 - DJ 31/05/2010 [“(...) 3. Nos casos em que o pagamento indevido foi efetivado em favor de servidor público em decorrência de interpretação equivocada ou de má aplicação da lei por parte da Administração e havendo o beneficiado recebido os valores de boa-fé, mostra-se indevido o desconto de tais valores.(...)”]; AgRg no Ag 995312/MG – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho - Quinta Turma – Julg. 06/08/2009 – DJ: 31/08/2009 [“(...) 1. A jurisprudência desta Corte entende não ser devida a restituição de valores pagos indevidamente a servidor que, de boa-fé, recebeu em seus proventos, ou remuneração, valores advindos de errônea interpretação ou má aplicação da lei pela Administração, mostrando-se injustificado o desconto. (...)”]; MS 27286/SP - Rel. Min. Felix Fischer -

AgRg no RMS 24715/ES, de 19/08/2010, relatado pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADIANTAMENTO DE REMUNERAÇÃO DESTINADA À CARREIRA DE MAGISTÉRIO. PAGAMENTO INDEVIDO À IMPETRANTE EM RAZÃO DO GOZO DE LICENÇA ESPECIAL REMUNERADA. MÁ APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RECEBIMENTO DE BOA-FÉ. PRETENSÃO ADMINISTRATIVA DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. É incabível a exigência de restituição ou a procedência de descontos referentes a valores pagos em decorrência de interpretação equivocada ou má aplicação da legislação regente pela própria Administração, quando constatada a boa-fé do beneficiado.

2. O requisito estabelecido para a não devolução de valores pecuniários indevidamente recebidos é a boa-fé do Servidor que, ao recebê-los na aparência de serem corretos, firma compromissos com respaldo na pecúnia; a escusabilidade do erro cometido pelo agente, autoriza a atribuição de legitimidade ao recebimento da vantagem.

3. Não há que se impor a restituição pelo Servidor de quantias percebidas de boa-fé e por equívoco do erário, ainda que a título de adiantamento de remuneração destinada à carreira de magistério, porquanto tais valores não lhe serviram de fonte de enriquecimento ilícito, mas de sua subsistência e de sua família.

4. Recurso desprovido. [grifou-se]²⁵⁹

- a Advocacia-Geral da União expressa seu entendimento na Súmula-AGU 34: “Não estão sujeitos à repetição os valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, em decorrência de errônea ou inadequada interpretação da lei por parte da Administração Pública”²⁶⁰;

- a tese da escusabilidade do erro interpretativo prevista na Súmula-TCU 249 leva à possibilidade de tratamentos não isonômicos, pois, se o pagamento indevido for detectado em processo de ato sujeito a registro (p. ex.: aposentadoria), o Tribunal considera apenas a boa-fé do inativo para, aplicando a Súmula-TCU 106 (exclusiva para processos de apreciação de atos sujeitos a registro), dispensar a reposição dos valores indevidamente recebidos, ao passo que, se a mesma irregularidade for

Quinta Turma – Julg. 04/06/2009 - DJ: 22/06/2009 [“(…) é incabível exigir a reposição dos valores pagos em decorrência de inadequada interpretação da lei, haja vista a presunção de boa-fé do servidor. (...)”].

²⁵⁹ AgRg no RMS 24715/ES – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho - Quinta Turma – Julg. 19/08/2010 – DJ: 13/09/2010.

²⁶⁰ Súmula-AGU 34. Sua redação atual foi estabelecida mediante a Súmula 72, de 26/09/2013 – DOU: 27/09,30/09 e 01/10/2013. (BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Súmula 34*. 2013. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/1019841>. Acesso em: 17/09/2013.)

apurada em processo de fiscalização, incide a Súmula-TCU 249, que avalia o elemento adicional do erro escusável.

À luz desses argumentos, considera-se que a dicção que o TCU tem dado ao tema não se harmoniza com a jurisprudência dos tribunais superiores, com a posição da AGU, com o princípio da isonomia e, por fim, com os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança.

7.8. Notas conclusivas

O exposto neste capítulo permite concluir que, embora o TCU adote alguns procedimentos na preservação da proteção da confiança na apreciação de atos de pessoal para fins de registro, sua atuação não se amolda plenamente às bases conceituais que norteiam esse princípio, havendo, assim, um potencial de otimização desses princípios, notadamente quanto à possibilidade de aplicação analógica de prazos prescricionais previstos em outras leis aplicáveis ao Direito Administrativo.

Essa otimização da proteção da confiança também pode ocorrer quanto à devolução de verbas remuneratórias recebidas, de boa-fé, por servidores em virtude de erro da Administração, caso o TCU adira à jurisprudência do STJ e do STF, bem como ao entendimento da AGU, que, nesses casos, não exigem que o erro de interpretação seja escusável, como exige a Súmula 249 do TCU.

Outrossim, com base nas informações apresentadas neste capítulo e no anterior (quando se estudou a ausência de prazos prescricionais no campo de ação do TCU), é possível extrair um critério objetivo que poderia nortear o uso da proteção da confiança no registro de atos de pessoal, qual seja: a adoção do prazo de 5 anos de vigência da concessão. De fato, como visto no capítulo anterior, esse é o prazo geral adotado como marco de prescrição na quase totalidade das relações entre Estado e particulares, e restou demonstrado que a analogia é um meio bem apoiado na doutrina para assegurar a concretização da segurança jurídica e da proteção da confiança.

Note-se, ainda, que esse prazo geral de 5 anos enseja uma dúplice solução para os atos de pessoal: a aplicação direta desse prazo de prescrição, mediante analogia, sobre os atos de pessoal; ou seu uso como critério objetivo para invocar a proteção da confiança.

8. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A SEGURANÇA JURÍDICA NAS DECISÕES DO TCU

8.1. O Princípio da Proporcionalidade – bases conceituais

Embora o princípio da proporcionalidade, em sua acepção clássica e tradicional, resida há muito no Direito Administrativo²⁶¹, seu conceito mais atual – enfocado no presente estudo – foi desenvolvido pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, a partir da década de 1950, que o assentou mediante três critérios ou subprincípios.

A pertinência ou aptidão (*Geeignetheit*), segundo Ulrich Zimmerli²⁶², deve pronunciar se determinada medida representa “o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público”. Muitos autores, a exemplo de Robert Alexy, Gilmar Mendes e Paulo Bonavides, aludem a esse princípio como sendo o de adequação²⁶³.

Robert Alexy pontua que o critério da adequabilidade “exclui a adoção de meios que obstruam a realização de pelo menos um princípio sem promover qualquer princípio ou finalidade para a qual eles foram adotados”²⁶⁴.

Gilmar Mendes anota, com base na jurisprudência da Corte Constitucional Federal alemã, que o subprincípio da adequação “exige que medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos”²⁶⁵.

Canotilho também chama esse subprincípio da adequação como princípio da conformidade, assinalando que “a medida adotada para a realização do interesse

²⁶¹ Paulo Bonavides, em referência às raízes do princípio da proporcionalidade no Direito Administrativo, alude à frase de Georg Jellinek: “não se abatem pardais disparando canhões” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 402).

²⁶² *Apud* BONAVIDES, op. cit., p. 396.

²⁶³ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. *Ratio Juris*. Oxford: Blackwell Publishing Ltd. Vol. 16, n. 2, junho de 2003 (p. 131-40); BONAVIDES, op. cit.; MENDES, Gilmar. O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica. *Revista Diálogo Jurídico*. V. 1, nº. 5, ago 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/dialogo-juridico-05-agosto-2001-gilmar-mendes.pdf>. Acesso em 02/01/2014.

²⁶⁴ ALEXY, op. cit., p. 6.

²⁶⁵ MENDES, 2012, p. 259.

público deve ser *apropriada* à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes²⁶⁶. Reflete um controle da relação de adequação medida-fim.

A necessidade (*Erforderlichkeit*), segundo elemento, elucida que a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, mostrando que uma medida, para ser admissível, deve ser necessária. Xavier Philippe sintetiza esse princípio com a máxima: “de dois males, faz-se mister escolher o menor”²⁶⁷.

Em linha semelhante, Gilmar Mendes registra que o subprincípio da necessidade é respeitado quando não há nenhum outro meio menos gravoso para o indivíduo que seja “igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos”²⁶⁸. Ou seja, dado o mesmo grau de eficácia entre diversos meios possíveis para se alcançar determinado objetivo, deve-se escolher o menos gravoso.

Canotilho utiliza, também, a denominação de princípio da exigibilidade ou da menor ingerência possível, em referência à necessidade, sintetizando-o na máxima: “o cidadão tem direito à menor desvantagem possível”²⁶⁹. Sua interpretação deve ponderar o aspecto material (limitação mínima de direitos), espacial (menor âmbito possível), temporal (duração mínima) e pessoal (a limitação do direito deve alcançar o menor número de pessoas)²⁷⁰.

Finalmente, como terceiro subprincípio, tem-se a proporcionalidade *stricto sensu*. De acordo com esse subprincípio, a norma deve ponderar o conjunto de interesses em jogo. A inconstitucionalidade ocorre quando a medida instrumental é excessiva, injustificável, não cabendo na fôrma da proporcionalidade.

De acordo com Alexy, a proporcionalidade em sentido estrito vincula-se ao balanceamento de princípios. Segundo o autor, “quanto maior o grau de não-satisfação ou de detrimento de um princípio, maior a importância de se satisfazer o outro.”²⁷¹

²⁶⁶ CANOTILHO, op. cit., p. 262.

²⁶⁷ *Apud* BONAVIDES, 2003, p. 397.

²⁶⁸ MENDES, 2012, loc. cit.

²⁶⁹ CANOTILHO, op. cit., p. 262.

²⁷⁰ *Ibid*, loc. cit.

²⁷¹ ALEXY, op. cit., p. 6.

Trata-se, para Canotilho, de um subprincípio a ser aplicado apenas se superado o crivo dos dois anteriores (adequação e exigibilidade). Na proporcionalidade *stricto sensu*, indaga-se se o resultado esperado com a medida avaliada é proporcional à carga coativa que ela impõe. “Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim”²⁷². É, para o professor de Coimbra, um princípio de “justa medida”²⁷³.

Gilmar Mendes, pautado na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, assinala que a proporcionalidade em sentido estrito seria um “controle de sintonia fina (*Stimmigkeitskontrolle*), indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão”²⁷⁴.

8.2. A expansão do uso do princípio da proporcionalidade

Segundo Paulo Bonavides “A proporcionalidade é conceito em plena e espetacular evolução”²⁷⁵.

Embora o conceito mais atual do princípio da proporcionalidade, como visto anteriormente, seja fruto de um processo de construção jurisprudencial, notadamente no âmbito do Tribunal Constitucional Federal alemão, esse princípio enraizou-se nos ordenamentos jurídicos de diversos países desde as últimas décadas do século XX, tanto em nível constitucional quanto no plano das leis, bem como em tratados internacionais.

A Convenção Europeia e a Corte Europeia dos Direitos do Homem elevaram a proporcionalidade à categoria de princípio geral de direito²⁷⁶. O Tratado da União Europeia (TUE) contempla expressamente esse princípio como um limite à atuação da União, conforme anota o seu artigo 5^o²⁷⁷.

²⁷² CANOTILHO, op. cit., p. 263.

²⁷³ Ibid., loc. cit.

²⁷⁴ MENDES, 2012, p. 260.

²⁷⁵ BONAVIDES, op. cit., p. 402.

²⁷⁶ BONAVIDES, op. cit..

²⁷⁷ “Artigo 5^o (...) 4. Em virtude do princípio da proporcionalidade, o conteúdo e a forma da acção da União não devem exceder o necessário para alcançar os objectivos dos Tratados. As instituições da União aplicam o princípio da proporcionalidade em conformidade com o Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.” (UNIÃO EUROPEIA. *Tratado da União Europeia*. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2010. Disponível em: http://europa.eu/pol/pdf/qc3209190ptc_002.pdf. Acesso em: 23/09/2014.).

Outro exemplo é a Constituição de Portugal, que consigna o princípio da proporcionalidade em seus arts. 19 e 266.

No Brasil, sua inserção no plano constitucional tem sido identificada, principalmente, no direito fundamental ao “devido processo legal” (art. 5º, inciso LIV).

A par disso, o critério de proporcionalidade também pode ser encontrado de forma difusa em várias passagens da Carta de 1988. Segundo Bonavides, esse princípio apresenta-se, por exemplo, nos seguintes dispositivos da Constituição Federal: incisos V, X e XXV do art. 5º; incisos IV, V e XXI do art. 7º; parágrafo 3º do art. 36; *caput* do art. 170; *caput* e §§ 3º, 4º e 5º do art. 173; §1º do art. 174, inciso IV do art. 175 etc. A reforçar o amparo constitucional da proporcionalidade, cita-se, ainda, o parágrafo 2º do art. 5º da Constituição brasileira, que abrange as partes não escritas dos direitos e garantias constitucionais²⁷⁸.

No final da década de 1990, o mesmo princípio foi inserido, desta vez de forma expressa, na Lei 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo – art. 2º, parágrafo único)²⁷⁹, o que sedimentou sua importância em nosso ordenamento jurídico.

A invocação do critério da proporcionalidade tem sido crescente na apreciação de leis, normas ou atos administrativos que encerrem, eventualmente, abuso do poder legislativo ou administrativo contra direitos constitucionalmente protegidos ou em desacordo com o interesse público.

Nesse diapasão, podem-se enumerar várias hipóteses de utilização desse princípio: o exame em abstrato da constitucionalidade de normas emanadas do legislador ou de autoridade administrativa; a incidência de determinada norma em casos concretos peculiares; a conveniência da anulação de certos atos administrativos, à luz do interesse público; o juízo de reprovabilidade de conduta de gestores públicos; entre outras possibilidades.

²⁷⁸ “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, §2º, Constituição Federal do Brasil – BRASIL, 1988).

²⁷⁹ O art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 9.784/1999 impõe à Administração a adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público. (BRASIL, 1999a).

O Supremo Tribunal Federal tem utilizado o crivo da proporcionalidade em frequentes julgados, sendo emblemática a apreciação da Adin n. 855-2/PR, em 1993²⁸⁰, em que esse critério foi cabalmente invocado.

Também alinhado a essa tendência, o Tribunal de Contas da União vem adotando esse critério de aferição para avaliar a regularidade de atos administrativos e das contas dos responsáveis. Esse aspecto será analisado mais adiante.

8.3. Proporcionalidade *versus* Razoabilidade

Conforme se demonstra a seguir, a despeito de existirem certas diferenças conceituais, o princípio da proporcionalidade guarda uma relação de complementaridade com o princípio da razoabilidade, visando a coibir o excesso ou o abuso do poder do Estado, quando disfarçado pela legalidade meramente formal. Disso resulta que, na maioria dos casos, os tribunais invocam um ou outro de forma indiferente, sendo frequente a associação sinonímica entre proporcionalidade e razoabilidade. E nesse sentido, há vários julgados do Supremo Tribunal Federal, em que os termos “proporcionalidade” e “razoabilidade” se confundem²⁸¹.

Embora a Constituição Federal não contemple, de forma expressa, o princípio da razoabilidade, ele também pode ser identificado – à semelhança do princípio da proporcionalidade – no art. 5º, inciso LIV²⁸², que alude ao devido processo legal. Em sua concepção histórica, a razoabilidade assenta-se nesse cânone do Estado de Direito, compreendendo-se que o *due process of law* não se restringe à mera obediência aos procedimentos legais, alcançando o *status* de um princípio de cunho material – o *substantive due process of law* –, que visa a afastar decisões, atos e normas irrazoáveis²⁸³.

²⁸⁰ Na ocasião, o STF declarou inconstitucionais dispositivos da Lei Estadual n. 10.248, de 14.01.93, do Paraná, que obrigavam a colocação de balanças para pesagem de botijões de gás em caminhões de entrega e em postos de venda, concluindo que os benefícios desejados com a norma – proteção ao consumidor – eram muito inferiores aos custos que a implementação da lei imporia.

²⁸¹ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999; MENDES, 2001.

²⁸² “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, inciso LIV, CF/88 – BRASIL, 1988).

²⁸³ BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 2.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

Essa acepção tem sido acolhida pacificamente no Supremo Tribunal Federal. O Ministro Moreira Alves, ao proferir seu voto no julgamento das ADIs 966-4 e 958-3, assim se referiu ao teor do inciso LIV do art. 5º da Lei Maior:

Processo legal, aqui, evidentemente, não é o processo da lei, senão a Constituição não precisaria dizer aquilo que é o óbvio, tendo em vista, inclusive o inciso II do art. 5º que diz: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Esse princípio constitucional que tem sua origem histórica nos Estados Unidos, lá é interpretado no sentido de abarcar os casos em que há falta de razoabilidade de uma norma.²⁸⁴

O Ministro Celso de Mello, no julgamento de medida cautelar na ADI 1.158-8²⁸⁵, também acolheu, com solidez, essa intelecção.

O princípio da razoabilidade está bem delineado no magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual a razoabilidade do ato administrativo discricionário reside na obediência de critérios racionalmente aceitáveis segundo o senso comum, ou seja, conforme a razão do chamado homem médio. Esse critério busca invalidar condutas "desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência" e sensatez, bem como disposição de acatar as finalidades da lei que ampara o ato praticado²⁸⁶. Em suma, a lei que atribui poder discricionário a um administrador público repudia os atos desarrazoados.

No plano do Direito Administrativo, segundo Bandeira de Mello, ambos os princípios coexistem²⁸⁷. Nas palavras do citado administrativista, o princípio da proporcionalidade reza que "ninguém deve estar obrigado a suportar constrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público"²⁸⁸. Assim sendo, a legitimidade e a validade do ato administrativo encontram limites numa proporção razoável entre a sua extensão e intensidade, de um lado, e a finalidade pública a que se destina, de outro.

Assim sendo, a proporcionalidade é, para esse autor, uma faceta da razoabilidade. Com efeito, o ato que impõe ao administrado um ônus exorbitante em

²⁸⁴ Trecho de voto do Ministro Moreira Alves, comum às ADIns 966-4 e 958-3. Julg. 11/05/1994. DJ de 25/08/1995.

²⁸⁵ Julg.: 09/12/1994 – DJ de 26/05/1995.

²⁸⁶ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 111.

²⁸⁷ Ibidem, p. 111-113.

²⁸⁸ Ibidem, p. 113.

relação aos benefícios dele esperado, ou seja, que é desproporcional, não pode ser considerado razoável. A medida considerada desproporcional é também irrazoável por ser ilógica, incongruente, inadequada ao fim almejado na norma que, em tese, lhe dá amparo. Em ambos os casos, seja por ser desproporcional, seja pela sua irrazoabilidade, o ato administrativo pode ser anulado²⁸⁹.

Esse enfoque dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade relativamente aos atos administrativos é também compartilhado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁹⁰.

Sem prejuízos dessas posições doutrinárias, importa frisar que o princípio da razoabilidade tem raízes anglo-saxônicas, sendo constitucionalizado originalmente nos Estados Unidos. De origem processual (*due process of law*), evoluiu para o direito material, sendo incorporado à doutrina brasileira²⁹¹. Já o princípio da proporcionalidade liga-se mais fortemente, como visto, à doutrina alemã. Todavia, o que se vê em geral, nos casos concretos, é a confluência de ambos.

Há autores, no entanto, que reprovam essa mescla conceitual entre os dois princípios.

Humberto Ávila, por exemplo, afirma que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, embora sejam comumente utilizados para os mesmos objetivos, de forma indiscriminada, constituem diferentes espécies de “controle material de constitucionalidade”, podendo conduzir a resultados díspares²⁹². Para esse autor, o critério de proporcionalidade é um meio de ponderação entre princípios conflitantes, por meio do qual se investiga a relação entre a medida adotada, sua finalidade e o grau de restrição que causa nos direitos fundamentais atingidos. Já a razoabilidade não examina conflito entre princípios, mas apenas a relação entre duas grandezas ou entre a medida e o critério que a fundamentaria²⁹³.

²⁸⁹ Ibidem, p. 111-113.

²⁹⁰ DI PIETRO, op. cit..

²⁹¹ BARROS, op. cit.; BARROSO, 1999.

²⁹² ÁVILA, Humberto. Conteúdo, Limites e Intensidade dos Controles de Razoabilidade, de Proporcionalidade e de Excessividade das Leis. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar. Vol. 236 – abril/junho 2004 (p. 370-84).

²⁹³ Ibid.

Lênio Streck pontua que o meio jurídico brasileiro tem incorporado as teorias estrangeiras de forma acrítica e sincrética, o que gera distorções e imprecisões conceituais²⁹⁴.

Não obstante essas críticas, os tribunais brasileiros – inclusive o TCU – invocam usualmente esses princípios de forma indistinta, tomando-os muitas vezes como quase sinônimos, conforme já anotamos.

8.4. Princípio da proporcionalidade como instrumento de harmonização entre os princípios da legalidade, da segurança jurídica e o interesse público

A proliferação de normas do Direito Administrativo e o aumento de complexidade da gestão pública, associados aos paradigmas da eficiência e da economicidade, insertos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, geram, em seu conjunto, um estado de insegurança jurídica na atuação dos gestores públicos, que, de um lado, devem respeito – em face do princípio da legalidade – a um conjunto cada vez mais inflacionado de normas, e, de outro, prestam compromisso com a busca de eficiência e da economicidade em seus atos de gestão. Em vista disso, o TCU depara-se com casos concretos em que precisa conciliar todos esses princípios.

O princípio da legalidade em sentido estrito, conforme pontuado no Capítulo 2, impõe ao Administrador que siga um caminho complexo de normas e procedimentos fixados em leis e regulamentos, além, é óbvio, do respeito aos princípios e regras constitucionais. Não raramente, surge um entrechoque entre esse princípio e os outros referidos, quando a aplicação rigorosa do primeiro implica prejuízo à concretização dos demais, conforme ilustramos mais adiante.

Esse impasse vivido pelos gestores públicos é, para eles, um fator de insegurança jurídica, principalmente quando não sabem ao certo se os órgãos de controle – a exemplo do TCU – irão acolher suas escolhas interpretativas.

Isso reclama soluções que preservem a segurança jurídica, e uma delas é o uso do princípio da proporcionalidade como instrumento de harmonização entre os princípios da legalidade em sentido estrito e os demais princípios regentes da Administração Pública.

²⁹⁴ STRECK, Lenio L. *Verdade e Consenso*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 28-29.

Nesse sentido, a relativização da legalidade em prol de outros princípios é uma possibilidade bem acolhida pela doutrina.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro anota que o paradigma gerencial da gestão pública, voltado à eficiência, tem ensejado leituras mais flexíveis sobre o princípio da legalidade²⁹⁵. A autora cita Joan Prats i Catalá, segundo o qual a racionalidade gerencial reclamada para a Administração Pública é emperrada pelo rigor do Direito Administrativo²⁹⁶.

Tanto Di Pietro quanto o autor por ela citado afirmam a necessidade de ajustar o Direito Administrativo às novas necessidades da gestão pública, mas não para enfraquecê-lo ou abandoná-lo. Nesse passo, Di Pietro assim pontua o descompasso entre o discurso governamental e o arcabouço legal administrativo brasileiro:

Todos esses fatos, que revelam grande contradição de objetivos dentro do próprio Governo, alguns voltados para o gerenciamento, outros voltados para a manutenção e até o aumento da burocracia em determinados setores, certamente contribuem para um distanciamento entre o discurso e a prática, entre a lei e os fatos, entre o Direito posto e o Direito aplicado, em franco desprestígio do princípio da legalidade e da própria Constituição que o consagra. A dificuldade é maior nos países, como o Brasil, em que a fonte principal do direito administrativo é a lei²⁹⁷.

Eliana Calmon Alves, também ponderando esses novos desafios à Administração Pública brasileira, afirma que “a relativização do princípio da legalidade consubstancia-se na faculdade de descumprir a lei, se não atende ela aos princípios constitucionais”²⁹⁸. Ainda nesse sentido, a jurista assinala que “A aplicação da norma via princípios é, hoje, o que há de mais moderno na Ciência do Direito, podendo-se afirmar que há uma espécie de filtragem constitucional do Direito Público Brasileiro”²⁹⁹.

²⁹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988*. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 62.

²⁹⁶ CATALÁ *apud* DI PIETRO, 2001, p. 58.

²⁹⁷ DI PIETRO, 2001, p. 62.

²⁹⁸ ALVES, Eliana Calmon. *A Revisão Judicial dos Atos Administrativos de Órgãos Reguladores e de Defesa da Concorrência*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça. 2003. , p. 18. Disponível na Internet em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/87> (“Biblioteca Digital Jurídica do STJ”), Acesso em 18/03/2014.

²⁹⁹ *Ibid.*

Como se vê, o complexo panorama que vem emoldurando a atuação dos gestores públicos tem ensejado uma certa compressão do princípio da legalidade em sentido estrito, para que ceda espaço a outros princípios igualmente aplicáveis à atuação dos agentes públicos, com destaque para os princípios da eficiência e da economicidade, ambos pareados com o princípio da legalidade no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, além da busca pelo interesse público.

Neste ponto, abrimos um parêntesis para conceituar esses três princípios na acepção em que são utilizados na jurisprudência do TCU, anotando nossa intenção de apresentar conceitos breves para não desviarmos do objetivo central deste trabalho.

Em uma definição de poucas linhas, pode-se dizer que o princípio da eficiência impõe à Administração o dever de otimizar os resultados de sua atuação, mediante esforços para, de um lado, obter as máximas celeridade e economia de recursos na persecução de seus objetivos, e, de outra banda, o maior grau de qualidade e de efetividade em seus resultados. São claramente dois pares de objetivos antagônicos, que devem ser buscados mediante a aplicação do conceito de eficiência, porquanto existe uma proporção direta entre a qualidade e a rapidez na prestação de serviços ou na aquisição de bens e os respectivos preços.

A economicidade pode ser considerada como a expressão econômica do princípio da eficiência. Traduz-se no objetivo de reduzir a despesa mantendo-se um grau razoável de resultados e de qualidade, bem como de evitar gastos excessivos e/ou injustificados. A Lei Orgânica do TCU (Lei 8.443/1992) busca assegurar o cumprimento do princípio da economicidade ao prever sanção (multa) a agentes que pratiquem atos de gestão antieconômicos que resultem em dano ou prejuízo ao erário³⁰⁰.

No caso do interesse público, anota-se que o TCU utiliza com alguma frequência o termo “supremacia do interesse público” para contrapô-lo ao princípio da legalidade em sentido estrito, embora a matriz doutrinária desse princípio diga que essa primazia se manifesta em relação aos interesses individuais³⁰¹. Entende-se

³⁰⁰ Vide arts. 16, III, “b” e “c”, e 58, III, da Lei 8.443/1992.

³⁰¹ DI PIETRO, 2002, p. 68-69.

que, nessa hipótese, o termo mais adequado seria apenas “interesse público” ou “busca do interesse público”.

E nesse passo, conquanto a definição de interesse público seja ampla e de complexa delimitação, adota-se, para os propósitos do presente estudo, o conceito proposto por Bandeira de Mello, segundo o qual o interesse público “é a dimensão pública dos interesses individuais” ou o “plexo dos interesses dos indivíduos *enquanto partícipes da Sociedade* (entificada juridicamente no Estado)”³⁰².

Aproximando mais esse conceito ao campo de ação do TCU, pode-se considerar o interesse público como associado ao conjunto de objetivos almejados pela atuação do Estado e consonantes com os interesses da Sociedade, enquanto coletividade de indivíduos. Isso se traduz, por exemplo, na busca de celeridade, economicidade e qualidade na construção de escolas, hospitais, rodovias ou outras obras de interesse coletivo; no funcionamento eficiente de uma repartição pública; ou na economia de recursos em dado procedimento administrativo.

Nos próximos subtítulos são analisados alguns acórdãos em que o TCU aplicou o princípio da proporcionalidade como critério para autorizar ou estabilizar atos administrativos, que, embora revelem algum vício de origem quanto ao princípio da legalidade em sentido estrito, produzem efeitos consonantes com o interesse público ou geram prejuízos ínfimos ao princípio da legalidade.

Essa trilha interpretativa adotada pelo Tribunal amoldou-se às expectativas dos destinatários das decisões quanto ao acerto de suas condutas (no caso dos gestores públicos) ou à estabilidade dos atos ou fatos administrativos que lhes geravam direitos (servidores, pensionistas e aposentados).

8.4.1. Extrapolação dos limites da Lei 8.666/1993 para alterações contratuais

Na Decisão 215/1999-TCU-Plenário, relatada pelo Ministro-substituto José Antônio Barreto de Macedo, o Tribunal de Contas respondeu a consulta formulada pelo Ministro de Estado do Meio Ambiente, consignando, entre outros entendimentos, que os limites para alterações contratuais fixados peremptoriamente

³⁰² BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 67.

nos parágrafos 1º e 2º do art. 65 da Lei n. 8.666/1993³⁰³ podem ser ultrapassados sob condições excepcionais – descritas na referida decisão –, desde que em consonância com os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Admitiu-se, nessa consulta, que os mencionados dispositivos do Estatuto de Licitações não devem ser aplicados quando, sob circunstâncias especiais, seu acolhimento se mostre desarrazoado ou desproporcional. Entre as condições exigidas para validar a exceção prevista, o Tribunal fixou a necessidade de demonstrar-se "na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais [...] que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) *importam sacrifício insuportável ao interesse público* primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja, *gravíssimas a esse interesse*; inclusive quanto à sua *urgência e emergência*"³⁰⁴ [grifou-se].

A solução adotada pelo TCU nesse processo de consulta permite ao gestor público contornar o rigor do princípio da legalidade *stricto sensu*, expresso nos limites rígidos da Lei de Licitações para as alterações contratuais, para, em casos excepcionais, amoldar-se a eventuais contingências em uma execução contratual. Com isso, é possível preservar o interesse público – conforme previsto expressamente na resposta à aludida consulta –, e também a segurança jurídica do gestor diante dos órgãos de controle, porquanto eventual desrespeito à letra expressa da lei poder suscitar processos de fiscalização que podem culminar com a aplicação de sanções.

8.4.2. Reajuste de valor contratual em desacordo com as normas legais

Trata-se de prestação de contas, julgada mediante o Acórdão 304/2001-TCU-Plenário, relatado pelo Ministro Adylson Motta, em que o Tribunal acolheu as razões de justificativa dos responsáveis com base no princípio da razoabilidade, aprovando, com ressalvas, as respectivas gestões. Discutiu-se, na ocasião, a

³⁰³ “§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos. § 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo: I - (VETADO); II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.” (Lei 8.666/1993).

reprovabilidade de duas supostas irregularidades: desnecessidade de reajuste do valor de locação do imóvel contratado junto a terceiro e ocorrência de sobrepreço no novo valor fixado para a locação. Tais procedimentos teriam afrontado o art. 27, § 1º, inciso II, da Lei 9.069/95, e o art. 65, §§ 1º, 2º e 6º, da Lei 8.666/93. Todavia, ao examinar as razões de justificativa, o Tribunal considerou necessário o reajuste do valor de locação do imóvel, em face da comprovada defasagem de seu preço. Em sua manifestação regimental, o representante do Ministério Público junto ao TCU, o então Procurador-Geral Lucas Rocha Furtado teceu o seguinte registro sobre a incidência, no caso, do princípio da razoabilidade:

Ressalte-se das justificativas apresentadas pelos responsáveis, em reforço à inexistência de dano ao erário, ponderação no sentido de que a administração da entidade, no caso concreto, fez uso do princípio da razoabilidade, buscando, em última instância, o atendimento do interesse público³⁰⁵.

Nesse acórdão, relatado pelo Ministro Adylson Motta, o Tribunal endossou a conduta dos gestores, ainda que não tenham se ajustado à literalidade da lei. A alternativa posta à Administração, para adequar-se ao formalismo legal, seria a rescisão do contrato – que não poderia subsistir com preços aviltados – e a elaboração de uma nova avença, implicando custos administrativos adicionais e, provavelmente, um preço de locação acima do efetivamente obtido. Daí a conclusão do TCU pela razoabilidade da ação adotada pelo gestor, que privilegiou o interesse público, traduzido, aqui, pelo princípio da economicidade.

Caso o Tribunal houvesse adotado uma conduta formalista e rigorosa, reprovando as contas dos gestores sob o argumento de ofensa à literalidade da lei, a segurança jurídica seria afrontada. Isso porque os responsáveis nessas contas precisaram enfrentar um dilema entre o respeito incondicional à Lei de Licitações e à obediência aos princípios constitucionais da economicidade e da eficiência. Era preciso encontrar uma solução harmonizada com o interesse público subjacente nesses dois princípios e que não fosse coibida pelos órgãos de controle. Ao cancelar essa conduta, com base na ponderação de princípios, o TCU confirmou a expectativa dos gestores na certeza quanto à regularidade de sua conduta diante de um caso complexo. Aí reside a proteção da segurança jurídica.

³⁰⁴ Decisão 215/1999-TCU-Plenário; rel. Ministro-substituto José Antonio Barreto de Macedo.

8.4.3. Estabilização de atos de nomeação irregular de servidores

Trata-se da Decisão 1.245/2002-TCU-Plenário³⁰⁶, relatada pelo Ministro Iram Saraiva, em que o Tribunal, em sede de pedido de reexame, tornou insubsistente determinação anterior que tornara nulo o ato de nomeação de servidores do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama – (oriundos de órgãos extintos), ocorrido em desacordo com a legislação então vigente. Os vários argumentos que nortearam a reforma do julgado original podem ser sintetizados no impacto negativo que a determinação questionada traria à Administração, pondo em risco o próprio funcionamento de algumas importantes entidades e projetos federais ligados à área ambiental. A determinação cassada importaria o desligamento de 75% dos servidores do Projeto Tamar, 100% dos servidores da Estação Ecológica do Taim e quase 50% dos especialistas do Jardim Botânico do Rio de Janeiro, entre outros.

A matéria de fundo era controversa, ensejando longas discussões acerca da legalidade das nomeações então enfocadas. À época em que os servidores ingressaram na administração pública, ainda não se exigia concurso público. Por outro lado, suas nomeações, embora tenham sido formalmente realizadas em caráter temporário, estabilizaram-se no tempo. Diversos foram os princípios invocados pelo Tribunal para sustentar sua nova decisão, proferida em sede de recurso, entre os quais: a tutela da boa-fé, a segurança jurídica, a proporcionalidade, a razoabilidade e a economicidade.

Com efeito, a segurança jurídica, no caso vertente, deflui da estabilização de atos formalmente irregulares na origem, porém consolidados no tempo. E sua fundamentação baseou-se no uso instrumental do critério de proporcionalidade para encontrar a solução menos gravosa ao interesse público. De um lado, preservou-se a segurança jurídica da própria instituição – o Ibama – , que viu-se livre da ameaça de paralisar seus serviços por força de uma determinação do TCU baseada em uma ótica formalista. De outra banda, contemplou-se a proteção da confiança dos servidores alcançados pela nova decisão do Tribunal, que viram seus cargos preservados após anos do ingresso na entidade, sob o amparo de atos

³⁰⁵ Trecho do parecer do Ministério Público junto ao TCU contido no relatório do Ministro Adylson Motta que integrou o Ac.304/2001-TCU-Plenário.

³⁰⁶ Decisão 1.245/2002-TCU-Plenário, Rel. Min. Iram Saraiva – Julg. 25/09/2002..

administrativos que se presumiam legítimos.

Situação análoga foi objeto da Decisão 256/2000-TCU-Primeira Câmara, relatada pelo Ministro Marcos Vilaça.

8.4.4. Convalidação de pagamentos sem previsão legal, com base no princípio da vedação do enriquecimento sem causa da Administração

Trata-se do Acórdão 529/2002-TCU-Primeira Câmara, relatado pelo Ministro Guilherme Palmeira, em que o Tribunal julgou recurso de reconsideração contra determinação expedida no julgamento das contas do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea – referente ao exercício de 1996. Questionava-se o pagamento, pelo Ipea, de anuidades à Ordem dos Advogados do Brasil – OAB – para inscrição suplementar de procuradores do seu quadro em outra seccional da Ordem, pois não havia previsão legal para esse tipo de despesa.

Ao apreciar o recurso, o Tribunal mitigou o princípio da legalidade, julgando regular o pagamento das referidas anuidades. Os procuradores do Ipea viviam e residiam em Brasília, onde pagavam regularmente suas anuidades junto à OAB/DF. Ocorre que parte expressiva das causas de interesse da Autarquia era processada no Rio de Janeiro. Daí a necessidade de inscrição suplementar naquela seccional. Como a atuação desses profissionais no Rio de Janeiro ocorria em benefício do próprio Ipea, não seria razoável deixar que seus procuradores arcassem com as anuidades adicionais, sob pena de enriquecimento sem causa do Instituto.

Dentre os argumentos que nortearam o julgamento desse recurso, cabe transcrever a seguinte passagem do voto do Ministro Guilherme Palmeira, relator do feito:

Imaginemos, apenas para testar a razoabilidade de manter a decisão ora questionada, que o IPEA necessitasse de assistência de seus advogados em todas as seccionais da OAB no país. Seria razoável exigir dos mesmos que, às suas expensas, realizassem inscrições suplementares em todas essas seccionais?

O exemplo supra demonstra serem pertinentes, também, os argumentos de que o *princípio da razoabilidade* dá respaldo à administração do IPEA para que, no uso de seu poder discricionário, mesmo inexistindo lei expressamente permissiva, proceda aos pagamentos das inscrições suplementares de que se trata.³⁰⁷ [grifou-se].

³⁰⁷ Trecho do voto do Ministro- relator Guilherme Palmeira no Acórdão 529/2002-TCU-1ª Câmara.

A importância desse julgado reside no fato de o Tribunal haver autorizado a permanência de uma ação administrativa que não encontrava expresso amparo legal. Porém, o não pagamento dessas anuidades se mostraria absolutamente irrazoável, impondo ônus desproporcional a seus procuradores, com agressão ao princípio da vedação do enriquecimento sem causa (que, no caso, seria do Ipea).

A segurança jurídica foi contemplada mediante a supressão de uma lacuna normativa – ausência de expressa previsão legal para os pagamentos questionados – gerando certeza e previsibilidade quanto aos efeitos da manutenção do procedimento administrativo que autorizava os pagamentos. Sob a ótica dos servidores envolvidos, a decisão preservou a proteção da confiança ao manter os pagamentos, frise-se: indenizatórios.

8.4.5. Devolução de valores recebidos de boa-fé, após 5 anos

O caso refere-se à Decisão 1.254/2002-TCU-Plenário, relatada pelo Ministro Benjamin Zymler, referente a consulta formulada pelo Presidente da Câmara dos Deputados sobre aplicabilidade da então vigente Súmula-TCU 235 nos casos de débitos apurados há mais de cinco anos, oriundos de erros da administração em processos de exame de legalidade de atos de concessão de aposentadoria ou pensão. Segue-se o teor da referida súmula, hoje revogada:

Os servidores ativos e inativos, e os pensionistas, estão obrigados, por força de lei, a restituir ao Erário, em valores atualizados, as importâncias que lhes forem pagas indevidamente, mesmo que reconhecida a boa-fé, ressalvados apenas os casos previstos na Súmula n.º 106 da Jurisprudência deste Tribunal.³⁰⁸

O exame da questão importava o cotejo com a Súmula-TCU 106:

O julgamento, pela ilegalidade, das concessões de reforma, aposentadoria e pensão, não implica por si só a obrigatoriedade da reposição das importâncias já recebidas de boa-fé, até a data do conhecimento da decisão pelo órgão competente.³⁰⁹

Não obstante a consulta versar sobre questão em tese, a razão de fundo da indagação formulada ao TCU fora a detecção, pela Câmara dos Deputados, de

³⁰⁸ A Súmula-TCU 235 foi revogada na Sessão Ordinária de 09/05/2007, Acórdão 820/2007 Plenário - Ata 18, rel. Min. Guilherme Palmeira, TC 011.721/2003-1, in DOU de 11/05/2007.

³⁰⁹ Vide nota 217.

vantagens concedidas indevidamente a servidores há longa data, algumas há mais de 26 anos.

Um dos pontos levantados pela autoridade consulente foi quanto à aplicabilidade por analogia, no âmbito do TCU, do art. 54 da Lei 9.784/1999, que, conforme visto em capítulos anteriores, impõe a decadência do direito da Administração de anular os atos administrativos ampliativos de direitos após cinco anos, salvo se comprovada má-fé³¹⁰.

Oportuno dizer que, mediante a Decisão Plenária 1.020/2000-Plenário, relatada pelo Ministro Marcos Vilaça, o TCU fixou entendimento no sentido de que a Lei 9.784/1999 – em especial o seu artigo 54 – não tem aplicação obrigatória nas apreciações de atos de concessão de aposentadorias, reformas e pensões, feitas pelo Tribunal de Contas nos termos do art. 71, inciso III, da Constituição Federal.

Não obstante, a consulta foi conhecida e respondida no sentido de que não caberia o entendimento contido na Súmula-TCU 235 nas hipóteses em que se comprovar a boa-fé dos envolvidos e verificar-se o decurso de mais de cinco anos da prática do ato. Prevaleceria, em casos do gênero, o entendimento expresso na Súmula-TCU 106, a refletir o reconhecimento, pelo TCU, de que a segurança jurídica, amparada na boa-fé, tem precedência, sob certas circunstâncias, sobre a legalidade estrita.

Nessa decisão, o Tribunal invocou o princípio da razoabilidade para privilegiar a segurança jurídica e, reflexamente, o princípio da proteção da confiança. O parecer do então Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU, Lucas Rocha Furtado, consentâneo, em parte, com a decisão adotada, contém extensos e interessantes argumentos em favor da flexibilização do princípio da legalidade diante da segurança jurídica, apoiado em julgados do Supremo Tribunal Federal, em lições doutrinárias e na própria jurisprudência do TCU.

Dentre suas conclusões, o representante do MPTCU afirmou a necessidade de o Tribunal de Contas da União buscar um equilíbrio entre a segurança jurídica e outros princípios também constitucionais para fixar parâmetros à revisão *ex officio* de

³¹⁰ “Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.” (Lei 9.784/1999).

suas deliberações, utilizando-se, para tanto, o critério da proporcionalidade.

Para fundamentar esse acórdão, o Relator, Ministro Benjamin Zymler, além de acolher, no principal, as razões expostas pelo *parquet* – dele discordando apenas quanto à extensão que se deveria dar à resposta da consulta –, teceu argumentos sobre a solução de conflitos entre princípios, *in casu*, da legalidade e da segurança jurídica, dos quais fazemos o seguinte destaque a partir do voto então apresentado:

Não se pode afirmar a supremacia de um princípio em detrimento de outro, ambos coexistem pacificamente no Texto Constitucional. A sua aplicação, no caso concreto, deve ser passível de integração e conformação pelos aplicadores do direito. Pode-se afirmar que nenhum princípio constitucional, explícito ou implícito, tem natureza absoluta e apresenta-se em nível de superioridade em relação aos demais. Sua interpretação deve conformar-se com o alcance dado pelo sistema jurídico-constitucional.

[...] Persiste o dever de a administração pública rever seus próprios atos, anulando-os quando verificar que foi editado com vício de ilegalidade. Todavia, tal dever não é irrestrito, mas está limitado por outros valores jurídicos igualmente relevantes e agasalhados pelo ordenamento jurídico.³¹¹

Interessante notar que, nessa decisão, proferida em 2002, o TCU adotou uma exegese bem mais consentânea com os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, quando comparada com os acórdãos anotados no subtítulo 7.7 (proteção da confiança e devolução de verbas remuneratórias pelos servidores), os quais são mais recentes. Não obstante, entende-se que a resposta à consulta sob análise continua válida em seus fundamentos.

8.4.6. Empenhos por estimativa em desacordo com a Lei 4.320/64

Mediante o Acórdão 1.260/2003-TCU-Plenário, relatado pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, o Tribunal analisou, entre outras matérias, o dilema do administrador entre ajustar uma licitação aos recursos disponíveis, após o contingenciamento orçamentário, ou fazê-la, segundo as necessidades do órgão, mediante empenho por estimativa, o que, segundo a letra da lei, não seria admissível. De fato, o art. 60 da Lei nº 4.320/64 restringe a adoção dessa forma de empenho aos casos em que não se conhece o valor exato do compromisso, hipótese que não ocorreu na ocasião, pois se tratava de contratos com preço previamente ajustado. Contudo, tendo em vista a essencialidade dos serviços

contratados – manutenção de elevadores –, ponderou-se que o princípio da proporcionalidade deveria nortear a solução do impasse, autorizando o gestor a privilegiar o interesse público, materializado na segurança necessária ao uso dos elevadores.

Segue uma didática passagem do Voto então proferido pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, que bem sintetiza a análise da questão e restringe a solução adotada a casos excepcionais:

No entanto, em situações extremamente excepcionais, os administradores públicos se veem no dilema de ter que escolher entre duas situações antagônicas, ambas legítimas e de implementação impositiva, cuja opção por uma delas acarretará, necessariamente, o desatendimento da outra, revelando verdadeiro conflito de bens, valores ou princípios constitucionais.

[...]

Então, neste caso, o administrador público tinha que decidir entre seguir estritamente as normas de execução orçamentária ou garantir a continuidade do serviço de manutenção dos elevadores, a fim de assegurar os direitos à segurança e à vida dos usuários.

[...]

Nesse sentido, entendo que a decisão adotada pelos responsáveis, no sentido de contornar as momentâneas restrições orçamentárias e viabilizar os serviços de manutenção dos elevadores, pode ser considerada legítima e justificável ante as circunstâncias, afigurando-se como medida adequada e proporcional, tendo em vista as particulares características do caso concreto.

Não se justifica, entretanto, a persistência dessa prática irregular fora do específico contexto de limitação orçamentária vivenciado.³¹²

Esse é mais um caso em que o Tribunal enfrentou a singular e tormentosa situação do gestor público diante de dois caminhos eventualmente excludentes: a aderência à legalidade estrita ou a busca do interesse público? Como se vê, sopesadas as peculiaridades do caso, o Tribunal endossou a segunda opção, que se ajusta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, mitigando a legalidade estrita em prol do interesse público. E, também aqui, a segurança jurídica foi preservada, na medida em que atendidas as expectativas dos gestores de não serem punidos pelo TCU por atuarem em consonância com princípios norteadores da Administração. Convém lembrar o escólio de Rafael Valim, anotado no Capítulo 2, ao sustentar que “o princípio da legalidade implica não só a fiel subsunção à lei, como também a observância dos princípios jurídicos, assumindo, nessa medida,

³¹¹ Trechos do voto do Ministro Benjamin Zymler, na Decisão 1.254/2002-TCU-Plenário.

³¹² Trecho do voto do Ministro Walton Alencar no Ac. 1.260/2003-TCU-Plenário.

feição de um preceptivo de submissão das autoridades a toda a ordem jurídica”³¹³.

8.5. Princípio da proporcionalidade no registro de atos de pessoal com base na proteção da confiança e na segurança jurídica

Já se anotou no Capítulo 7 que, embora o TCU utilize com mais frequência o critério do dano insuportável e irreversível para autorizar, com base na proteção da confiança, o registro de atos ilegais emitidos há dez anos ou mais, a estabilização de atos também pode ocorrer com base no critério do prejuízo insignificante ao princípio da legalidade.

Os precedentes analisados no subtítulo 7.4, pautados no segundo critério referido, demonstram que o parâmetro adotado pelo TCU para autorizar o registro dos atos irregulares, mais do que o decurso do tempo e a proteção da confiança, foi o princípio da proporcionalidade. Isso porque, em todos os casos então mencionados³¹⁴, o Tribunal ponderou, mediante o critério da necessidade (melhor resultado com o menor ônus), que a estabilização dos atos irregulares implicaria um prejuízo ao interesse público – aqui subentendido como a proteção ao erário – inferior aos custos administrativos decorrentes do retorno dos servidores para completar frações de tempo pouco significativas, diante dos 30 ou 35 anos normalmente exigidos para a jubilação³¹⁵.

Note-se, ainda, que o princípio da proporcionalidade também é utilizado pelo TCU no primeiro critério – analisado no subtítulo 7.3 –, porém em sentido contrário, ou seja, para impedir um prejuízo insuportável e irreversível ao beneficiário do ato de concessão. Trata-se do crivo de proporcionalidade em sentido estrito.

Em que pese a motivação desses acórdãos não ter sido tanto o princípio da proteção da confiança, é certo que, ao decidir favoravelmente à manutenção da aposentadoria, o resultado prático desse tipo de deliberação harmoniza-se com esse princípio, porquanto atendeu às expectativas do interessado, pautadas no crédito

³¹³ VALIM, op. cit., p. 49.

³¹⁴ Ac. 6.148/2013-TCU-1ª Câmara, rel. Min. Valmir Campelo; Ac. 2.435/2014-TCU-2ª Câmara, rel. Min. Raimundo Carreiro; Ac. 9.721/2011-TCU-2ª Câmara, rel. Min. Raimundo Carreiro; e acórdãos mencionados na nota 239.

³¹⁵ Nos termos do art. 40 da Constituição, os prazos ordinários para a aposentadoria voluntária do servidor público são 30 anos para mulheres e 35 anos para homens.

empenhado no ato administrativo que concedeu sua aposentadoria, estabilizando, assim, uma relação jurídica constituída há anos.

8.6. Notas conclusivas

Verifica-se, do exposto, que o TCU utiliza o critério da proporcionalidade para harmonizar o princípio da legalidade em sentido estrito com os demais princípios regentes da Administração.

Essa postura converge para a segurança jurídica, na medida em que aumenta o grau de certeza na atuação dos gestores públicos diante da complexidade normativa do Direito Administrativo, que lhes impõe obediência a diversas regras de procedimento, limites e proibições, e, de forma concomitante, aos princípios de economicidade e eficiência. Em relação aos servidores, o uso do critério da razoabilidade foi aplicado pelo TCU para privilegiar a proteção da confiança, ao admitir a aplicação do prazo decadencial de 5 anos previsto no art. 54 da Lei 9.784/1999 como limite temporal à restituição de verbas remuneratórias recebidas de boa-fé por servidor público em virtude de erro da Administração.

No que tange aos atos de pessoal, o TCU aplica o crivo da proporcionalidade como critério para decidir em que hipóteses a segurança jurídica e a proteção da confiança devem prevalecer sobre a legalidade *stricto sensu*.

9. O ATIVISMO JURISPRUDENCIAL NO TCU E SEUS EFEITOS SOBRE A SEGURANÇA JURÍDICA

Outro aspecto relevante da segurança jurídica no âmbito do Tribunal de Contas da União são os efeitos negativos, sobre o aludido princípio, das eventuais decisões baseadas em leituras criativas do Direito que ultrapassam os limites da interpretação para avançar sobre a competência legislativa. No âmbito do Poder Judiciário, esse fenômeno tem recebido o nome de ativismo judicial.

Neste capítulo, faz-se uma análise sobre a forma como tal fenômeno se expressa na jurisprudência do TCU e em que medida isso prejudica a segurança jurídica.

9.1. O ativismo judicial ou jurisprudencial – notas conceituais

Embora o conceito de ativismo judicial seja impreciso e objeto de múltiplas controvérsias³¹⁶, é possível extrair um núcleo relativamente comum nas muitas definições dadas a esse fenômeno. Consiste, basicamente, na postura dos juízes quando elastecem a interpretação da lei a ponto de criar normas cuja positivação seria competência do Poder Legislativo³¹⁷. Em curtas palavras, o ativismo judicial pode ser entendido como um avanço da função jurisdicional sobre a competência legislativa.

Sob esse prisma, o ativismo é geralmente criticado sob o argumento de que fere a separação de poderes e, assim, ofende ao princípio da democracia.

Lênio Streck anota que o ativismo não é a mera expressão do grau de liberdade relativa do intérprete em função do grau de indeterminação da norma, dentro da ótica positivista e pós-positivista de que não há univocidade entre norma e

³¹⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Em busca de um conceito fugidio - o ativismo judicial*. In: André Luiz Fernandes Fellet; Daniel Giotti de Paula; Marcelo Novelino. (Org.). *As novas faces do Ativismo Judicial*. 1ª ed. São Paulo: Editora Podium, 2011, v. 1, p. 387-402. CANON, Bradley C. *Defining the Dimensions of Judicial Activism*. *Judicature*. Vol. 66. N. 6 – Dez/1982-Jan/1983. p. 236-247. LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou Altiwez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. 2008. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br> (acesso em 11/7/2013); STRECK, Lenio L.; BARRETTO, Vicente de Paulo; e OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Normas Constitucionais Inconstitucionais*. Consultor Jurídico. 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jul-19/confiar-interpretacao-constituicao-poupa-ativismo-judiciario>. Acesso em 9/07/2013.

³¹⁷ Embora também tenha sido denominado de ativismo judicial a postura conservadora da Suprema Corte dos Estados Unidos ao negar validade a lei contrária à segregação racial e tentar impedir as

sentido. O ativismo, segundo o autor, é marcado pela prevalência da vontade, do arbítrio, do juiz na extração do sentido normativo³¹⁸. Com base na doutrina de Konrad Hesse, o autor assinala que a decisão ativista “vai além do próprio texto da Constituição, acarretando um rompimento constitucional”³¹⁹.

Em sua análise do ativismo judicial, Bradley Canon sugere seis dimensões de aferição do fenômeno, baseadas principalmente no grau de tensão que a decisão judicial pode apresentar em relação aos princípios democráticos. Segue-se uma sintética descrição dessas dimensões (ou critérios), aqui anotadas em livre tradução do texto original³²⁰:

1) majoritarismo: grau de desrespeito, pelo Poder Judiciário, ao negar políticas públicas oriundas do processo democrático;

2) estabilidade interpretativa: grau em que recentes doutrinas, interpretações ou decisões são alteradas pelo Judiciário, gerando insegurança jurídica;

3) fidelidade Interpretativa: grau em que as normas constitucionais são interpretadas contrariamente às claras intenções dos seus autores ou ao sentido linguístico usual do texto normativo;

4) processo democrático substantivo: grau em que a decisões judiciais criam regras ou políticas públicas substantivas em desrespeito ao processo político democrático;

5) especificidade da política pública: grau de estabelecimento judicial de normas de políticas públicas que deveriam ser postas segundo a discricionariedade dos agentes governamentais;

6) agentes alternativos de formulação de políticas públicas: grau em que as decisões judiciais sobrepõem-se às competências e à própria expertise de outros entes governamentais responsáveis pela elaboração de normas e políticas públicas (p.ex.: agências).

transformações econômicas que o *new deal* de Roosevelt tentava operar na primeira metade do século 20 (STRECK et al, op. cit.).

³¹⁸ STRECK, 2012, p. 38-39.

³¹⁹ Ibid., p. 53.

³²⁰ CANON, op. cit., p. 239.

Na doutrina brasileira, Luís Roberto Barroso pontua três notas características do fenômeno em estudo³²¹:

1) “a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário”;

2) “a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição”;

3) “a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”.

Por outro lado, é possível reconhecer em certas formas de ativismo judicial um movimento natural e até necessário do Poder Judiciário para, sob certas circunstâncias e com o fito de garantir efetividade a preceitos constitucionais, preencher lacunas normativas que a morosidade do Parlamento não consegue fazer. Lorenzo Chieffi sustenta que o ativismo judicial na Itália foi mais intenso nos anos iniciais da Constituição de 1948, como reflexo da necessidade de garantir efetividade a novos direitos contemplados naquela carta política. Aos poucos, com a positivação desses direitos – reconhecidos pelo Poder Legislativo –, esse ativismo retraiu-se naturalmente³²². De acordo com o mesmo autor, esse momento histórico do Judiciário também estaria ocorrendo no Brasil, porém com 40 anos de diferença. Assim, o ativismo judicial seria um movimento natural no seu devido tempo e lugar.

No âmbito do nosso Supremo Tribunal Federal, o ativismo também é visto, ao menos por parte dos seus membros, como algo natural em face da dimensão política da sua jurisdição. Isso é denotado, por exemplo, nas seguintes palavras da Ministra Ellen Gracie, quando Presidente do STF, ao fazer referência à possibilidade de revisão dos acórdãos do TCU pela Corte Constitucional:

O julgamento, é certo, sempre haverá de preservar as competências essenciais da administração apesar de um certo ativismo judicial

³²¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Consultor Jurídico*. Edição de 22/12/2008. p. 6. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 26/7/2013.

³²² CHIEFFI, Lorenzo. *Ativismo Judicial*. Notas de aula ministrada na Disciplina “Constitucionalismo Europeu”. Faculdade de Direito da Universidade de Granada. Espanha. 2013 (mimeo).

conatural, resultante da dimensão política da jurisdição suprema estar latente nos veredictos do STF³²³.

Flávia Martins Affonso anota a possibilidade de enfocar-se o ativismo “como uma atuação do Judiciário na defesa das minorias democráticas, assim como defesa dos direitos sociais”³²⁴.

Luís Roberto Barroso, ao referir-se ao assunto, anota que:

...o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva³²⁵.

Longe de esgotar os possíveis enfoques e conceitos aplicáveis ao termo “ativismo judicial”, a definição de ativismo aqui empregada pode ser sintetizada como a produção de decisões jurisdicionais que estendem a interpretação das leis e da Constituição a ponto de criar normas cuja positivação seria competência do Poder Legislativo.

Em relação às decisões do Tribunal de Contas da União, convém reconhecer a inadequação do adjetivo “judicial”, porquanto o TCU, embora tenha uma configuração constitucional judicialiforme³²⁶ (jurisdição própria, ministros, ministério público, órgãos colegiados, acórdãos, recursos, competência para aplicar sanções etc.), não é um órgão do Poder Judiciário. É um tribunal administrativo. Logo, o termo ativismo “judicial” mostra-se inadequado à espécie.

Embora essa natureza das decisões do TCU possa sugerir o uso de adjetivos alternativos para o fenômeno em estudo (“ativismo interpretativo”, “judicialiforme”, “jurisprudencial”, “jurisdicional” etc.), utiliza-se, no presente capítulo, apenas a palavra “ativismo” ou o termo “ativismo jurisprudencial”, embora mantendo o mesmo núcleo conceitual definido para a forma judicial de ativismo.

³²³ GRACIE, Ellen. Notas sobre a revisão judicial das decisões do Tribunal de Contas da União pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista do TCU*. Brasília: TCU, ano 38, n. 110. Set-Dez/2007, p. 7-15. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2054056.PDF>. Acesso em: 23/09/2014.

³²⁴ AFFONSO, Flávia Martins. Da Diferença de Estruturação dos Tribunais Constitucionais no Velho e Novo Mundo: o ativismo judicial seria mesmo uma expressão tipicamente americana? *Revista do Instituto do Direito Brasileiro - RIDB*. Lisboa: Instituto do Direito Brasileiro/Faculdade de Direito de Lisboa, 2013, n. 8: p. 7607. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com>. Acesso em 26/7/2013.

³²⁵ BARROSO, op. cit., p. 6.

³²⁶ GRACIE, op. cit.

Feita essa anotação, retorna-se à questão central.

As atribuições constitucionais e legais do TCU conferem-lhe um poder considerável para ditar a interpretação do Direito Administrativo que deve ser adotada pelos jurisdicionados. Além de firmar entendimentos jurisprudenciais sobre matérias de sua competência, mediante acórdãos e súmulas, o Tribunal também possui a atribuição legal de responder a consultas que lhes são dirigidas, as quais – frise-se – têm caráter normativo sobre questões analisadas em abstrato.

Essa atribuição é definida no art. 1º, §2º, da Lei 8.443/1992: “A resposta à consulta a que se refere o inciso XVII^[327] deste artigo tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto”. É dizer, as respostas do TCU a consultas têm força normativa, à semelhança das leis. Vinculam os jurisdicionados sob pena de multa ou julgamento pela irregularidade de suas contas, além de outras sanções previstas na Lei 8.443/1992.

Por outro lado, as construções jurisprudenciais emanadas incidentalmente em acórdãos comuns (proferidos em processos de representação, relatórios de auditoria, processos de contas etc.) também “criam” “normas” de conduta para os gestores públicos que não estão previstas de forma expressa em leis ou regulamentos. No caso do TCU, repete-se que essas “normas” geradas na via jurisprudencial possuem força cogente sobre os gestores, porquanto o seu descumprimento pode eventualmente redundar em alguma das multas previstas na Lei Orgânica do Tribunal³²⁸.

Esse arcabouço legal confere ao TCU, conforme dito há pouco, um grande poder institucional para interpretar e mesmo ditar o Direito Administrativo no âmbito federal, com alcance não apenas sobre os gestores públicos federais, mas também,

³²⁷ “XVII - decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência, na forma estabelecida no Regimento Interno.” [o art. 1º da Lei 8.443/1992 define as principais competências do TCU] (BRASIL, 1992b).

³²⁸ Apenas para ilustrar: o art. 58 da Lei 8.443/1992 prevê multa por: “II- ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial”; “VII - reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal”; “§ 1º (...) deixar de dar cumprimento à decisão do Tribunal, salvo motivo justificado.” (Ibid).

em alguns casos, sobre pessoas físicas e jurídicas particulares, além de prefeitos e governadores³²⁹.

A partir de uma análise da base de jurisprudência do TCU, é possível extrair julgados em que essas competências parecem ter extrapolado os limites da mera interpretação das leis administrativas para criar novas normas, impondo condutas aos administradores, gerando direitos etc. Isso é verificado principalmente no que tange a direitos de servidores.

Esse viés ativista do TCU reduz o grau de certeza na interpretação das normas administrativas pelos jurisdicionados, além de dificultar a previsibilidade dos resultados de suas condutas, o que, como visto, colide com o princípio da segurança jurídica.

Na sequência, analisam-se alguns casos concretos extraídos da jurisprudência do TCU que revelam o ativismo jurisprudencial, especialmente quanto ao aspecto da instabilidade de suas decisões e seus reflexos negativos sobre a segurança jurídica.

9.2. Incorporação da “opção” decorrente dos quintos de função comissionada

O primeiro exemplo selecionado é o entendimento fixado na Decisão 481/1997-TCU-Plenário, relatada pelo Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira.

Tratou-se de um processo administrativo *interna corporis* do Tribunal, que criou uma nova hipótese – não prevista em lei – para os servidores que se aposentassem após exercer cargo ou função comissionada carreassem para seus proventos uma parcela vinculada ao exercício pretérito da função/cargo comissionado (denominada de “opção”), cumulativamente com o(s) quinto(s) incorporados até a data da inativação.

³²⁹ Nos termos do art. 5º, incisos I, II e IV, da Lei 8.443/1992, a jurisdição do TCU abrange, entre outras categorias de jurisdicionados: “I - qualquer pessoa física, órgão ou entidade a que se refere o inciso I do art. 1º desta Lei, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta assumas obrigações de natureza pecuniária; II - aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário; (...) VII - os responsáveis pela aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;” (LOTUCU - BRASIL, 1992b).

No plano legal, a matéria era disciplinada no então vigente art. 193 da Lei 8.112/1990 (Estatuto dos Servidores Federais), a exigir dos servidores, para a concessão do referido direito, o exercício de função comissionada por um período de cinco anos consecutivos ou dez interpolados³³⁰.

Contudo, o TCU, mediante o que denominou, à época, de “construção jurisprudencial”, deixou assente que esse direito seria devido mesmo aos servidores que detivessem somente uma fração (1/5 ou 1/10³³¹) da função comissionada incorporados à remuneração.

Os argumentos então utilizados para fundamentar essa conclusão são complexos, resultantes da combinação de um emaranhado de normas estatutárias, cuja descrição, aqui, fugiria ao objetivo deste trabalho.

A Decisão 481/97, embora tenha sido proferida, como se disse, no âmbito administrativo interno do TCU, terminou se propagando para a jurisprudência de controle externo do Tribunal, estendendo sua eficácia para toda a Administração Federal.

Entretanto, cerca de quatro anos depois de consolidada essa jurisprudência, esse entendimento foi revogado pelo próprio TCU, mediante a Decisão 844/2001-Plenário.

Ao fundamentar essa deliberação, o Ministro Walton Alencar Rodrigues – relator da matéria –, apresentou vários argumentos para demonstrar o caráter ativista daquele *decisum* de 1997, conforme se verifica nas seguintes passagens do voto então apresentado pelo relator:

³³⁰ “Art. 193. O servidor que tiver exercido função de direção, chefia, assessoramento, assistência ou cargo em comissão, *por período de 5 (cinco) anos consecutivos, ou 10 (dez) anos interpolados, poderá aposentar-se com a gratificação da função ou remuneração do cargo em comissão, de maior valor, desde que exercido por um período mínimo de 2 (dois) anos.* § 1º Quando o exercício da função ou cargo em comissão de maior valor não corresponder ao período de 2 (dois) anos, será incorporada a gratificação ou remuneração da função ou cargo em comissão imediatamente inferior dentre os exercidos. § 2º A aplicação do disposto neste artigo exclui as vantagens previstas no art. 192, bem como a incorporação de que trata o art. 62 [incorporação de 1 quinto/décimo do valor da função comissionada a cada ano de exercício, até o limite de 5/5 ou 10/10], ressalvado o direito de opção.” (BRASIL. *Lei nº 8.112/1990 – Estatuto do Servidor Civil Federal*. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 23/09/2014).

³³¹ Inicialmente essa incorporação era feita em frações de 1/5; depois foi alterada para 1/10.

A manutenção da Decisão 481/97 implica, na essência, admitir que pode o Tribunal de Contas da União, atuando como legislador positivo, estabelecer vantagens pecuniárias não previstas especificamente em lei - mesmo ao seu arrepio - com violação do princípio constitucional da legalidade administrativa, estimulando e criando ipso facto nova categoria de servidores públicos com proventos incondizentes com a realidade do País, com o interesse público e com a política do Governo para o setor.

Se pudesse o TCU afirmar que o servidor com um décimo, ou um quinto, tivesse direito à verba da opção, poderia também erigir qualquer outra circunstância como fato gerador da percepção da referida verba pecuniária, ou de qualquer outra, mesmo em dissonância com as decisões de cunho político, desenvolvidas para o setor pelo Poder Executivo.

[...]

Quanto à alegação de ser a Decisão 481/97 mera consolidação de entendimentos do próprio TCU sobre o instituto da opção, verifico que se trata de crasso equívoco, já que a Decisão 481/97 foi muito além desse desiderato, constituindo verdadeiro diploma normativo, com efeitos que extrapolaram a órbita do TCU para inovar toda a ordem jurídica, com devastadores efeitos sobre as finanças públicas e imediata aplicação por inúmeros outros órgãos públicos.

Na verdade, não existem dúvidas de que a Decisão 481/97, a partir de sua edição, aumentou sobremaneira a despesa pública, sem embasamento legal e constitucional. O TCU, ao editar tal ato normativo, inovou a ordem jurídica, para criar novas formas de aumento de remuneração para o funcionalismo desta Casa, com brutal incremento da despesa atinente a esta rubrica.³³²

Nesse momento de verdadeira autoanálise, o próprio TCU reconheceu ter adotado uma postura ativista no aresto de 1997, embora não tenha utilizado esse termo.

Interessante notar que esse ativismo, como se infere, não decorreu de um esforço para concretizar eventual direito constitucional dos servidores carente de positivação pelo Poder Legislativo. O resultado da construção jurisprudencial havida em 1997 foi a ampliação do raio de alcance de um direito estatutário cuja disciplina era típica de lei ordinária.

Essa decisão foi alvejada por mais de 90 recursos interpostos concomitantemente por servidores, sindicatos e outras entidades de classe, inconformados com a perda do mencionado “direito”. Isso revela a extensão do impacto que a nova deliberação teve sobre parte do funcionalismo público que se beneficiava do entendimento anterior.

³³² Excerto do voto proferido pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues na Decisão 844/2001-TCU-Plenário.

Porém, a insurgência dos recorrentes não foi motivada somente pela extinção do direito jurisprudencialmente criado pelo TCU. Também o foi pelo fato de a Decisão 844/2001 ter determinado a todos os órgãos da Administração Pública que promovessem o “reexame dos proventos de aposentadoria compostos sob orientação da Decisão 481/1997-TCU-Plenário, para a pronta exclusão da parcela opção” nos casos incompatíveis com o novo entendimento firmado pelo Tribunal sobre a matéria (item 8.5 da Decisão 844/2001-Plenário³³³).

Neste ponto, abrimos parêntesis para anotar que esse caso confirma a crítica formulada por Bradley Canon de que o ativismo prejudica a estabilidade interpretativa ao produzir oscilações de jurisprudência³³⁴. Efeito corolário dessa instabilidade é a insegurança jurídica.

Para mitigar esse efeito danoso, o TCU, quatro anos depois, ao finalizar o julgamento dos múltiplos recursos, proferiu o Acórdão 2076/2005-Plenário, deliberando no sentido preservar os atos de aposentadoria apoiados na Decisão 481/1997, mas publicados até a véspera da Decisão 844/2001-Plenário. Com isso, o Tribunal preservou a segurança jurídica em favor dos servidores que se aposentaram sob o amparo do entendimento jurisprudencial anterior³³⁵.

Essa dicção, por sinal, já estava positivada, à época, no art. 2º, Parágrafo Único, inciso XIII, da Lei 9.784/1999, que, como visto no Capítulo 4, veda aos órgãos da administração pública federal a aplicação de interpretações retroativas³³⁶.

³³³ “8.5. determinar aos órgãos da Administração Pública Federal que promovam o reexame dos proventos de aposentadoria compostos sob orientação da Decisão 481/97-TCU-Plenário, para a pronta exclusão da parcela opção, derivada exclusivamente da vantagem quintos ou décimos, esclarecendo que é assegurada, na aposentadoria, a vantagem decorrente da opção, prevista no artigo 2º da Lei 8.911/94, aos servidores que, até a data de 18 de janeiro de 1995, tenham satisfeitos os pressupostos temporais estabelecidos nos arts. 180 da Lei 1.711/52 e 193 da Lei 8.112/90, sem prejuízo da aplicação da Súmula 106 da Jurisprudência deste Tribunal aos valores recebidos de boa-fé até a data desta Decisão;”

³³⁴ CANON, 1983.

³³⁵ Convém reprimir que os atos de aposentadoria do setor público federal devem ser encaminhados para o TCU para fins de exame de legalidade e registro, nos termos do art. 71, inciso III, da Constituição Federal, sendo condição necessária ao aperfeiçoamento do ato. Esse interregno entre a publicação do ato no Diário Oficial da União e a respectiva apreciação pelo Tribunal de Contas pode consumir vários anos (a base de dados de jurisprudência do TCU contabiliza dezenas de casos de atos apreciados pelo Tribunal mais de 10 anos depois de sua publicação, principalmente em face da sua remessa tardia pelos órgãos de origem). Daí ter prevalecido o entendimento de resguardar os atos publicados durante a “vigência” do entendimento anterior.

³³⁶ “Art. 2º (...) Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o

9.3. Necessidade de contribuição previdenciária sobre tempo de serviço rural para aposentadoria

O segundo caso também é fruto de uma postura ativista do TCU ocorrida final da década de 1990.

Trata-se do entendimento firmado na Decisão 663/1997-Plenário e ratificado na Decisão 841/1997-Plenário (esta versando sobre Consulta formulada pelo Presidente do Superior Tribunal Militar, tendo, portanto, caráter normativo).

O entendimento fixado nessas decisões admitia, para fins de aposentadoria estatutária, o cômputo de tempo de serviço rural sem as correspondentes contribuições previdenciárias, bastando a prova da certidão expedida pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS –, atestando a prestação laboral. Segundo as decisões mencionadas, esse direito poderia ser implementado até a edição da Medida Provisória 1.523/96, que teria extinguido em definitivo essa possibilidade.

Segue-se a orientação firmada na Decisão 663/97-Plenário, ratificada, em essência, na resposta à Consulta de que tratou a Decisão 841/97-Plenário:

...é computável para efeitos de aposentadoria e disponibilidade, na forma prevista no art. 103, inciso V, da Lei nº 8.112/90, o tempo de atividade rural anterior à vigência da Lei nº 8.213, de 24/7/1991 (D.O.U. de 25/7/1991), sem a comprovação do pagamento das contribuições a eles inerentes, desde que o interessado tenha protocolizado o pedido de averbação antes da primeira edição da Medida Provisória nº 1.523, de 11/10/1996 (D.O.U. de 14/10/1996).

Um dos fundamentos adotados nessa exegese, firmada em 1997 pelo TCU, foi a interpretação combinada dos arts. 55, § 2º, 94 e 96, inciso V, da Lei 8.213/1991 (Lei de Benefícios da Previdência Social), em suas redações vigentes antes da MP 1.523/1996³³⁷.

atendimento do fim público a que se dirige, *vedada aplicação retroativa de nova interpretação.*” (Lei 9.784/1999 – BRASIL, 1999a) [grifou-se].

³³⁷ “Art. 55 (...) § 2º O tempo de serviço do segurado trabalhador rural, anterior à data de início de vigência desta lei, será computado independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes, exceto para efeito de carência, conforme dispuser o Regulamento.” (redação original) “Art. 94. Para efeito dos benefícios previstos no Regime Geral de Previdência Social, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição ou de serviço na Administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diferentes sistemas de previdência social se compensam financeiramente.” “Art. 96. (...) V - o tempo de serviço do segurado trabalhador rural, anterior à data de início de vigência desta Lei, será computado sem que seja necessário o pagamento das contribuições a ele correspondentes, desde que cumprido o período de carência.” (inciso revogado pela MP 1.523/96).

Com a edição da MP 1.523/1996, a redação do §2º do art. 55 da referida lei foi alterada, passando a vedar expressamente a averbação de tempo de serviço rural para efeito de aposentadoria no serviço público sem as correspondentes contribuições previdenciárias³³⁸. Essa medida provisória também suprimiu o inciso V do art. 96 da Lei de Benefício da Previdência Social

Assim, o TCU definiu que, se o servidor público tivesse solicitado averbação de tempo de serviço rural antes da aludida medida provisória, poderia aproveitá-la futuramente para fins de aposentadoria estatutária, mesmo que o período averbado não tivesse as correspondentes contribuições previdenciárias.

Poucos meses depois, em dezembro de 1997, o Supremo Tribunal Federal sinalizou a inconstitucionalidade dessa interpretação ao pronunciar-se sobre pedido cautelar na ADI-MC 1664 (DJ de 19/12/97). Embora a ADI 1664 tenha sido posteriormente declarada prejudicada por falta de aditamento da inicial³³⁹, a dicção anotada na decisão cautelar de 1997 foi replicada em diversos outros julgados do Supremo, consolidando sua jurisprudência sobre o tema³⁴⁰.

A exegese firmada pelo STF foi no sentido de que a obrigatoriedade das contribuições previdenciárias para assegurar a contagem recíproca do tempo de serviço rural para fins de aposentadoria estatutária é exigência da própria Constituição Federal, consoante o § 2º do seu art. 202, na redação vigente antes da Emenda 20/98³⁴¹. Esse dispositivo utilizava expressamente o termo “tempo de contribuição”, e não “tempo de serviço”, ao dispor sobre o referido direito³⁴².

³³⁸ “Art. 55 (...) § 2º O tempo de atividade rural anterior a novembro de 1991, dos segurados de que tratam a alínea ‘a’ do inciso I ou do inciso IV do art. 11, bem como o tempo de atividade rural do segurado a que se refere o inciso VII do art. 11, serão computados exclusivamente para fins de concessão do benefício previsto no art. 143 desta Lei e dos benefícios de valor mínimo, vedada sua utilização para efeito de carência, de contagem recíproca e de averbação de tempo de serviço de que tratam os arts. 94 a 99 desta Lei, salvo se o segurado comprovar recolhimento das contribuições relativas ao respectivo período, feito em época própria” (redação dada pela MP 1.523/1996).

³³⁹ Conforme despacho da então Presidente do STF, Ministra Ellen Gracie. DJ 04/04/2002.

³⁴⁰ MS 26.919, rel. min. Marco Aurélio, DJ 14/04/2008; MS 26.461, rel. min. Ricardo Lewandowski, DJ 05/03/2009; MS 27.682, rel. min. Joaquim Barbosa, DJe 14/06/2012; etc.

³⁴¹ A discussão toda girou em torno das aposentadorias concedidas antes da edição da Medida Provisória 1.523/1996 (momento anterior, portanto, à EC 20/98). Após esse período, houve consenso de que o tempo de serviço rural só poderia ser aproveitado, para fins de aposentadoria, com as devidas contribuições previdenciárias. Outrossim, com o advento da referida emenda, a norma contida no § 2º do art. 202 foi integralmente transposta para o § 9º do art. 201 da Constituição Federal.

³⁴² “Art. 202 (...) § 2º - Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do *tempo de contribuição* na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os

Somente em 2006 – quase 9 anos depois –, foi que o TCU incorporou efetivamente essa interpretação da Corte Constitucional. A mudança de entendimento ocorreu por meio dos Acórdãos 740/2006 e 1.893/2006, ambos do Plenário do TCU. A partir de então, o Tribunal de Contas passou a considerar não ser admissível, em nenhuma época, o aproveitamento de tempo de serviço rural para fins de aposentadoria estatutária sem a prova do recolhimento das contribuições previdenciárias à época da realização da atividade rural ou, mesmo a *posteriori*, de forma indenizada³⁴³.

Não se pretende analisar, neste espaço, todos os demais argumentos que fundamentaram essas duas posições antagônicas – a de 1997 e a de 2006 –, mas a leitura dos votos que nortearam essas deliberações³⁴⁴ revela que a primeira decorreu de uma postura ativista, ao passo que a segunda interpretação pautou-se em uma leitura conservadora e positivista da matéria.

O viés ativista das decisões de 1997 é demonstrado pelo fato de o TCU ter criado, na ocasião, mediante uma “construção jurisprudencial”, a possibilidade jurídica de gozo de um direito previdenciário não prevista em lei e, ainda, incompatível com a Constituição, o que dá um tom mais intenso ao arroubo ativista que marcou o surgimento desses precedentes.

Já em 2006, a nota conservadora da mudança de entendimento do TCU revela-se pelo fato de ter sido fundamentada em uma interpretação direta e literal do dispositivo constitucional aplicável à matéria³⁴².

À semelhança do exemplo anterior, o balanço jurisprudencial causado pelo impulso ativista do TCU em 1997 e pela retomada da postura conservadora em 2006 gerou reflexos negativos à segurança jurídica dos aposentados que tiveram seus atos publicados sob o amparo da jurisprudência anterior, mas apreciados pelo

diversos sistemas de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei.” [grifou-se] (BRASIL, 1988).

³⁴³ Nos termos do art. 96, inciso IV, da Lei 8.213/91, c/c o art. 45, §§ 3º e 4º, da Lei 8.212/91 (BRASIL. *Lei nº 8.212/1991* – Lei de Orgânica da Seguridade Social. 1991a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212.htm>. Acesso em: 23/09/2014; _____. *Lei nº 8.213/1991* – Lei de Benefícios da Previdência Social. 1991b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213.htm>. Acesso em: 23/09/2014).

³⁴⁴ Disponível no sítio do TCU na Internet: www.tcu.gov.br

Tribunal de Contas em conformidade com a nova exegese. Assim, muitos atos de aposentadoria tiveram seus registros negados após anos de vigência temporária.

Conforme visto no Capítulo 7, essa questão foi novamente debatida no Acórdão 2.595/2009-TCU-Plenário, em que se pretendia autorizar a revisão de ofício das deliberações pretéritas do Tribunal que autorizaram o registro de atos amparados na jurisprudência anterior. Com essa revisão, o TCU impugnaria os tempos de serviço rural averbados sem os devidos recolhimentos previdenciários, consideraria ilegais os respectivos atos, negar-lhes-ia registro e, assim, impor a aos interessados a obrigação de retorno ao trabalho, depois de anos de inatividade. Alternativamente, caso os interessados desejassem preservar suas aposentadorias, seria necessário o recolhimento das contribuições previdenciárias correspondentes ao tempo de serviço rural averbado para fins de aposentadoria.

Contudo, essa proposta – decorrente de representação do Ministério Público junto ao TCU – foi rejeitada, por maioria, pelo Tribunal Pleno. O voto condutor desse acórdão, proferido pelo Ministro Raimundo Carreiro, sustentou a prevalência, na espécie, do princípio da segurança jurídica, não só em face do longo tempo decorrido desde a publicação dos atos de aposentadoria, mas, principalmente, em virtude da já comentada proibição de interpretações retroativas no âmbito da Administração Federal, consoante art. 2º, Parágrafo Único, inciso XIII, da Lei 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo)³⁴⁵.

Por outro lado, o Acórdão 2.595/2009-Plenário somente afastou a possibilidade de o TCU proceder à revisão de ofício de atos já registrados sob o manto da jurisprudência anterior. Os atos assim publicados mas apreciados originalmente depois da guinada de entendimento passaram a ser considerados ilegais pelo TCU, tendo seus registros negados, havendo somente uma voz discordante entre os respectivos ministros³⁴⁶.

³⁴⁵ Vide nota 336.

³⁴⁶ Após ser vencido em várias assentadas ao sustentar a incidência da segurança jurídica para preservar todos os atos publicados sob à égide da jurisprudência anterior – à semelhança da solução adotada na questão dos “quintos” e da “opção” (Decisões 481/1997-P x Decisão 844/2001-P) – o Ministro Raimundo Carreiro passou a acompanhar a maioria, votando com ressalvas nos casos da espécie (ex.: Acórdãos 1.484/2012, 2.727/2012 e 1.802/2013, da 2ª Câmara; Acórdão 3.002/2011 – Plenário).

Os argumentos então adotados pelo Ministro Raimundo Carreiro foram resumidos no Capítulo 7 (subtítulo 7.6), quando se analisou a questão à luz do princípio da proteção da confiança, demonstrando-se os efeitos negativos que as oscilações jurisprudenciais poderiam ocasionar à confiança das pessoas nos atos da Administração caso não se respeitasse o subprincípio da irretroatividade das interpretações novas restritivas de direitos.

Vê-se, portanto, que, à semelhança do primeiro caso, o exemplo em foco também se amolda à crítica formulada por Bradley Canon quanto ao efeito negativo que o ativismo pode acarretar à segurança jurídica, em virtude das oscilações jurisprudenciais que provoca.

9.4. Incorporação de quintos de função comissionada

Embora os dois casos assinalados tenham ocorrido em 1997, colhem-se outros exemplos na jurisprudência mais recente do TCU, a exemplo do Acórdão 2.248/2005-Plenário³⁴⁷, ratificado em sede de consulta mediante o Acórdão 514/2007-Plenário³⁴⁸. De acordo com essas deliberações, seria possível a incorporação de “quintos” de função comissionada, nos termos do art. 62A da Lei 8.112/1990, também no período de 9/4/1998 a 4/9/2001.

Esse entendimento decorreu de interpretação dada por vários órgãos da Administração Pública³⁴⁹ e seguida pelo TCU, acerca do art. 3º da Medida Provisória 2.225-45/2001³⁵⁰. Tal dispositivo, ao incluir o art. 62A na Lei 8.112/1990, para transformar os “quintos” incorporados em vantagem pessoal fixa, a chamada Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada (VPNI), teria revogado tacitamente o

³⁴⁷ Ac. 2.248/2005-TCU-Plenário, rel. Ministro-substituto Lincoln Magalhães da Rocha.

³⁴⁸ Ac. 514/2007-TCU-Plenário, rel. Ministro-substituto Marcos Bemquerer Costa.

³⁴⁹ Superior Tribunal de Justiça, Senado Federal, Tribunal Superior do Trabalho, Ministério Público Federal, Conselho da Justiça Federal.

³⁵⁰ “Art. 3º Fica acrescido à Lei no 8.112, de 1990, o art. 62-A, com a seguinte redação: ‘Art. 62-A. Fica transformada em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada - VPNI a incorporação da retribuição pelo exercício de função de direção, chefia ou assessoramento, cargo de provimento em comissão ou de Natureza Especial a que se referem os arts. 3º e 10 da Lei no 8.911, de 11 de julho de 1994, e o art. 3º da Lei no 9.624, de 2 de abril de 1998. Parágrafo único. A VPNI de que trata o **caput** deste artigo somente estará sujeita às revisões gerais de remuneração dos servidores públicos federais.’”

caput do art. 15 da Lei 9.527/1997, que, por sua vez, extinguiu expressamente a vantagem dos quintos³⁵¹.

Assim, de acordo com a interpretação dada pelo TCU – e por vários outros órgãos públicos –, a MP 2.225/2001 gerou, na prática, uma reconstituição da norma anterior concessiva dos “quintos”, revogada originalmente em 1997, com a Lei 9.527.

Conforme esse raciocínio, os quintos seriam devidos até a véspera da edição da MP 2.225/2001. O fundamento principal desse entendimento é a clássica – porém questionável – máxima de que a lei não possui palavras, expressões ou comandos inúteis. Assim, se uma norma foi revogada, então é porque antes ela existia. Como se vê, a interpretação dada à matéria, na ocasião, baseou-se na premissa de que é *impossível* haver uma falha de técnica legislativa.

Essa tese foi refutada, na ocasião, pelos Ministros Guilherme Palmeira, Benjamin Zymler e Walton Alencar Rodrigues, todos vencidos.

O caráter ativista dessa deliberação – embora assentada em precedentes administrativos de outros órgãos da Administração Pública – foi bem anotado no voto revisor então apresentado pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, do qual extraímos o seguinte excerto:

A extrapolação dos lindes fixados pela MP nº 2.225-45/2001 - conversão de parcelas já incorporadas em VPNI - significa a *usurpação, pelo hermeneuta, de competência do legislador ordinário e violação ao princípio da separação dos poderes*, pois somente cabe ao Parlamento a aprovação de lei de iniciativa do Poder Executivo que autorize o aumento de dispêndios com o funcionalismo público federal.³⁵² [grifou-se]

Com base nessa exegese, o Tribunal de Contas chegou a incluir em sua folha de pagamento, em março de 2006, o acréscimo de quintos dela decorrentes.

Entretanto, esse ato administrativo e todos demais os efeitos do Acórdão 2.248/2005-TCU-Plenário foram liminarmente suspensos por força de medida cautelar concedida em mandado de segurança impetrado pela Advocacia-Geral da

³⁵¹ “Art. 15. Fica extinta a incorporação da retribuição pelo exercício de função de direção, chefia ou assessoramento, cargo de provimento em comissão ou de Natureza Especial a que se referem os arts. 3º e 10 da Lei nº 8.911, de 11 de julho de 1994.”

³⁵² Trecho do voto revisor apresentado pelo Min. Walton Alencar Rodrigues no Ac. 2.248/2005-TCU-Plenário (Rel. Ministro-substituto Lincoln Magalhães da Rocha).

União contra a referida decisão do TCU³⁵³. Até a conclusão deste trabalho, matéria ainda estava pendente de julgamento no STF, com atributo de repercussão geral.

O abalo à segurança jurídica, nesse exemplo, decorre da instabilidade jurídica da decisão adotada pelo TCU, alvejada pela suspensão cautelar judicial dos seus efeitos, inclusive com impacto negativo sobre as expectativas remuneratórias dos servidores.

Os casos até aqui analisados demonstram que o TCU, eventualmente, adota posturas ativistas ao proferir acórdãos que criam direitos para servidores públicos a partir de “construções jurisprudenciais”, embora também apresente uma tendência de reverter essas posições depois de alguns anos, retomando uma postura mais conservadora.

Outro aspecto digno de nota são os indícios de que esses precedentes de ativismo jurisprudencial foram estimulados por pressões corporativistas. Isso é denotado pela elevada participação de sindicatos e outras entidades de classe nos respectivos processos, conforme se verifica nas dezenas de recursos interpostos contra as deliberações contrárias aos direitos estabelecidos nos precedentes analisados³⁵⁴.

9.5. Necessidade de prova de regularidade fiscal e trabalhista durante o curso do contrato

O quarto e derradeiro exemplo de ativismo que se examina foi voltado puramente à proteção do interesse público, no campo das licitações.

Trata-se do dever de aferição, a cada pagamento contratual, da regularidade fiscal do contratado. A Lei 8.666/1993 exige que o contratado demonstre a sua regularidade fiscal e trabalhista na fase de habilitação ao certame, estando obrigado a manter, durante toda a execução do contrato, todas as condições de habilitação exigidas no edital³⁵⁵.

³⁵³ MS 25.763-DF – Rel. Min. Gilmar Mendes. A liminar foi concedida, à época, pelo então relator, o Ministro Eros Grau, mediante decisão de 14/02/2006 – Dj: 17/02/2006.

³⁵⁴ A Decisão 844/2001-TCU-Plenário foi contestada por mais de 90 recursos, grande parte interposta por sindicatos. O Acórdão 2.248/2005-TCU-Plenário foi proferido em sede de recursos provocados por diversos sindicatos e entidades de classe.

³⁵⁵ Art. 27, inciso IV, e art. 55, inciso XIII da Lei 8.666/93. (BRASIL. *Lei nº 8.666/1993 – Lei de Licitações*. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666.htm. Acesso em 29/01/2013).

Essas normas estão em consonância com o art. 195, §3º, da Constituição Federal, a dispor que “A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.”.

Com base nessas normas, o TCU firmou o entendimento de que todos os pagamentos aos contratados deveriam ser precedidos da conferência acerca da sua regularidade fiscal e trabalhista. Isso foi estabelecido na Decisão 705/1994-TCU-Plenário, cujo relator foi o Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira, e no Acórdão 837/2008-TCU-Plenário, relatado pelo Ministro Raimundo Carreiro. Veja-se o que disseram tais decisões:

...nos contratos de execução continuada ou parcelada, a cada pagamento efetivado pela administração contratante, há que existir a prévia verificação da regularidade da contratada com o sistema da seguridade social, sob pena de violação do disposto no § 3º do art. 195 da Lei Maior.³⁵⁶

...firmar o entendimento, aplicável a todos os órgãos/entidades da Administração Pública Federal, no sentido da inclusão, em editais e contratos de execução continuada ou parcelada, de cláusula que estabeleça a possibilidade de subordinação do pagamento à comprovação, por parte da contratada, da manutenção de todas as condições de habilitação, aí incluídas a regularidade fiscal para com o FGTS e a Fazenda Federal, com o objetivo de assegurar o cumprimento do art. 2º da Lei nº 9.012/95 e arts. 29, incisos III e IV, e 55, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93.³⁵⁷

Apesar de esses entendimentos estarem em aparente consonância com as normas legais e constitucional em que se apoiam, não há disposição legal que imponha a forma como esse controle deve ser exercido nem quanto à possibilidade de retenção de pagamentos após a prestação do serviço, caso não se comprove a regularidade fiscal do contratado.

Dessa forma, pode-se indagar se essa dicção extrapolou os limites legalmente definidos para a matéria, impondo obrigações não previstas pelo legislador. Não seria admissível que o gestor público conferisse a regularidade fiscal periodicamente, porém sem fazê-lo necessariamente a cada pagamento? É consentânea com o princípio da vedação do enriquecimento sem causa a retenção

³⁵⁶ Decisão 705/1994-TCU-Plenário, rel. Min. Paulo Affonso Martins de Oliveira.

³⁵⁷ Ac. 837/2008-TCU-Plenário, rel. Min. Raimundo Carreiro.

de pagamentos por serviços executados, sob o pretexto de ausência de prova de regularidade fiscal?

A resposta a essas perguntas foi dada pelo próprio TCU anos depois, mediante a consulta objeto do Acórdão 964/2012-Plenário, relatado pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, em que proferido o seguinte entendimento:

1. Nos contratos de execução continuada ou parcelada, a Administração deve exigir a comprovação, por parte da contratada, da regularidade fiscal, incluindo a seguridade social, sob pena de violação do disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal, segundo o qual "a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o poder público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios".
2. Nos editais e contratos de execução continuada ou parcelada, deve constar cláusula que estabeleça a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, prevendo, como sanções para o inadimplemento dessa cláusula, a rescisão do contrato e a execução da garantia para ressarcimento dos valores e indenizações devidos à Administração, além das penalidades já previstas em lei (arts. 55, inciso XIII, 78, inciso I, 80, inciso III, e 87, da Lei nº 8.666/93).
3. Verificada a irregular situação fiscal da contratada, incluindo a seguridade social, é vedada a retenção de pagamento por serviço já executado, ou fornecimento já entregue, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração.³⁵⁸

A simples leitura da resposta à sobredita consulta denota que o TCU reconsiderou sua posição anterior, adotando uma postura menos ativista e mais consentânea com a margem de liberdade que o legislador conferiu aos gestores públicos na aplicação do referido dispositivo da Lei 8.666/1993, mantendo-se mais fiel ao texto da lei.

Também foi abandonado expressamente o entendimento fixado no acórdão de 2008, sobre a possibilidade de retenção de pagamentos. O novo acórdão vedou o procedimento, salientando a vedação do enriquecimento sem causa.

Vimos, neste último exemplo, uma postura ativista do TCU movida pela intenção de garantir a máxima efetividade à norma constitucional e aos comandos legais que exigem dos contratados da administração pública o dever de regularidade fiscal. Seria um “bom ativismo”, porquanto voltado à proteção do interesse público?

³⁵⁸ Ac. 964/2012-TCU-Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues.

Responder positivamente a essa pergunta seria precipitado. Ainda que a motivação tenha propendido para o interesse público – o que, ao senso comum, poderia soar como algo positivo –, restou demonstrado, anos depois, pelo próprio TCU, que a nota ativista do entendimento merecia revisão, porquanto restringia a liberdade de execução da norma e, mais grave, ofendia a um princípio geral do Direito.

9.6. Notas conclusivas

Em conclusão, pode-se considerar que o fenômeno do ativismo ocorre no âmbito do TCU, e que a forma como ele se expressa e seus resultados provocam reações no próprio Tribunal, levando-o a, posteriormente (anos depois), reavaliar sua jurisprudência. Ou seja, o órgão apresenta impulsos ativistas em dado momento, porém revela uma tendência de reversão dessas posições, o que denota também um viés conservador na Corte de Contas.

Esse comportamento prejudica a segurança jurídica das pessoas alvejadas por uma jurisprudência que oscila, ora gerando direitos ou obrigações, ora retornando à posição original.

No caso dos servidores, a prolação de uma decisão geradora de direitos – a exemplo da incorporação de quintos – gera expectativas de aumento de renda, com reflexos sobre o planejamento de suas vidas, que ou não se confirmam, por força da intervenção do Poder Judiciário ou pela própria mudança de entendimento do TCU.

Quanto à concessão de aposentadorias e pensões, o problema é mais tormentoso, pois, como visto, a guinada jurisprudencial pode ocorrer anos depois da publicação do ato de concessão do direito, o que reclamaria a proteção da confiança. Contudo, conforme visto no Capítulo 7, não é raro o TCU, em virtude de um giro de entendimento, negar o registro de atos expedidos há cinco, dez ou mais anos, sob o manto de uma jurisprudência válida à época.

10. O AGIR COMUNICATIVO NA CONSTRUÇÃO DE DECISÕES EM CASOS COMPLEXOS – A BUSCA DE DECISÕES MAIS “SEGURAS”

Neste capítulo, analisa-se em que medida o TCU, diante de casos complexos, busca aproximar-se dos jurisdicionados para, mediante um processo dialógico, construir uma decisão mais consentânea com a realidade subjacente ao processo e próxima – o quanto possível – das expectativas dos jurisdicionados e dos próprios agentes do Tribunal por uma decisão justa³⁵⁹, com reflexos positivos sobre a segurança jurídica, principalmente³⁶⁰ quanto à sua dimensão material³⁶⁰.

O marco teórico adotado para essa análise é a teoria do agir comunicativo, proposta por Jürgen Habermas, que, no escopo desta pesquisa, é assumida como uma trilha procedimental para aumentar a previsibilidade e a legitimidade das decisões do TCU perante os jurisdicionados em casos de alta complexidade fática e normativa, aspecto que, como demonstrado no Capítulo 2, vincula-se à segurança jurídica.

10.1. A Teoria do Agir Comunicativo, de Jürgen Habermas – um esboço teórico

O ponto de partida de Habermas, ao propor a utilização do agir comunicativo no plano do Direito é a crise do “normativismo do direito racional”, gerada pela complexidade das sociedades modernas e pela crise da razão prática. Segundo o autor, não é mais possível fundamentar os conteúdos normativos apenas em bases históricas e racionais³⁶¹. Não é “possível extrair da constituição histórica e natural do homem normativos para uma conduta racional da vida”³⁶². Esse é o panorama que justifica a substituição da razão prática pela razão comunicativa.

Embora marcado por diversos aspectos complexos, o agir comunicativo, em sua acepção mais ampla, pode ser sintetizado como uma forma de coordenação entre os “planos de ação de vários atores”, de modo a criar um “engate contínuo”

³⁵⁹ Diante da imprecisão do conceito de “justiça”, entenda-se, aqui, por decisão justa aquela que consegue abarcar ao máximo os aspectos fáticos e jurídicos do processo, produzindo resultados consonantes com as regras e princípios constitucionais e do Direito Administrativo aplicáveis ao caso.

³⁶⁰ Conforme visto no Capítulo 1, a dimensão material da segurança jurídica refere-se à busca de decisões justas.

³⁶¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. I, 2011. p. 18-21.

³⁶² *Ibid.*, p. 18.

entre essas diferentes atuações, sendo tal processo coordenado por “ações de fala” ou de “entendimento linguístico” orientados pela busca de entendimento³⁶³.

Dessa forma, a legitimidade da produção normativa (incluindo as normas obtidas mediante interpretação pelos Tribunais) requer um processo dialógico, de interlocuções, entre os agentes que criam ou interpretam as normas e seus respectivos destinatários, ambos os grupos movidos pela busca de consenso, baseado em protocolos comuns de linguagem. Para Habermas “São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”³⁶⁴. Trata-se, portanto, de uma proposta alinhada com a teoria do discurso e a compreensão procedimentalista do Direito³⁶⁵.

E nessa esteira, a linguagem e a comunicação constituem alicerces da razão comunicativa. O autor sustenta que a pretensão de verdade deve ser defensável, mediante argumentos, inclusive contra as objeções de possíveis opositores, de modo a obter-se um “acordo racional da comunidade de interpretação em geral”³⁶⁶. Tal proposição é acolhida, com algumas variações, por diversos autores.

Chaïm Perelman, por exemplo, sustenta posição semelhante ao propor sua teoria da “nova retórica”, que, em apertada síntese (dada pelo próprio Perelman), é “o estudo das técnicas discursivas que visam a provocar ou a intensificar a adesão de certo auditório às teses apresentadas”³⁶⁷. O referido autor também defende a importância das soluções interpretativas consensuais como fator de legitimação do Direito, mediante “raciocínios [dialéticos e retóricos] que visam estabelecer um acordo sobre os valores e sobre sua aplicação, quando estes são objeto de uma controvérsia”³⁶⁸.

³⁶³ Ibid., p. 35-36.

³⁶⁴ Ibid., p. 142.

³⁶⁵ OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. *Moralidade e Jurisdição: a compreensão procedimentalista do direito em Jürgen Habermas*. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina. 2006. Tese de doutorado em Direito. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/89102/237734.pdf?sequence=1>.

Acesso em 30/03/2014.

³⁶⁶ Ibid., p. 32.

³⁶⁷ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica*. Trad.: Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p. 154.

³⁶⁸ Ibid., p. 139.

Em linha muito semelhante, Charles Sanders Peirce – referido por Habermas na fundamentação de sua teoria – compreendia a verdade, já no século XIX, como “o resgate de uma pretensão de validade criticável sob as condições comunicacionais de um auditório de intérpretes alargado idealmente no espaço social e no tempo histórico” (nas palavras de Habermas)³⁶⁹.

A teoria do discurso de Habermas também apresenta pontos convergentes com os trabalhos de Klaus Günther, notadamente quanto à importância do diálogo e da busca de consenso na construção das normas. Para Günther, a validez da norma depende da aceitação de suas consequências por todos os atores envolvidos sob um mesmo conjunto de circunstâncias, sopesados seus interesses individuais³⁷⁰. Esse processo de construção e validação da norma baseia-se em uma ética do discurso, guiada por um senso de reciprocidade e imparcialidade entre as pessoas envolvidas.

Outro aspecto fundamental da teoria do agir comunicativo é a constante tensão entre os planos da validade (“validade que se mostra para nós” ou “pretensões de validade”) e da facticidade (“mundo da vida”)³⁷¹, a produzir uma relação dialética entre diversos aspectos e fatores antagônicos presentes na construção e na legitimação do Direito. Várias são as relações duais que ilustram essa tensão: racionalidade/normatividade, legitimidade/positividade, ideia/realidade, direito/poder, direito/moral etc.

No plano do Direito Administrativo, essa tensão pode revelar-se entre a gestão baseada na busca de resultados com eficiência e economicidade e, de outro lado, as regras impostas pelo princípio da legalidade, ou, de forma análoga, entre fiscalizado (agente público) e fiscal (órgão de controle).

A importância desse ponto da teoria habermasiana é bem resumida na seguinte indagação formulada pelo respectivo autor: “como é possível surgir ordem social a partir de processos de formação de consenso que se encontram ameaçados por uma tensão explosiva entre facticidade e validade?”³⁷². Perante esse desafio, a

³⁶⁹ HABERMAS, op. cit., v.1, p. 32-33.

³⁷⁰ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. Trad.: Cláudio Molz. São Paulo: Landy. 2004.

³⁷¹ HABERMAS, op. cit., v.1, p. 32-24.

³⁷² Ibid., p. 40.

teoria do agir comunicativo busca assimilar e estabilizar essa tensão, por meio da busca do consenso, da comunicação orientada ao entendimento.

Outro conceito invocado por Habermas para construir sua teoria é o “mundo da vida”, que pode ser compreendido como “um complexo de tradições entrelaçadas, de ordens legítimas e de identidades pessoais”, que engloba as instituições e o próprio agir comunicativo³⁷³.

A importância do mundo da vida na teoria de Habermas reside na sua poderosa influência sobre o agir comunicativo. Isso é bem ilustrado nas seguintes explicações do autor:

O mundo da vida forma o horizonte para situações de fala e constitui, ao mesmo tempo, a fonte das interpretações, reproduzindo-se somente através de ações comunicativas. [...] ³⁷⁴

Durante o agir comunicativo o mundo da vida nos envolve no modo de uma certeza imediata, a partir da qual nós vivemos e falamos diretamente [...]. [É o] pano de fundo do agir comunicativo. ³⁷⁵

Em contraponto ao agir comunicativo, Habermas assinala a ocorrência do agir estratégico, em que a comunicação é orientada pela busca do sucesso individual, e não do consenso ou do entendimento conforme propõe a teoria em estudo.

Esse conceito é importante na medida em que intensifica as tensões entre os planos da validade e da facticidade, quando, por exemplo, um interlocutor privado (ex.: prestador de serviços ou fornecedor de produtos à Administração Pública) dialoga com um órgão de controle (ex.: TCU), ocasião em que o primeiro pode ser movido pela busca de lucro e não pela obtenção de uma solução harmônica com os preceitos do Direito Administrativo.

Em sentido semelhante, Habermas, ao analisar sua teoria à luz da jurisdição constitucional, assinala a ameaça das “burocracias autonomizadas” e do “poder social privado” sobre a política deliberativa e o vínculo da Administração às determinações legais, bem como a “influência de grupos de interesses que impõem seus objetivos privados sobre o aparelho de Estado às custas de interesses

³⁷³ Ibid., p. 40-42.

³⁷⁴ Ibid., p. 41.

³⁷⁵ Ibid., p. 41.

gerais”³⁷⁶. Depreende-se que esses fatores de pressão orientam-se pelo agir estratégico, i.e., pela busca de interesses particulares.

Por fim, ressaltamos que a segurança jurídica também é enfocada na teoria de Habermas, sob a dimensão de previsibilidade e legitimidade das decisões jurisdicionais. Para Habermas, o agir comunicativo é um meio de estabilização de expectativas de comportamento, de modo a permitir aos destinatários do Direito “calcular as consequências do comportamento próprio e alheio”³⁷⁷. Ainda conforme o autor, “A tensão entre facticidade e validade, imanente ao direito, manifesta-se na jurisdição como tensão entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas”³⁷⁸. E essa tensão pode ser estabilizada por meio de decisões jurisdicionais racionalmente fundamentadas, para que sejam “aceitas como decisões racionais pelos membros do direito”³⁷⁹.

10.2. Complexidade fática e normativa da Administração Pública como fator de insegurança jurídica aos jurisdicionados do TCU

A atuação do TCU é predominantemente pautada em uma interpretação das normas de Direito Administrativo restritiva em relação à liberdade dos gestores públicos. Essa lente interpretativa apoia-se no clássico paradigma de que, enquanto na esfera civil tudo o que não é proibido na lei é permitido (princípio da autonomia da vontade), na seara do Direito Administrativo somente é lícito fazer o que a lei autoriza³⁸⁰.

Esse padrão de conduta impõe ao Administrador que siga um caminho complexo de normas e procedimentos fixados em leis e regulamentos, além, é óbvio, do respeito aos princípios e regras constitucionais. Assim, não raramente surge um entrelaço entre o princípio da legalidade e outros igualmente aplicáveis à Administração Pública, quando a aplicação rigorosa do primeiro implica prejuízo à concretização dos demais.

Tal problema é acentuado pela proliferação normativa e de atribuições que incide sobre a gestão pública brasileira nas últimas décadas, conforme demonstrado

³⁷⁶ Ibid., p. 341.

³⁷⁷ Ibid., p. 182.

³⁷⁸ Ibid., p. 245.

³⁷⁹ Ibid., p. 246.

³⁸⁰ DI PIETRO, 2002, p. 68; e MEIRELLES, op. cit., p. 82.

no Capítulo 8. Um produto dessa complexidade é a tensa relação entre a rigidez do princípio da legalidade em sentido estrito – que limita a atuação do gestor público aos procedimentos previstos nas leis e normas regulamentares – e os demais princípios regentes da Administração Pública (economicidade, eficiência, busca do interesse público etc.).

Como estabilizar essa tensão de forma harmônica com o Direito Administrativo? Esse é um desafio comum aos agentes públicos e aos auditores e ministros do TCU.

A complexidade fática e normativa da gestão pública atual representa um desafio aos gestores, na medida em que aumenta o leque de possibilidades interpretativas do arcabouço legal e regulamentar que rege a sua atuação. Como essas possibilidades interpretativas são desenvolvidas tanto pelo gestor público, na prática dos atos administrativos, quanto pelo TCU, no exercício do controle externo, tal fenômeno produz insegurança jurídica, pois aumenta, para o agente público, a imprevisibilidade das decisões que os órgãos de fiscalização e controle irão adotar em relação aos atos administrativos praticados pelos primeiros.

Tal insegurança torna-se maior quando se considera que o gestor possui um viés interpretativo focado na realidade, no plano da facticidade, ao passo que o TCU fiscaliza os atos administrativos sob um enfoque predominantemente de legalidade, mais próximo ao plano da validade. Surge, aqui, um foco de tensão entre o TCU e o jurisdicionado, ou, em uma acepção mais genérica, entre fiscal e fiscalizado.

A par disso, há fatores de natureza não jurídica que também colaboram para aumentar a força de compressão sobre o princípio da legalidade e a própria tensão entre a ótica legalista do TCU e os mais diversos argumentos fáticos trazidos pelas partes interessadas no processo.

À guisa de exemplo, podemos citar: a busca pela maximização de lucro pelos fornecedores de bens e serviços à Administração, legítima na ótica do mercado; e a pressão política governamental para acelerar a realização de projetos de interesse público.

A tensão gerada pela atuação do TCU ocorre, por exemplo, quando o órgão determina a paralisação cautelar de uma obra pública, a anulação ou a suspensão

de um procedimento licitatório e a redução ou a glosa de valores em contratos administrativos. Essas hipóteses, entre outras possíveis³⁸¹, envolvem a aplicação, pelo Tribunal, de regras e princípios da Administração Pública, notadamente as regras de licitação e os princípios da legalidade e da economicidade. E para fazê-lo com maior legitimidade e segurança, o Tribunal costuma valer-se de interlocuções com os agentes externos envolvidos, revelando um procedimento amoldado à razão comunicativa.

Há um sem-número de acórdãos do Tribunal que enfrentam, por exemplo, a questão do BDI (Bonificação e Despesas Indiretas) em processos de obras públicas³⁸². Esse BDI é o item das planilhas de custos que embute o lucro do prestador de serviço. E, nesses casos, não é raro as partes interessadas defenderem abertamente a legitimidade de sua busca de lucro. O que o TCU busca fazer, nesses casos, não é proibir o lucro, mas evitar que ele seja excessivo, acima dos níveis praticados no mercado, antieconômico para a Administração³⁸³.

Quanto à pressão oriunda de agentes políticos para que o TCU não paralise nem interrompa a execução de obras e outros projetos governamentais considerados relevantes, isso pode ser verificado nas intervenções que Ministros de Estado fazem, eventualmente, em processos nos quais a unidade jurisdicionada fiscalizada é uma autarquia vinculada à respectiva pasta ministerial. Exemplo frequente é o caso do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT – e o Ministério dos Transportes, quando se verificam irregularidades em obras sob a responsabilidade da autarquia³⁸⁴.

Essa influência dos atores políticos sobre o processo decisório do TCU também é revelada em matérias jornalísticas, podendo-se citar, entre muitas, a reportagem do jornalista Dimmi Amora publicada no jornal “Folha de São Paulo”, em 6/11/2013, intitulada “Pressionado, TCU reduz número de obras com indicativo de paralisação”. O lide é bem ilustrativo: “Pressionado pelo Governo e pelo Congresso

³⁸¹ Outros exemplos: suspensão de concursos públicos, aplicação de multas a administradores pela prática de atos de gestão irregulares, anulação de atos de admissão de pessoal etc.

³⁸² A base de dados de jurisprudência do TCU contabiliza 448 acórdãos cuja parte dispositiva, em que estão descritas as determinações, recomendações e sanções, contém a expressão “BDI”.

³⁸³ Acórdão 155/2006-Plenário, Acórdão 406/2006 – Plenário e outros.

³⁸⁴ Acórdão 293/2014-Plenário e outros.

com ameaça de redução de seus poderes, o TCU reduziu o número de obras com indicativo de paralisação³⁸⁵.

Tal fato revela as tensões entre o governo federal e o Tribunal de Contas da União nos processos referentes à fiscalização de obras públicas, nos quais a Corte de Contas pode recomendar ao Congresso Nacional que bloqueie a execução orçamentária dos empreendimentos com indícios de irregularidades graves. Essa atribuição é conferida ao Tribunal por meio das leis anuais de diretrizes orçamentárias, desde 1997³⁸⁶.

Em processos da espécie, os fatores de pressão política concentram-se na alegação de que obras paralisadas, ainda que cautelarmente, prejudicam o interesse público. Isso é comum em obras de construção/recuperação de rodovias, portos, aeroportos, metrô e estabelecimentos de saúde e de ensino.

Outra situação em que essa tensão legalidade x interesse público ocorre é quando o TCU questiona a regularidade de algum ato ou prática que envolva servidores públicos federais, podendo-se citar, como exemplo, a interpretação constitucional feita pelo Tribunal no sentido da proibição de médicos militares e de outros servidores do quadro de saúde das Forças Armadas de exercer outro cargo público de mesma natureza. No curso desses processos, o principal contra-argumento a essa dicção é o prejuízo ao interesse público, em face dos muitos pedidos de reforma de médicos e outros profissionais de saúde militares que essa proibição acarretaria, esvaziando os quadros de saúde das Forças Armadas³⁸⁷. Esse caso é estudado mais adiante.

No caso dos particulares contratados, surgem os mais variados contra-argumentos baseados em questões de natureza essencialmente técnica, notadamente referentes a peculiaridades da obra não previstas nos respectivos

³⁸⁵ AMORA, Dimmi. *Pressionado, TCU reduz número de obras com indicativo de paralisação*. Folha de São Paulo. São Paulo, 6/11/2013, "Poder". Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/11/1367651-pressionado-tcu-reduz-numero-de-obras-com-indicacao-de-paralisacao.shtml>>. Acesso em 1º/04/2014.

³⁸⁶ Para uma melhor compreensão da sistemática e da evolução histórica da fiscalização de obras públicas pelo TCU, inclusive da evolução do conceito de irregularidade grave no âmbito da LDO, veja-se o voto condutor do Acórdão 2877/2011-TCU-Plenário (Relator Ministro Raimundo Carreiro). Disponível em www.tcu.gov.br.

³⁸⁷ Questão versada nos processos TC 004.593/2012-0 (Comando da Marinha), TC 023.311/2011-8 (Comandos do Exército) e TC 005.504/2012-0 (Comando da Aeronáutica), ainda não apreciados conclusivamente pelo TCU.

projetos básicos que encarecem os serviços originalmente licitados. Sob tais condições, a justa decisão no processo requer o aprofundamento no exame da realidade subjacente ao contrato, de modo a distinguir as alegações verdadeiras daquelas invocadas arditosamente pelo contratado apenas para maximizar seu lucro, como ocorre, por exemplo, no chamado “jogo de planilhas”³⁸⁸ ou na defesa de métodos construtivos mais onerosos mediante justificativas desprovidas de real fundamento técnico à luz do caso concreto.

Vê-se que, quanto maior o número de variáveis implicadas em um processo decisório (nota característica da complexidade) tão mais difícil se torna decidir³⁸⁹. E, sob tais condições, a busca de uma construção coletiva das decisões, mediante processos de ação comunicativa, é, para Habermas, o caminho para garantir sua legitimidade e adequação às expectativas dos destinatários.

Nesse sentido, a adoção de procedimentos que ampliem o grau de certeza quanto aos fatos e às normas envolvidas em um processo judicial ou administrativo aproxima-se da segurança jurídica. Carlos Aurélio Mota de Souza consigna que o “conhecimento valorativo das leis, dos fatos e das circunstâncias, quanto mais esclarecedor e abrangente, mais certeza gera nos destinatários do Direito.”³⁹⁰

Diante desse panorama, tem sido comum o TCU – diante de casos complexos, com variáveis de difícil apreensão e interesses antagônicos – coletar novos esclarecimentos junto às partes envolvidas, mediante reuniões iterativas entre representantes do Tribunal e dos órgãos jurisdicionados envolvidos no processo, ou, ainda, junto a representantes de empresas vinculadas a contratos sob fiscalização

³⁸⁸ O “jogo de planilhas”, segundo o jargão adotado pelo TCU, é uma distorção intencional no orçamento de uma proposta ou contrato, em que a oferta vencedora da licitação obtém o menor preço cotando alguns itens com quantidades subdimensionadas e preços elevados e outros com quantidades superdimensionadas, mas com preços reduzidos em relação aos do mercado. Na média global, o preço ofertado torna-se competitivo o suficiente para vencer o certame. Uma vez assinado o contrato, impõe-se a readequação dos quantitativos às condições reais da obra. A redução dos quantitativos com preços menores em relação ao mercado e o incremento daqueles com preços elevados acarreta um aumento no lucro do contratado e, muitas vezes, no preço global do contrato, em afronta indireta ao princípio de licitação. (vide Acórdão 472/2011-TCU-Plenário).

³⁸⁹ Isso pode ser ilustrado comparando-se um jogo de memória e um jogo de xadrez. Enquanto o primeiro possui apenas uma regra e um resultado possível (achar os pares iguais e acerto ou erro), o segundo possui diversas regras complexas e resultados de difícil previsão (pois dependem da nossa expectativa sobre o comportamento do adversário e do seu comportamento real). O primeiro pode ser jogado por uma criança de quatro anos, ao passo que o segundo, para ser bem jogado, requer a habilidade de um mestre enxadrista.

³⁹⁰ SOUZA, op. cit., p. 40.

do Tribunal. Tal procedimento caminha para a segurança jurídica nos moldes do agir comunicativo habermasiano.

No caso da fiscalização de obras, é frequente a realização de reuniões entre parlamentares e agentes do TCU, na busca de soluções mais próximas do consenso. Esse caminho aumenta a legitimidade das decisões da Corte de Contas e a própria segurança jurídica dos jurisdicionados.

Essa estratégia, como visto, amolda-se em vários aspectos à teoria do agir comunicativo proposta por Habermas³⁹¹.

Para um maior detalhamento das presentes análises, apresentamos, a seguir, dois estudos de casos ocorridos no TCU que demonstram a utilização da razão comunicativa na busca de soluções mais próximas do consenso entre os atores envolvidos – e, portanto, mais legítimas (na ótica habermasiana) –, em processos complexos, onde conflitam o princípio da legalidade e o interesse público.

10.3. O caso da montagem eletromecânica da usina nuclear de Angra III

Entre muitos exemplos, destacamos o processo de representação sobre supostas irregularidades no edital de pré-qualificação para a concorrência pública voltada à contratação dos serviços de montagem eletromecânica da Usina Nuclear de Angra III, no valor estimado de R\$ 2 bilhões. O caso foi analisado pelo TCU em 2012³⁹².

O questionamento central invocado pela empresa autora da representação foi a inserção, no edital, de exigências injustificadas e desproporcionais para a qualificação técnica das licitantes – quanto à sua capacidade de executar o contrato –, bem como a adoção de conceitos imprecisos para aferir essa capacidade técnica, como o de “empreendimento de grande porte”. Essa exigência, segundo a representante, culminou com pré-qualificação de apenas dois consórcios de empresas.

³⁹¹ HABERMAS, op. cit.

³⁹² Edital de Pré-Qualificação GAC. T/CN-005/11. O resultado dessa pré-qualificação foi ao alvo de representação formulada por um dos consórcios desqualificados. O Tribunal considerou a representação parcialmente procedente, admitindo a ocorrência de irregularidades nos edital, mas decidindo pelo seguimento do certame, com recomendação à estatal Eletronuclear que condicionasse a adjudicação do objeto à aceitação, pela adjudicatária, do menor preço oferecido entre todos os lances, à semelhança do procedimento preconizado no art. 4º, inciso XVII, da Lei nº 10.520/2002 (Acórdão nº 3.238/2012-TCU-Plenário).

Dessa forma, também se alegava que, com a pré-qualificação de somente dois consórcios para disputar os dois únicos lotes de serviços previstos na licitação, os quais, segundo as regras do edital, não poderiam ser adjudicados a um único vencedor, isso implicaria ausência de competitividade e potencial aumento de preço final, porquanto cada consórcio, na prática, disputaria apenas um único lote.

No curso das análises surgiu um foco de tensão entre os auditores do TCU, que entendiam necessário suspender cautelarmente o procedimento, e os entes públicos interessados no seu prosseguimento, a saber: a Eletrobrás, a Eletronuclear (subsidiária integral da primeira e responsável imediata pelo edital) e o próprio Ministério das Minas e Energia.

O embate concentrava, em um polo, a alegação dos auditores do Tribunal de que as cláusulas editalícias questionadas prejudicavam o caráter competitivo do certame, em desacordo com a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993), e na outra ponta, a assertiva dos jurisdicionados de que essa alegação não procedia e, principalmente, que a paralisação do procedimento, ainda que de forma cautelar, iria produzir grande prejuízo ao interesse público. Essa tensão denota o embate a defesa da validade (plano da lei) e da facticidade (aspectos da realidade que envolvem o projeto da usina nuclear).

Embora esses órgãos e entidades alegassem a urgência da licitação, o julgamento da representação foi adiado por quatro vezes, sempre a pedido dos representantes das unidades jurisdicionadas interessadas no certame. Essa peculiaridade revela a intensidade da tensão entre as expectativas dos jurisdicionados para que o TCU liberasse o prosseguimento do edital, e a direção que os pareceres técnicos, no âmbito do Tribunal, estavam seguindo, tendentes a paralisar o procedimento de pré-qualificação.

Para superar o impasse e garantir um grau mínimo razoável de consenso entre a área técnica do TCU e os prepostos das estatais e do ministério envolvidos, foram realizadas reuniões entre os dois grupos de agentes.

O resultado desse processo dialógico foi a elisão de parte dos indícios de irregularidades, basicamente, em face da apresentação de informações que não haviam sido carreadas ao processo, embora relevantes. No curso desse exercício de

“ação comunicativa” foram aduzidos memoriais e outras informações técnicas que contribuíram para sanear os pontos controversos.

Alfim, após esse intenso processo de interlocuções, e depois de um reexame minucioso dos autos, verificou-se que, embora as exigências editalícias contribuíssem, *em tese*, para a redução da competitividade do certame, isso não aconteceu no mundo real, porquanto, entre as empresas desclassificadas na pré-qualificação, nenhuma delas foi excluída em virtude das exigências questionadas.

Dessa forma, o Tribunal, acompanhando o voto do relator, acolheu a tese de que as falhas apontadas no edital não prejudicaram efetivamente a competitividade do certame, e que, sopesada a importância nacional do projeto, seria possível dar seguimento à pré-qualificação, desde que se condicionasse o resultado final da futura licitação à adjudicação de cada um dos dois lotes de serviços pelo menor preço ofertado entre os dois consórcios.

Esse desfecho foi bem acolhido tanto pela área técnica do TCU quanto pelos representantes das unidades jurisdicionadas interessada.

Em outros tempos, o TCU teria adotado uma posição hermética e decidido a questão de forma isolada. Era o que acontecia, de um modo geral, até o final da década de 1990³⁹³, quando não eram comuns essas interlocuções iterativas com os jurisdicionados para tentar obter soluções de consenso diante de casos complexos.

A solução adotada nesse processo de “Angra III” revela uma preocupação do TCU em ouvir o jurisdicionado, de modo a obter meios mais eficazes de conhecer a realidade subjacente ao processo e alcançar soluções que, na medida do possível, atendam às expectativas dos destinatários de sua jurisdição. Essa opção aumenta o grau de segurança jurídica, pois permite ao agente público prever e contribuir, em certa medida, para a formação da decisão do Tribunal.

Deve-se ressaltar que o ponto de convergência nas discussões é sempre a conciliação da legalidade com o interesse público. Esse é o entendimento que orienta o uso razão comunicativa nessas interlocuções.

³⁹³ Embora essa informação esteja, aqui, baseada em nossa vivência profissional no TCU, em que laboramos desde 1995, tal assertiva pode ser comprovada mediante a leitura dos relatórios e votos mais antigos, disponíveis na base eletrônica de jurisprudência do Tribunal, que registra deliberações desde 1992 (disponível na Internet em: www.tcu.gov.br).

10.4. O caso da acumulação de cargos por médicos militares

Um segundo exemplo que escolhemos para análise refere-se a um conjunto de três processos referentes à possibilidade de médicos e outros servidores dos quadros da área de saúde das três forças armadas ocuparem outros cargos públicos na mesma área³⁹⁴.

Os detalhes legais do caso não interessam ao presente estudo, pois nosso foco é o procedimento adotado para a obtenção de uma decisão no processo sob o ponto de vista do agir comunicativo. Não obstante, apenas anotamos, de forma bem sintética, que o cerne da discussão é a possibilidade de militares acumularem cargos públicos nos termos do art. 37, inciso XVI, da Constituição Federal, hipótese que, de acordo com a área técnica do TCU, esbarrava na vedação contida na redação original dos incisos II e III do §3º do art. 142 também da Carta Política, que ao tratar especificamente dos militares, afastava essa possibilidade (conferida apenas aos servidores civis a que alude o mencionado artigo 37).

A instrução conclusiva desses três processos (Exército, Marinha e Aeronáutica), que tratavam de auditorias direcionadas para a verificação de acumulações ilegais de cargos por militares, foi pela expedição de determinações às forças armadas para que adotasse as providências necessárias à “regularização” dos casos de acumulações indevidas encontrados pelos auditores. Isso implicaria a transferência para reserva de diversos militares que se encontravam sob tal situação.

Esses processos chegaram a ser pautados, no final do ano de 2013, porém foram excluídos para que, antes de seu julgamento, pudessem os representantes das três forças militares apresentar seus contra-argumentos à área técnica do Tribunal.

Realizadas as interlocuções, todos os representantes demonstraram ao TCU que a “regularização” do problema implicaria prejuízos sérios aos quadros de saúde das forças armadas, com a transferência para a reserva de muitos profissionais experientes. A par disso, foi noticiada a existência, à época, de um projeto de emenda constitucional que sanaria o problema.

Restou acordado que se aguardasse o julgamento dos processos até a aprovação da PEC, fato que, segundo alegado pelos representantes militares, ocorreria a breve tempo.

Com efeito, em 11/02/2014, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 77, que alterou os dispositivos do art. 142 da Constituição, de modo a admitir, para os militares, a acumulação prevista no art. 37, inciso XVI, alínea “c” (cargos de médico e assemelhados).

Controvérsia resolvida de forma incomum: mudou-se a constituição para ajustá-la a uma necessidade do mundo real. Deve-se ressaltar que a atuação dos representantes das forças armadas não se restringiu ao TCU, estendendo-se a outros atores públicos com poderes para catalisar a aprovação da emenda constitucional.

A solução encontrada revelou a busca de consenso, mediante um diálogo orientado ao entendimento, apaziguando-se a tensão entre o controle externo, exercido pelo TCU, no plano da legalidade (validade), e as expectativas das forças armadas, pautadas em necessidades peculiares ao “mundo da vida”, i.e., no impacto que a decisão do Tribunal poderia causar sobre o quadro de saúde das forças militares.

Esses processos foram apreciados pelo Plenário do TCU mediante os Acórdão 1.152/2014, relatado pelo Ministro Raimundo Carreiro, e os Acórdãos 1.153/2014 e 1.154/2014, relatados pelo Ministro-substituto Augusto Sherman, quando o Tribunal considerou elidida a referida questão constitucional.

10.5. Outras fórmulas adotadas para ampliar a participação de agentes externos ao TCU em seu processo decisório – a busca do agir comunicativo como forma de proteção à segurança jurídica

É possível identificar no TCU a utilização de outras práticas processuais voltadas à inclusão, no debate decisório, de agentes externos ao Tribunal, como forma de obter decisões mais amoldadas ao princípio da segurança jurídica.

³⁹⁴ Processos TC 023.311/2011-8 (Comando do Exército), TC 005.504/2012-0 (Comando da Aeronáutica) e TC 004.593/2012-0 (Comando da Marinha).

10.5.1. Amicus curiae

Já em 2003, o TCU chegou a admitir intervenção de *amicus curiae* em um de seus processos, ainda que sem utilizar tal denominação. Isso é confirmado no Acórdão 338/2003-TCU-Plenário, que tratou de consulta formulada pelo Procurador-Geral da República³⁹⁵, em que o relator, Ministro Adylson Motta, acolheu nos autos um ofício da Associação Nacional dos Procuradores da República que trouxe esclarecimentos importantes sobre a matéria de fundo do processo de consulta então apreciado. O voto do relator foi claro nesse sentido:

Inicialmente, o Chefe do Ministério Público da União indagou ao Tribunal pura e simplesmente acerca da “possibilidade de serem efetuados eventuais pagamentos de advogados de defesa de membros do Ministério Público da União, réus em ações judiciais, bem como a forma de fazê-los”. Apenas numa sua segunda manifestação é que se fez referência ao diploma legal, a Lei nº 9.003/95, que monopolizou a análise da questão discutida nos autos, e isso ao se trazer ao conhecimento deste órgão julgador - *jura novit curia* - que “a matéria relativa a assistência judicial aos titulares de cargos de administração superior, é tratada no artigo 6º da Lei nº 9003 de 16 de março de 1995, no Decreto-Lei nº 1.437, de 17 de dezembro de 1975 e na Portaria nº 57, de 16 de março de 1999”. Mas foi apenas no ofício encaminhado a este Relator pela Associação Nacional dos Procuradores da República - entidade que, por não ter legitimidade para formular Consulta perante o Tribunal, atuou no feito como verdadeiro *amicus curiae* - que se formulou expressamente a ideia de que o propósito da Consulta era a problemática suscitada pelo art. 6º da Lei nº 9.003/95. De fato, teve por necessário aquela Associação salientar que o sentido da “Consulta formulada pelo Senhor Procurador Geral da República” era “esclarecer se aplicável também ao Ministério Público da União a Lei nº 9.003, de 16 de março de 1995”.³⁹⁶

A possibilidade de admissão do *amicus curiae* nos processos do TCU foi bem defendida pelo Ministro Raimundo Carreiro, ao relatar o Acórdão 957/2011-Plenário. Isso pode ser identificado no seguinte excerto do voto respectivo, que busca justificar a importância desse tipo de colaboração na busca de decisões apoiadas em aspectos da realidade, do “mundo da vida”, do plano da facticidade, bem como a importância desse tipo de auxílio nos processos do TCU, que, via de regra, envolvem muitas questões de fato com elevada complexidade:

No campo do Direito Constitucional, Peter Häberle bem soube expor essa questão, ao alertar para o fato de que, em se tratando de

³⁹⁵ O objeto da consulta foi a possibilidade de realização despesas com o pagamento de advogados para a defesa de membros do Ministério Público da União, réus em ações judiciais propostas por pessoas físicas e jurídicas por eles investigadas

³⁹⁶ Trecho do voto do Ministro-relator Adylson Motta no Acórdão 338/2003-TCU-Plenário.

interpretação constitucional, os intérpretes jurídicos da Constituição não detêm o monopólio dessa interpretação, sendo, portanto, de todo conveniente permitir a participação dos diversos segmentos da sociedade que, de algum modo, tenham envolvimento com o tema que se discute (Häberle, Peter. In: *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 15)

Nessa linha de entendimento, a Lei nº 9.868/99, em seu art. 7º, §2º, prevê a possibilidade de, em sede de controle de constitucionalidade, o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, por despacho irrecorrível, admitir no processo a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Sobre o assunto, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, ao discorrer sobre o *amicus curiae*, fez as seguintes observações em decisão monocrática prolatada nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2548 (In: Informativo/STF nº 406):

A constatação de que, no processo de controle de constitucionalidade, se faz, necessária e inevitavelmente, a verificação de fatos e prognoses legislativos, sugere a necessidade de adoção de um modelo procedimental que outorgue ao Tribunal as condições necessárias para proceder a essa aferição.

Esse modelo pressupõe não só a possibilidade de o Tribunal se valer de todos os elementos técnicos disponíveis para a apreciação da legitimidade do ato questionado, mas também um amplo direito de participação por parte de terceiros (des)interessados.

O chamado “Brandeis-Brief” - memorial utilizado pelo advogado Louis D. Brandeis, no “case Müller versus Oregon” (1908), contendo duas páginas dedicadas às questões jurídicas e outras 110 voltadas para os efeitos da longa duração do trabalho sobre a situação da mulher - permitiu que se desmistificasse a concepção dominante, segundo a qual a questão constitucional configurava simples “questão jurídica” de aferição de legitimidade da lei em face da Constituição. (Cf., a propósito, HALL, Kermit L. (organizador), *The Oxford Companion to the Supreme Court of United States*, Oxford, New York, 1992, p. 85).

Hoje não há como negar a “comunicação entre norma e fato” (Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt), que, como ressaltado, constitui condição da própria interpretação constitucional. É que o processo de conhecimento aqui envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos. (Cf., MARENHOLZ, Ernst Gottfried, *Verfassungsinterpretation aus praktischer Sicht*, in: *Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst*, Homenagem aos 70 anos de Konrad Hesse, Heidelberg, 1990, p. 53 (54)).

Entendo que, *mutatis mutandis*, se aplica aos processos de controle externo do TCU a preocupação que se demonstrou em relação aos processos administrativos regulados pela Lei nº 9.784/99 e aos processos de controle de constitucionalidade, de competência do Supremo Tribunal Federal, pois, nesta Corte de Contas cuida-se de processos extremamente complexos, envolvendo os mais variados assuntos que, em muito, transbordam os limites de apenas uma área do conhecimento e que, para o alcance de uma solução justa, demandam tanto o domínio do campo teórico quanto a experiência que só a prática fornece.

Por essas razões, acredito que, não havendo comprometimento para a duração razoável do processo, é dever desta Corte e de seus ministros promover o enriquecimento da dialética processual, permitindo ou, até mesmo incentivando, a participação de outros agentes processuais, sempre que essa medida se revele necessária ou conveniente para a busca da melhor solução.

No presente caso, estou convicto de que o meu despacho, deferindo a habilitação do Estado do Ceará e determinando a abertura de prazo para que as empresas inúmeras e reiteradas vezes citadas pela denunciante possam se manifestar nos autos em nada prejudicará a duração razoável do processo, mas, por outro lado, em muito contribuirá para a produção de uma decisão mais segura desta Corte.³⁹⁷

Verifica-se, a partir desses dois precedentes, que a admissão do *amicus curiae* nos processos do TCU, embora não esteja contemplada em suas normas processuais próprias (Lei 8.443/1992 e RITCU), tem sido admitida analogicamente com a prática prevista na Lei 9.868/1999³⁹⁸. Isso revela, em certa medida, o reconhecimento da Corte de Contas sobre a importância de buscar conhecer ao máximo os aspectos fáticos que envolvem as questões a decidir, buscando, assim, encontrar a solução mais justa e legítima para os casos mais complexos mediante a admissão de atores externos nos processos.

Interessante notar que, no caso do *amicus curiae*, a busca do entendimento não é gerada por uma tensão entre o TCU e o colaborador externo. Ela é movida pela perseguição comum de uma solução que atenda às expectativas do maior número de atores envolvidos e, principalmente, ao interesse público.

Outrossim, a ampliação do leque de informações disponíveis para os julgadores – resultado da colaboração do *amicus curiae* – permite uma decisão mais harmonizada com as contingências do mundo real, aliviando a tensão entre validade e facticidade. Parece-nos um resultado até natural do agir comunicativo, em que a busca do consenso apoia-se não apenas nos jogos de linguagem³⁹⁹, na estrutura

³⁹⁷ Trecho do voto do Ministro-relator Raimundo Carreiro no Acórdão 957/2011-TCU-Plenário.

³⁹⁸ BRASIL. Lei nº 9.868/1999 – Lei das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade. 1999b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19874.htm>. Acesso em 29/01/2013.

³⁹⁹ Conceito proposto por Wittgenstein e utilizado por Habermas, com algumas adaptações, para definir o processo dialógico voltado ao entendimento (MARTINS, Clélia Aparecida. *Sobre o Jogo de Linguagem*: Habermas e Wittgenstein. In: Revista de Filosofia. Madri: Universidad Complutense de Madrid. Vol 35. N. 2. 2010. p 91-104. Disponível em: <http://revistas.ucm.es/index.php/RESF/article/viewFile/RESF1010220091A/8839>. Acesso em 30/04/2014).

dos argumentos racionais, mas também no melhor conhecimento do substrato fático que deve apoiar a decisão.

Sem prejuízo dessas anotações, cumpre registrar que nem sempre o TCU admite o ingresso do *amicus curiae* em seus processos, havendo diversos acórdãos em que pedidos dessa natureza foram negados⁴⁰⁰. Isso ocorre, em geral, quando o relator considera os autos devidamente saneados, e, sob tais condições, a admissão de terceiros poderia retardar o processo.

10.5.2. Audiências públicas e painéis de referência

Outro meio utilizado pelo TCU para encontrar caminhos mais seguros em seu processo decisório é a realização de painéis de referência e, mais recentemente, de audiências públicas.

Os painéis de referência são comumente utilizados na fase preparatória para auditorias de maior complexidade. Trata-se de encontros formais, em que as equipes de auditoria convidam atores externos com potencial de colaboração para ampliar o conhecimento prévio do Tribunal sobre o tema a ser auditado. Essa prática mostra-se especialmente importante em fiscalizações sobre temas complexos, de amplitude nacional, que envolvam expressivo número atores e de variáveis fáticas e normativas. Exemplos: reforma agrária, saúde e educação públicas, agências reguladoras, energia etc.

Recentemente, na sessão plenária de 26/03/2014, o Ministro José Jorge anunciou a realização da primeira audiência pública de que temos conhecimento no âmbito do Tribunal.

O objetivo dessa audiência pública é subsidiar o planejamento de auditoria para “avaliar o impacto das medidas advindas da MP 579/2012 sobre a Conta de Desenvolvimento Energético”. De acordo com o Ministro José Jorge, a justificativa para esse esforço de interlocução é “dar oportunidade à sociedade de trazer subsídios para a apreciação da matéria”, reconhecidamente complexa. O tema

⁴⁰⁰ Ac. 2090/2011-TCU-Plenário, Ac. 2047/2006-TCU-Plenário, Ac. 2090/2011-TCU-Plenário, e outros.

central do evento é a “A conjuntura do Setor Elétrico e reflexos sobre a Conta de Desenvolvimento Energético”⁴⁰¹.

10.5.3. Instrumentos processuais tradicionais

Os exemplos acima comentados não excluem os instrumentos mais tradicionais de aproximação comunicativa entre TCU e jurisdicionados, a exemplo da prática da sustentação oral⁴⁰², das diligências formais para que sejam ouvidos órgãos e entidades potencialmente interessados na matéria de fundo tratada no processo⁴⁰³, na admissão formal, com parte no processo, de terceiro interessado, que, “em qualquer etapa do processo, tenha reconhecida, pelo relator ou pelo Tribunal, razão legítima para intervir no processo”⁴⁰⁴.

10.6. Notas conclusivas

Restou demonstrado, neste capítulo, que uma das formas de preservar a segurança jurídica nos processos do Tribunal de Contas da União é a construção de decisões, em casos complexos, baseada em procedimentos de interlocução com as partes interessadas, de modo a obter um resultado mais consentâneo possível com as expectativas dos destinatários dos acórdãos – que temem decisões desconstruídas das questões de fato mais relevantes do processo ou de algum aspecto jurídico que lhes seja caro –, e também do próprio Tribunal – que busca otimizar a obediência ao princípio da legalidade e a observância do interesse público em suas decisões.

Outro reflexo desse procedimento, que pode envolver também terceiros interessados, *amici curiae*, troca de informações em eventos coletivos (painéis de referência) e outras formas de coleta de subsídios à decisão, é o alívio das tensões naturais existentes entre fiscal (TCU) e fiscalizado (jurisdicionado), gerando decisões mais consensuais, o que também se amolda à segurança jurídica, no que tange aos

⁴⁰¹ Comunicação do Ministro José Jorge, feita no Plenário do TCU na sessão de 26/03/2014.

⁴⁰² Admitida expressamente no art. 168 do Regimento Interno do TCU.

⁴⁰³ Exemplo: TC 030.044/2008-1, processo em que o relator, Ministro Raimundo Carreiro, franqueou “ao Ministério da Previdência Social, ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, à Consultoria Geral da União e à Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão o ingresso nos presentes autos, como partes interessadas, facultando-lhes o direito de apresentar as razões que julgarem pertinentes (...), especialmente quanto à validade jurídico-constitucional da supressão do direito de pensão aos menores sob guarda, em especial sobre as teses apresentadas no presente despacho, à luz do que dispõem o art. 26, inciso I, da Convenção sobre os Direitos da Criança, e o art. 227, § 3º, inciso II, da Constituição Federal;” (cf. Relatório contido no Acórdão 2.875/2012-Plenário).

aspectos de estabilização de expectativas ou calculabilidade das respostas que o órgão de controle dá às condutas dos agentes públicos.

Esse caminho procedimental adotado pelo TCU apresenta muitos pontos de contato com a teoria do agir comunicativo, proposta por Habermas, que pode ser interpretada como um instrumento para obtenção de decisões consonantes com o princípio da segurança jurídica, pois, segundo o referido autor, o agir comunicativo é um meio de estabilização de expectativas de comportamento, de modo a permitir aos destinatários do Direito “calcular as consequências do comportamento próprio e alheio⁴⁰⁵”.

⁴⁰⁴ Cf. art. 144, §2º, do Regimento Interno do TCU.

⁴⁰⁵ HABERMAS, 2011, p. 182.

CONCLUSÕES

Embora a atuação do Tribunal de Contas da União contemple, em certa medida, a segurança jurídica em relação aos destinatários de suas decisões, o controle externo exercido pelo referido órgão apresenta um déficit na concretização desse princípio, sendo possível identificar, nesse passo, diversas características em sua jurisprudência que não se harmonizam plenamente com as matrizes doutrinárias tanto do princípio da segurança jurídica quanto do seu corolário princípio da proteção da confiança.

A ausência de prazos de prescrição para o exercício das competências da Corte de Contas é um dos principais fatores de compressão da segurança jurídica e da proteção da confiança em relação aos jurisdicionados e terceiros afetados por sua jurisdição.

No caso específico das ações de ressarcimento de prejuízos ao erário causados por atos ilícitos, o TCU segue a leitura restritiva que o Supremo Tribunal Federal fez da parte final do §5º do art. 37 da Constituição Federal^{406 407 408}, no sentido de que tais ações são imprescritíveis, embora existam vozes doutrinárias em sentido contrário⁴⁰⁹.

Essa visão restritiva à segurança jurídica é compensada parcialmente pelo fato de o Tribunal de Contas considerar dispensável instauração de tomadas de contas especiais quando decorridos 10 anos ou mais dos respectivos fatos geradores sem que o responsável tenha sido notificado nesse período⁴¹⁰. Embora essa regra tenha sido construída com base na proteção constitucional ao direito de defesa, seus efeitos convergem para a proteção da segurança jurídica.

No que tange às demais competências do TCU – especialmente quanto aos seus poderes de sanção e à apreciação de atos de pessoal para fins de registro –,

⁴⁰⁶ “§ 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.” (Constituição Federal de 1988).

⁴⁰⁷ Julg. do MS 26.210-DF, em 4/09/2008 (vide nota 139).

⁴⁰⁸ No âmbito do TCU: Súmula 282 (vide nota 4).

⁴⁰⁹ Exemplos: Celso Antônio Bandeira de Mello, Ada Pellegrini Grinover, Rita Andréa Rehem Almeida Tourinho, Clito Fornaciari Júnior, Elody Nassar e Marcelo Colombelli Mezzomo (cf. subtítulo 6.1).

⁴¹⁰ IN-TCU 72/2012.

conquanto o ordenamento jurídico brasileiro contemple diversas normas sobre prescrição com efeitos no âmbito do Direito Administrativo⁴¹¹, quase todas convergindo para o prazo quinquenal, nenhuma delas refere-se especificamente ao campo de ação do TCU.

A par disso, existe forte convergência doutrinária no sentido da utilização do referido prazo quinquenal, mediante analogia, nos processos dos tribunais de contas. Essa dicção é reforçada pelo fato de a segurança jurídica e a proteção da confiança serem princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito e também porque a Administração Pública deve obediência não apenas às leis e regulamentos estritos do Direito Administrativo, mas a todo o ordenamento jurídico, o que inclui os princípios garantidores dos direitos individuais.⁴¹²

Não obstante, o TCU reluta em aplicar essa analogia, recomendada pela doutrina, em favor da segurança jurídica, mantendo-se imune aos prazos de prescrição. A matéria está sob discussão no âmbito do Tribunal de Contas, porém, até a conclusão do presente estudo, não havia surgido decisão definitiva sobre o tema, prevalecendo a opção por analisar a matéria caso a caso.⁴¹³

Especificamente em relação aos atos de pessoal, o TCU, amparado em precedentes do Supremo Tribunal Federal⁴¹⁴, afastou a incidência da decadência administrativa quinquenal prevista no art. 54 da Lei 9.784/1999 aos atos de pessoal sujeitos a registro. Essa inteligência considera que o referido prazo não corre entre a publicação do ato e seu exame pelo TCU, sob o argumento de que, sendo a concessão sujeita a registro um ato complexo, ela somente se aperfeiçoa após seu exame pelo Tribunal de Contas.

⁴¹¹ Decreto 20.910/1932 (fixa a prescrição contra a Fazenda Pública), Lei 5.172/1966 (Código Tributário Nacional), Lei 8.112/1990 (Estatuto dos Servidores Civis Federais), Lei 9.784/1999 (Lei Geral do Processo Administrativo Federal), Lei 9.873/1999 (estabelece prazo de prescrição para o exercício do poder de polícia no âmbito federal), Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), entre outras.

⁴¹² Celso Antônio Bandeira de Mello, Diógenes Gasparini, Hely Lopes Meirelles, Luís Roberto Barroso e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (vide subtítulo 6.3).

⁴¹³ Processos TC 021.540/2010-1 (Ac. 1.314/2013-TCU-Plenário-rel. Min. Benjamin Zymler), TC 011.101/2003-6 e TC 007.822/2005-4 (estes sem decisão de mérito até a conclusão deste trabalho).

⁴¹⁴ MS 24.997/DR (Rel. Min. Eros Grau) e outros, cuja ementa inclui a seguinte assertiva: “3. O ato de aposentadoria configura ato administrativo complexo, aperfeiçoando-se somente com o registro perante o Tribunal de Contas. Submetido a condição resolutive, não se operam os efeitos da decadência antes da vontade final da Administração.”

O único amparo objetivo à segurança jurídica nos atos de pessoal em função apenas do decurso de tempo é a garantia de defesa franqueada ao interessado, quando seu ato estiver disponível ao TCU por mais 5 anos, entendimento também baseado na posição do STF sobre o tema⁴¹⁵.

Em vista disso, não é raro o TCU negar registro a atos de aposentadoria e pensão com 10 anos de vigência ou mais, com reflexos negativos sobre o princípio da proteção da confiança, que nesses casos, mesmo na ausência de prazos prescricionais, deveria incidir em favor do interessado no ato concessório sempre que este não houvesse contribuído conscientemente para a irregularidade motivadora da impugnação do ato. Contudo, o Tribunal aplica o princípio da proteção da confiança nessas hipóteses de forma restritiva, ou seja, apenas nos casos em que há risco de prejuízo insuportável e irreversível ao interessado, ou quando o prejuízo à legalidade e à economicidade seja ínfimo.

Por outro lado, a prática jurisprudencial do TCU, em casos da espécie, revela a aplicação do princípio da proporcionalidade como instrumento de verificação das hipóteses de incidência do princípio da proteção da confiança (critérios do dano insuportável e irreversível ao indivíduo e do prejuízo ínfimo à Administração).

Trata-se de uma vertente interessante para novos estudos, porquanto a aplicação do princípio da proteção da confiança para estabilizar atos originalmente ilegais esbarra, de fato, em outros princípios do Direito Administrativo, com destaque para a legalidade em sentido estrito e a economicidade, o que reclama um juízo de ponderação, para evitar, por exemplo, que o princípio da proteção da confiança seja invocado para estabilizar um ato ilegal de aposentadoria expedido há poucos meses.

E nesse sentido, o caráter quase genérico do prazo prescricional de 5 anos contra a Administração Pública, definido em diversos diplomas legais, permite concluir, à luz do princípio da proporcionalidade, que, presente a boa-fé do interessado, o decurso de tempo superior a 5 anos recomenda a preponderância da proteção da confiança sobre os demais princípios do Direito Administrativo, especialmente a legalidade em sentido estrito e a economicidade,

⁴¹⁵ MS-25.116 e MS-25.403, rel. Min. Ayres Britto; decisões monocráticas de mérito na mesma linha (nos termos do art. 205 do Regimento Interno do STF): MS-25.343 e MS-27.296, rel. Min. Ellen Gracie; entre outros.

independentemente de haver ou não prazos de prescrição para a negativa de registro.

A reforçar essa conclusão tem-se o direito constitucional à razoável duração do processo, cuja concretização, em casos da espécie, reclama o uso de um limite temporal máximo para os procedimentos de controle dos atos administrativos.

Outra evidência relevante à segurança jurídica são casos de mudanças jurisprudenciais no TCU cujos efeitos não obedeceram ao princípio da irretroatividade dos atos e interpretações ampliativos de direitos, conforme preceituado pela doutrina e positivado na Lei do Processo Administrativo Federal⁴¹⁶.

Foram identificadas situações em que atos de pessoal emitidos em plena consonância com a jurisprudência do TCU à época de suas respectivas publicações foram posteriormente impugnados à luz de entendimento superveniente⁴¹⁷. Essa posição do Tribunal tem sido mais nítida em tempos recentes, porquanto, na primeira metade de década 2000, houve acórdãos que primaram pela fiel aderência à não retroatividade das interpretações restritivas⁴¹⁸. À época, esse procedimento era amparado na Súmula-TCU 105, revogada em 2003⁴¹⁹.

Também no que tange à restituição de verbas remuneratórias recebidas de boa-fé, em face de erro da Administração, a jurisprudência do TCU não se coaduna plenamente com os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. Em casos da espécie, o TCU somente considera dispensável o ressarcimento quando os pagamentos irregulares decorrem de erro *escusável* da Administração, posição consubstanciada na Súmula-TCU 249. Todavia, o critério da escusabilidade não é abraçado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e da Advocacia-Geral da União.

Por outro lado, o TCU adota alguns procedimentos voltados à proteção da confiança no que tange os atos de pessoal sujeitos a registro, a exemplo das

⁴¹⁶ Artigo 2º, parágrafo único, inciso XII, da Lei 9.784/1999 (vide subtítulo 7.6).

⁴¹⁷ Fato ocorrido, por exemplo, no Acórdão 4.452/2011-TCU-2ª Câmara – estudado no subtítulo 7.6 –, em que o Ministro Raimundo Carreiro, em voto revisor, defendeu o registro de ato aposentadoria, com base na segurança jurídica, por considerar que a sua publicação no Diário Oficial da União ocorreu sob o manto de jurisprudência que o amparava à época. Contudo, o Colegiado rejeitou essa tese e, por maioria, negou registro à concessão com base na jurisprudência mais recente do TCU. A concessão vigia há mais de dez anos quando foi impugnada.

⁴¹⁸ Vide subtítulo 7.6.

Súmulas 74 e 106, ambas editadas na década de 1970. Todavia, os entendimentos que expressam têm alcance limitado. A primeira aplica-se apenas às aposentadorias ocorridas antes da Emenda Constitucional 20/1998, tendendo a perder sua eficácia com o tempo. A segunda não evita a impugnação dos atos, independentemente do tempo decorrido desde suas publicações, limitando-se a dispensar a reposição dos valores recebidos de boa-fé.

Portanto, a despeito de alguns procedimentos voltados à proteção da segurança jurídica, a atuação do TCU, no que se refere aos atos sujeitos a registro, não se amolda plenamente às bases conceituais que norteiam esse princípio e seu corolário – a proteção da confiança –, havendo um potencial de otimização desses princípios, notadamente quanto à possibilidade de aplicação analógica de prazos prescricionais previstos em outras leis aplicáveis ao Direito Administrativo.

Outra evidência digna de nota é a utilização, pelo TCU, do critério da proporcionalidade para harmonizar o princípio da legalidade em sentido estrito com os demais princípios regentes da Administração.

Essa postura converge para a segurança jurídica, pois amplia o grau de certeza na atuação dos gestores públicos em face da crescente complexidade normativa do Direito Administrativo, especialmente quando se considera a tensão entre o dever de obediência às regras de procedimento, limites e proibições – típicas do princípio da legalidade em sentido estrito –, e a obrigação constitucional de atender aos princípios de economicidade e eficiência.

Restou demonstrado, também, a ocorrência de decisões do TCU marcadas por traços de ativismo jurisprudencial. Verificou-se que esses momentos de ativismo geralmente provocam reações no próprio Tribunal, de modo a que, posteriormente, o órgão reveja sua posição, retomando a jurisprudência anterior. Tal comportamento prejudica a segurança jurídica dos jurisdicionados, na medida em que reduz os graus de previsibilidade e certeza das respostas que o Tribunal dará em relação aos temas de sua competência.

Especificamente no que se refere à proteção da confiança dos servidores, o surgimento de decisões ampliativas de direitos como resultado de uma postura

⁴¹⁹ Idem

ativista, conforme verificado, enseja expectativas de aumento de renda, que, com o tempo, não se confirmam ou fenecem, seja em virtude de ações judiciais contrárias, seja pela própria mudança de entendimento do TCU.

Na concessão de aposentadorias e pensões os reflexos negativos do ativismo mostram-se mais intensos. Isso porque a guinada jurisprudencial em retorno à posição mais antiga, depois de uma decisão criadora de direitos, pode ocorrer anos depois da publicação do ato de concessão que amparou-se na jurisprudência ampliativa de direitos. Embora tal circunstância reclame a incidência da proteção da confiança, restou demonstrado que o TCU nem sempre se ajusta ao critério de irretroatividade das interpretações restritivas.

O derradeiro ponto analisado – este a convergir favoravelmente para a segurança jurídica – é a construção de decisões orientada pelo diálogo com as partes interessadas. Esse procedimento do TCU tem sido aplicado em casos mais complexos, como forma de alcançar resultados mais consentâneos com as expectativas dos jurisdicionados, que temem ver suas condutas reprovadas pelo Tribunal em casos nos quais a alta complexidade fática e normativa recomenda um olhar mais atento ao conjunto de variáveis que emoldura o processo.

Outro reflexo desse procedimento, cujas características permitem amoldá-lo à teoria do agir comunicativo, proposta por Habermas, é o alívio das tensões naturais existentes entre fiscal (TCU) e fiscalizado (jurisdicionado), o que permite gerar decisões mais consensuais⁴²⁰. Esse caminho converge para a segurança jurídica, no que tange aos aspectos de estabilização de expectativas ou calculabilidade das respostas que o órgão de controle dá às condutas dos agentes público.

Verificou-se, em suma, que a segurança jurídica e a proteção da confiança apresentam um potencial de otimização no âmbito de atuação do Tribunal de Contas da União, lastreado nas bases doutrinárias em que se fincam esses princípios.

A par disso, existem evidências de que a própria identidade institucional do TCU – focada na proteção do erário e na supremacia do interesse público, em detrimento do resguardo de direitos individuais – constitui um fator de resistência

⁴²⁰ Conforme anotado no subtítulo 10.6, para Habermas, o agir comunicativo é um meio de estabilização de expectativas de comportamento, de modo a permitir aos destinatários do Direito “calcular as consequências do comportamento próprio e alheio” (HABERMAS, op. cit., p. 182).

para que o órgão contemple com mais intensidade, em suas decisões, os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança.

Essas duas últimas conclusões – o potencial de otimização dos princípios estudados e a resistência do TCU em dar-lhes maior concretude – ganham maior destaque quando se considera que o Tribunal de Contas da União, como qualquer outro órgão e entidade detentores de poderes estatais, deve obediência não apenas às leis e regulamentos específicos que norteiam sua atuação (associados à legalidade em sentido estrito), mas também aos princípios de direito (insertos no conceito de legalidade em sentido amplo) que devem guiar as relações entre Estado e indivíduos, universo em que se incluem a segurança jurídica e a proteção da confiança.

REFERÊNCIAS

AFFONSO, Flávia Martins. Da Diferença de Estruturação dos Tribunais Constitucionais no Velho e Novo Mundo: o ativismo judicial seria mesmo uma expressão tipicamente americana? *Revista do Instituto do Direito Brasileiro - RIDB*. Lisboa: Instituto do Direito Brasileiro/Faculdade de Direito de Lisboa, 2013, n. 8: 7621-7626. Disponível em: <<http://www.idb-fdul.com>.> Acesso em 26/7/2013.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. *Ratio Juris*. Oxford: Blackwell Publishing Ltd. Vol. 16, n. 2, junho de 2003 (p. 131-40).

ALVES, Eliana Calmon. *A Revisão Judicial dos Atos Administrativos de Órgãos Reguladores e de Defesa da Concorrência*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça. 2003. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/87>> (“Biblioteca Digital Jurídica do STJ”), Acesso em 18/03/2014.

AMORA, Dimmi. *Pressionado, TCU reduz número de obras com indicativo de paralisação*. Folha de São Paulo. São Paulo, 6/11/2013, “Poder”. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/11/1367651-pressionado-tcu-reduz-numero-de-obras-com-indicacao-de-paralisacao.shtml>>. Acesso em 1º/04/2014.

ARANHA, Márcio Iório Nunes. Segurança Jurídica *Stricto Sensu* e Legalidade dos Atos Administrativos. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal. N. 134, abr-jun 1997 – ano 34, p. 13. Disponível em: <<http://www.marcioaranha.com/docbibliografiaSegurancaJuridicaStrictoSensu.pdf>.> Acesso em: 3/09/2014.

ÁVILA, Humberto. Conteúdo, Limites e Intensidade dos Controles de Razoabilidade, de Proporcionalidade e de Excessividade das Leis. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar. Vol. 236 – abril/junho 2004 (p. 370-84).

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros. 2013.

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 2.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____, Luís Roberto. A Prescrição Administrativa no Direito Brasileiro Antes e Depois da Lei nº 9.873/99. *Revista de Diálogo Jurídico*. Salvador: Centro de Atualização Jurídica. Ano I, vol. I, n. 4, julho/2001. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/dialogo-juridico-04-julho-2001-luis-r-barroso.pdf.> Acesso em: 11/09/2014.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Consultor Jurídico*. Edição de 22/12/2008. Disponível em http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 26/07/2013.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Editor: Ridendo Castigat Mores. E-book. 2001. Disponível em: <http://www.abrasd.com.br/biblioteca/direito>>. Acesso em: 6/09/2014.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico - Lições de Filosofia do Direito*. Trad.: Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone. 1999.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad.: Maria Celeste C. J. Santos. 10 ed. Brasília: UnB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Em busca de um conceito fugidio - o ativismo judicial*. In: André Luiz Fernandes Fellet; Daniel Giotti de Paula; Marcelo Novelino. (Org.). *As novas faces do Ativismo Judicial*. 1ª ed. São Paulo: Editora Podium, 2011, v. 1, p. 387-402.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Súmula 34*. 2013. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/1019841>> Acesso em: 17/09/2013.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> >. Acesso em 29/1/2013.

_____. *Decreto nº 20.910/1932* – estabelece precificação para ações de cobrança de dívidas passivas da União, estados e municípios. 1932. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D20910.htm> Acesso em: 23/09/2014.

_____. *Lei nº 3.071/1916* – Código Civil (revogado). 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm> Acesso em: 23/09/2014.

_____. *Decreto-lei nº 2.848/1940* – Código Penal. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 23/09/2014.

_____. *Lei nº 4.717/1965* – Lei da Ação Popular. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm> Acesso em: 29/01/2013.

_____. *Lei nº 5.172/1966* - Código Tributário Nacional. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm .> Acesso em: 29/01/2013.

_____. *Lei nº 5.869/1973* – Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm> Acesso em: 23/09/2014.

_____. *Lei nº 8.112/1990* – Estatuto do Servidor Civil Federal. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm> Acesso em: 23/09/2014.

_____. *Lei nº 8.212/1991* – Lei de Orgânica da Seguridade Social. 1991a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212.htm>. Acesso em: 23/09/2014.

_____. *Lei nº 8.213/1991* – Lei de Benefícios da Previdência Social. 1991b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213.htm>. Acesso em: 23/09/2014.

_____. *Lei nº 8.443/1992* - Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União. 1992b. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br> >. Acesso em 29/01/2013.

_____. *Lei nº 8.666/1993* – Lei de Licitações. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666.htm>. Acesso em 29/01/2013.

_____. *Lei nº 9.784/1999* – Lei Geral do Processo Administrativo Federal. 1999a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>. Acesso em 29/01/2013.

_____. *Lei nº 9.868/1999* – Lei das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade. 1999b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9874.htm>. Acesso em 29/01/2013.

_____. *Lei nº 9.873/1999* - Fixa prazo prescricional para o exercício do poder de polícia pela Administração Federal. 1999c. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9873.htm>. Acesso em 29/01/2013.

_____. *Lei nº 10.406/2002* - Código Civil. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 23/09/2014.

_____. *Lei nº 10.741/2003* - Estatuto do Idoso. 2003. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 06/09/2014.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e outros. *Portaria Conjunta nº 127/2008*. 2008. Disponível em: <<https://www.convenios.gov.br/portal/legislacao>>. Acesso em: 23/09/2014.

_____. Presidência da República/Câmara da Reforma do Estado. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília, 1995. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/editoria.asp?p=editoria&index=25&ler=t524>>. Acesso em: 23/09/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 359*. 1973. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>> Acesso em: 23/09/2014.

_____. Tribunal de Contas da União. *Instrução Normativa 72/2012*. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/normativos/sobre_normativos>. Acesso em: 19/09/2014.

_____. Tribunal de Contas da União. *Planejamento Estratégico 2011-2015*. Disponível em:

http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/planejamento_gestao/planejamento_2011/index.html.> Acesso em: 19/09/2014.

_____. Tribunal de Contas da União. *Regimento Interno do Tribunal de Contas da União*. 2012. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/normativos/regimentos/regimento.pdf>.> Acesso em 30/03/2014.

_____. Tribunal de Contas da União. *Relatório Anual de Atividades do TCU – 2013*. Disponível em: http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/publicacoes_institucionais.> Acesso em: 19/09/2014.

_____. Tribunal de Contas da União. *Súmula 106*. 1976. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia>> Acesso em: 23/09/2014.

_____. Tribunal de Contas da União. *Súmula 249*. 2007. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia>.> Acesso em: 23/09/2014.

_____. Tribunal de Contas da União. *Súmula 74*. 2012a. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia>.> Acesso em: 23/09/2014.

_____. Tribunal de Contas da União. *Súmula 278*. 2012b. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia>.> Acesso em: 23/09/2014.

_____. Tribunal de Contas da União. *Súmula 282*. 2012c. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia>.> Acesso em: 23/09/2014.

_____. Tribunal de Contas da União. *Súmula 284*. 2014. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia>.> Acesso em: 23/09/2014.

CANON, Bradley C. *Defining the Dimensions of Judicial Activism*. *Judicature*. Vol. 66. N. 6 – Dez/1982-Jan/1983. p. 236-247.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina. 1998.

CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito – Geral e Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2004.

CHIEFFI, Lorenzo. *Ativismo Judicial*. Notas de aula ministrada na Disciplina “Constitucionalismo Europeu”. Faculdade de Direito da Universidade de Granada. Espanha. 2013 (mimeo).

COUTO E SILVA, Almiro. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abr/mai/jun 2005. Disponível em: <www.direitoestado.com.br>. Acesso em: 2/09/2014.

_____. Princípios da Legalidade da Administração Pública de da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. *Revista Eletrônica Ad Judicia - REAJ*. Porto Alegre: OAB/RS Ano I, Vol. I - out/nov/dez 2013, pág. 1-24. Disponível em: <http://www.oabrs.org.br/arquivos/file_527a403845914.pdf> Acesso em: 2/09/2014. [artigo publicado originalmente na Revista de Direito Público. Brasília: Supremo Tribunal Federal. nº. 84 – out-dez/87 – ano XX. 1987].

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DIAZ, Elías. *Curso de Filosofía del Derecho*. Madri: Marcial Pons. 1998.

ESPANHA. *Constitución Española*. Boletín Oficial del Estado. 1978. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>>. Acesso em: 23/09/2014.

GRACIE, Ellen. Notas sobre a revisão judicial das decisões do Tribunal de Contas da União pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista do TCU*. Brasília: TCU, ano 38, n. 110. Set-Dez/2007, p. 7-15. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2054056.PDF>. Acesso em: 23/09/2014.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. Trad.: Cláudio Molz. São Paulo: Landy. 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. I, 2011.

IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. Trad.: João Vasconcelos. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad.: João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 1999.

LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou Altiwez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. 2008. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br>. Acesso em 11/07/2013.

MANRIQUE, Ricardo García. Acerca del Valor Moral de la Seguridad Jurídica. *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Número 26. 2003. San Vicente del Raspeig-ES: Universidad de Alicante. pp. 477-515. Disponível em: http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10091/1/doxa26_21.pdf. Acesso em: 2/09/2014.

MARTINS, Clélia Aparecida. Sobre o Jogo de Linguagem: Habermas e Wittgenstein. *Revista de Filosofia*. Madri: Universidad Complutense de Madrid. Vol 35. N. 2. 2010 (p. 91-104). Disponível em: <http://revistas.ucm.es/index.php/RESF/article/viewFile/RESF1010220091A/8839>. Acesso em 30/04/2014.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Teoria da Constituição e a Constitucionalização dos Direitos. *Revista Brasileira de Direito Constitucional* - nº 7 - Jan./Jun 2006 - Vol.2. p. 210). Disponível em: <http://www.rbdc.com.br>. Acesso em: 2/02/2013.

MAXEINER, James R. Legal Certainty: A European Alternative to American Legal Indeterminacy? *Tulane Journal of International & Comparative Law*, vol. 15, nº. 2, p. 541-607. 2007. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tulic15&div=20&id=&page=>>>. Acesso em 2/09/2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MENDES, Gilmar. O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica. *Revista Diálogo Jurídico*. V. 1, nº. 5, agosto/2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/dialogo-juridico-05-agosto-2001-gilmar-mendes.pdf>. Acesso em 02/01/2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

PALAIÁ, Nelson. O fato notório, a notoriedade do fato e as máximas de experiência. *Jus Navigandi*. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8500/o-fato-notorio-a-notoriedade-do-fato-e-as-maximas-de-experiencia#ixzz3CvFi3AuD>>. Acesso em: 10/09/2014.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica*. Trad.: Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La Seguridad Jurídica*. Barcelona: Editorial Ariel. 1991.

POLETTI, Ronaldo. *Elementos de Direito Romano Público e Privado*. Brasília: Brasília Jurídica. 1996.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Assembleia da República. 1976. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx#art27>>. Acesso em: 2/09/2014.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. *Moralidade e Jurisdição: a compreensão procedimentalista do direito em Jürgen Habermas*. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina. 2006. Tese de doutorado em Direito. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/89102/237734.pdf?sequence=1>>. Acesso em 30/03/2014.

RADBRUCH, Gustav. *Introdução à Filosofia do Direito*. Trad. Jacy de Souza Mendonça. 1965. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/GRadbruchIntrod.pdf>. Acesso em: 2/09/2014.

_____. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2010.

RAMOS, André de Carvalho (Coord.). *A Imprescritibilidade da Ação de Ressarcimento por Danos ao Erário*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União. 2011. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/linha-editorial/outras-publicacoes/Imprescritibilidade-ebook.pdf>>. Acesso em: 10/09/2014.

ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito Constitucional brasileiro. *Mundo Jurídico*. 2005. Disponível na Internet: <www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto856.rtf>. Acesso em 1º/2/2013 [artigo publicado originalmente em: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org.). *Constituição e Segurança Jurídica*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004].

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança Jurídica e Jurisprudência - um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: LTR. 1996.

STRECK, Lenio L.; BARRETTO, Vicente de Paulo; e OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Normas Constitucionais Inconstitucionais*. Consultor Jurídico. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-19/confiar-interpretacao-constituicao-poupa-ativismo-judiciario>>. Acesso em 9/07/2013.

STRECK, Lenio L. *Verdade e Consenso*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado da União Europeia*. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2010. Disponível em: http://europa.eu/pol/pdf/qc3209190ptc_002.pdf. Acesso em: 23/09/2014.

VALIM, Rafael. *O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros. 2010.

XAVIER, Ronaldo Caldeira. *Latim no Direito*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense. 1997.

XIMENES, Julia Maurmann. *Levantamento de dados na pesquisa em Direito - a técnica da análise de conteúdo*. Vitória. 2011 (trabalho apresentado no XX Congresso Nacional do CONPEDI).
