

JULIO CESAR COSTA DA SILVEIRA

DA PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA:
SIGNIFICADO E SENTIDO.

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito, no Programa de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho

Curitiba
2005

TERMO DE APROVAÇÃO

JULIO CESAR COSTA DA SILVEIRA

DA PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA:
SIGNIFICADO E SENTIDO

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor no Programa de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão Julgadora formada pelos professores:

Orientador/Presidente

Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho

Prof. Dr. Luiz Alberto Machado

Prof. D. Paulo Roberto Ferreira Motta

Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira

Prof. Dr. Sérgio Augustin

Curitiba, 14 de julho de 2005.

SUMÁRIO

RESUMO	VI
ABSTRACT	VII
RESUMEN	VIII
INTRODUÇÃO	01
1. DO TEMPO E DO DIREITO	12
1.1. O HOMEM E O TEMPO	12
1.2. OS CONCEITOS CONTINGENTES: O DIÁLOGO E O DISCURSO DE CONSTRUÇÃO RACIONAL.....	19
1.3. O DIREITO CIVIL COMO GÊNESE	29
1.4. SISTEMATIZAÇÃO PELO CÓDIGO CIVIL	34
1.5. A ESFERA PRIVADA E A PRESCRIÇÃO.....	38
1.6. DA DECADÊNCIA.....	42
2. DA SEGURANÇA JURÍDICA	52
2.1. O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA;	52
2.2. A CERTEZA	58
2.3. SEGURANÇA JURÍDICA E JUSTIÇA.....	60
2.4. SEGURANÇA JURÍDICA COMO PRINCÍPIO.....	62
2.5. SEGURANÇA JURÍDICA COMO VALOR	70
2.6. SEGURANÇA JURÍDICA COMO DIREITO.....	78
3. OS SENTIDOS DA TRANSCENDÊNCIA	83
3.1. PRESCRIÇÃO E VALOR JURÍDICO	83
3.2. PRESCRIÇÃO E SACRIFÍCIO EM FAVOR DA ORDEM JURÍDICA	84
3.3. PRESCRIÇÃO COMO GARANTIA CRIADA PELA ORDEM JURÍDICA.....	87
3.4. PRESCRIÇÃO COMO PRINCÍPIO INFORMADOR DO ORDENAMENTO JURÍDICO	89
4. A PRESCRIÇÃO: O MITO DA SANÇÃO	93
4.1. O MITO DO CASTIGO	93

4.2. PRETENSÃO SACIONADORA, PRESCRIÇÃO E PROCESSO DISCIPLINAR	96
4.3. MOMENTO INICIAL DO PRAZO	104
4.4. PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA E CONDOTA HAVIDA COMO CRIME.....	107
4.5. RESSARCIMENTO DO ILÍCITO	119
5. DO INTERESSE COMO MÓVEL.....	126
5.1. PRESCRIÇÃO E INTERESSE SOCIAL.....	126
5.2. PRESCRIÇÃO E SEGURANÇA DAS RELAÇÕES SOCIAIS	132
5.3. PRESCRIÇÃO E INTERESSE PÚBLICO	138
5.4. PRESCRIÇÃO E ORDEM PÚBLICA.....	145
5.5. PRESCRIÇÃO E INTERESSE JURÍDICO-SOCIAL.....	147
5.6. PRESCRIÇÃO E FIXAÇÃO DE RELAÇÕES INCERTAS	150
5.7. PRESCRIÇÃO E ABUSO DO ESTADO.....	154
6. DA PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA.....	162
6.1. DIREITO POSITIVO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	162
6.2. PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA: ESTRUTURA E SENTIDO.....	172
6.3. PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA E ANULAÇÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS	186
6.4. PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA JUDICIAL.....	194
6.5. PRESCRIÇÃO E RECLAMAÇÃO ADMINISTRATIVA	199
6.6. PRESCRIÇÃO DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS	203
7. DA IMPRESCRITIBILIDADE COMO AVESSEO	208
7.1. IMPRESCRITIBILIDADE	208
7.2. AÇÕES IMPRESCRITÍVEIS.....	219
7.3. DIREITOS IMPRESCRITÍVEIS	222
7.4. CAMPO DE INCIDÊNCIA DA IMPRESCRITIBILIDADE: TEORIA DAS NULIDADES.....	227
7.5. PRESCRIÇÃO E RESGATE DO DIREITO: CONVALIDAÇÃO	248

8. FORMAS JURÍDICAS EXTINTIVAS	256
8.1. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA.....	256
8.2. PRINCÍPIO DA ACTIO NATA.....	263
8.3. PRESCRIÇÃO E PRECLUSÃO	267
8.4. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE.....	273
9. CAUSAS MODIFICATIVAS	282
9.1. A LEI, O LIMITE, A CERTEZA	282
9.2. INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO.....	284
9.3. ÂMBITO ADMINISTRATIVO	292
9.4. SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO	296
9.5. REDUÇÃO DE PRAZO	301
9.6. RENÚNCIA DA PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA	303
9.7. TERMO INICIAL DA CAUSA EXTINTIVA	306
9.8. SILÊNCIO LEGISLATIVO E PRAZO PRESCRICIONAL.....	316
10. REMANESCÊNCIAS: DISTINÇÕES E DIFERENÇAS	329
10.1. ALÉM DO ADMINISTRAR.....	329
10.2. AÇÕES PESSOAIS MOVIDAS PELO PARTICULAR CONTRA PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO E FUNDO DE DIREITO.....	330
10.3. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO RÉIS - DIREITO POSTULADO E NEGADO ADMINISTRATIVAMENTE	341
10.4. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO COMO AUTORAS.....	345
10.5. PRESCRIÇÃO E RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	355
10.6. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA - PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO	362
10.7. EXECUÇÃO FISCAL.....	366
10.8. CRÉDITOS E DÍVIDAS PREVIDENCIÁRIAS.....	369
CONCLUSÃO	372
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	392

RESUMO

Análise a respeito do instituto jurídico designado por prescrição administrativa, em face do princípio da segurança jurídica, visando precipuamente determinar-lhe o seu sentido e o seu significado, a partir do exame das várias formas que a prescrição administrativa assume no âmbito da regulação jurídica nacional. Nesse caminho é identificada tal forma de prescrição a partir de um método de natureza dialógica e marcado pela premissa da admissão de uma postura crítica permanente, visando identificar a natureza estrutural de tal fenômeno extintivo, na busca de visualizá-lo como uma totalidade dotada de um significado e de um sentido independente do *locus* em que é identificado o evento prescricional, o que culmina por identificar a prescrição administrativa como um princípio informador de toda a ordem jurídica, mostrando-se como um valor jurídico a ser preservado, dado constituir-se numa garantia ao administrado, na medida em que configura um limite a atuação da Administração Pública, já que gera certeza jurídica e promove a garantia ao bem-estar da sociedade em geral, dando azo a recuperação da confiança do cidadão e do administrado. Por tais características, a prescrição administrativa assume a condição mediata de princípio de orientação-garantia, gerando, em razão do princípio da segurança jurídica, uma forma de proteção constitutiva de uma espécie de justiça material, assumindo, também, uma força sanatória, como evento de convalidação objetiva, relativizando o princípio da legalidade estrita, a partir de uma atuação informada pela perspectiva de uma subjetividade interessada, razão pela qual resulta totalmente afastada a possibilidade de acolhimento do princípio da imprescritibilidade, salvo na hipótese restrita e pontual de sua previsão constitucional. Por tais razões a prescrição administrativa deve restar interpretada, aplicada e executada como um das garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito, sob o pálio, entre outros, dos princípios da igualdade e da segurança jurídica.

ABSTRACT

Analysis regarding of the juridical institute designated by administrative prescription facing the guarantee of the juridical principal on the view of determinating its meaning and signification after the exam of several forms that the administration prescription sets on the national juridical regularization. On this way it is identified as such form of prescription through a method of dialogical nature and set by the admit ion premise of a permanent critical posture, trying to identify the natural structure of such extinctive phenomenon. Searching to visualize it as a totality endowed of a meaning and signification undependable of the *locus* where the prescripional event is identified. What is up for an administrative prescription as a principal informer of the entire juridical order, showing it as a juridical valor of being preserved to be built as a guaranty for the administrator as it forms an activity limit of the public administration, it begets juridical sureness and raises the general society situation giving the opportunity for the citizens and administrator recover their trust. For such characteristics the administration prescription assume through the condition of guaranteed-orientation being on the reason of a juridical principal guarantee, a way of a constitutive protection of a material justice species assuming a healing power as an objective convalesce event, making relative a strict legality after an action informed by an interested subjective perspective, the reason that is totally away the possibility of principal reception of a nonprescription, except on the restrict hypotheses and straight constitutional preview. For such reasons the administrative prescription must be interpreted, applied and executed as an inherent guarantee of the Law Democrat State, under the *pallio* among others, and of the principal of equality and juridical safety.

RESUMEN

Análisis al respecto del instituto jurídico designado por prescripción administrativa, en virtud del principio de seguridad jurídica, visando precipuamente su sentido y su significado, a partir del examen de las varias formas que la prescripción administrativa asume en el ámbito de la regulación jurídica nacional. En ese camino es identificada tal forma de prescripción a partir de un método de naturaleza dialógico y marcado por la premisa de la admisión de una postura crítica permanente, visando identificar la naturaleza estructural de tal fenómeno extintivo, buscando visualizarlo como una totalidad dotada de significado y de un sentido independiente del locus en que es identificado el evento prescriptible, el que culmina por identificar la prescripción administrativa como un principio informador de todo el orden jurídico, mostrándose como un valor jurídico a ser preservado, dado constituirse en una garantía al administrado, en la medida en que configura un límite a la actuación de la Administración Pública, ya que genera certitud y certeza jurídica como medio de garantía al bien estar de la sociedad en general, dando oportunidad de la recuperación de la confianza del ciudadano y del administrado. Sin perjuicio de lo constatado, es también identificado que la prescripción administrativa asume la condición mediata de principio de orientación – garantía, generando, en razón del principio de la seguridad jurídica, una garantía semejante a una justicia material, asumiendo también una fuerza sanadora, como evento de convalidación objetiva, relativizando el principio de legalidad estricta, debiendo actuar a partir de la perspectiva de una subjetividad interesada, razón por la cual resulta totalmente disipada la posibilidad de admisión del principio de la imprescriptibilidad, salvo en la hipótesis restricta y puntual de su previsión constitucional. Por tales razones la prescripción administrativa debe restar interpretada, aplicada y ejecutada como una de las garantías inherentes al Estado Democrático del Derecho, bajo el palio, entre otros, de los principios de la igualdad y de la seguridad jurídica.

INTRODUÇÃO

Da análise da multiplicidade de fenômenos e de institutos que povoam a esfera de regulação jurídica inerente ao Direito Administrativo, o instituto, ou fenômeno, da prescrição administrativa situa-se entre àqueles que menos indagações específicas e sistemáticas tem sofrido, naquilo que diz respeito ao conteúdo efetivo de seu significado e das repercussões atribuídas a tal sentido. Em geral, a doutrina pátria tem-se limitado a inserir o exame do instituto da prescrição administrativa *embutido* junto a indagações que envolvem outros temas.

Constata-se, portanto, que a investigação doutrinária tem-se restringido, primordialmente, a uma categorização marcadamente analítica, plasmada pela diferenciação de cunho de natureza incidental em relação a tal fenômeno, perquirição esta que, comumente tem-se situado no âmbito de outros temas, aos quais tem atribuído maior importância, tais como os relativos ao processo administrativo, às licitações, e aos atos administrativos. A análise jurisprudencial, por seu turno, contenta-se com a explicitação funcional da prescrição administrativa, contrapondo tais análises, quase sempre submetida a uma visão generalizante, e em relação aos interesses do Estado, quando então o princípio da legalidade e o da supremacia do interesse público, mostram-se como os limites derradeiros de qualquer indagação.

De tal sorte, em quase todos os exames que se tem procedido em relação à prescrição administrativa, percebe-se que o desiderato imediato está informado pela busca da compreensão de tal fenômeno, visando a interpretação e aplicação das regras jurídicas que explicitam tal instituto jurídico, no fito de buscar, exclusivamente, dar uma solução concreta aos eventuais casos conflituosos que se apresentam no âmbito das relações cotidianas e que, por sua natureza e formulação específica, exigem, tão-somente, a mera aplicação de uma norma jurídica.

Forma-se, portanto, tanto pela contribuição doutrinária, quanto pela prática judicial, uma centralização ossificada e sistematizada de tal fenômeno, o qual assume a condição de mero conceito de natureza operacional restrita, o qual, por uma ausência de indagações a respeito de seu significado efetivo, acaba conformando-se a um modelo estéril, sem que se questione a respeito daquilo que lhe está subjacente.

Nessa senda, em face do não exercício de uma indagação vocacionada ao desvelamento da estrutura essencial da prescrição administrativa, buscando-se à essência de tal instituto, acaba-se, de modo mediato e quase que de forma inconsciente, por privilegiar alguém ou a algo, dentro de uma ótica de natureza estritamente mecanicista, resultando a práticas jurídica inerente a tal evento extintivo, quase sempre, limitada à já ultrapassada e inadequada prática de simplesmente aplicar-se a lei pela lei.

Importa, portanto, que se faça um esforço no sentido de que, por primeiro, pela identificação dos contornos que delimitam o instituto da prescrição administrativa, sejam desvelados os seus múltiplos sentidos possíveis, de modo que se possa compreender o seu significado, o seu efeito, a sua abrangência, e a sua consequência no plano da cotidianidade, mormente em razão de estarmos situados e submetidos a um sistema mediado pelos paradigmas de um Estado Democrático de Direito.

Contudo, tal tarefa não pode dar-se sem que se observe uma estratégia prévia, em razão da sua complexidade. Exige-se que, de modo específico, seja dada a atenção necessária à conformação interna do fenômeno configurado pela prescrição administrativa. Ademais, para que isto se torne possível, não se mostra necessário que se vá muito além das fronteiras do direito brasileiro, até porque a investigação que se pretende dar curso, por si, possui como sua característica mais marcante o traço da transcendentalidade.

Para tanto, as presentes indagações haverão de construir-se, primordialmente, pela compreensão do objeto caracterizado pela designação de prescrição administrativa, a partir da forma pela qual a sua regulação é compreendida, aplicada e executada. Entretanto, haver-se-á de avançar além de tais limites, no fito de tentar fugir ao singelo limite de uma razão imutável, Nos dias de hoje, não mais é possível nos mantermos aferrados a uma razão substancialista, a qual induz, com a força inerente aos dogmatismos, em geral, a submissão a determinadas estruturas invariáveis, às quais, negando a própria dinâmica da vida, do direito e da sociedade, impossibilitam a compreensão das transformações necessárias à evolução da própria razão.

Por isso, o caminho a se palmilhado, em cada um dos capítulos, assume, apenas, a condição de mero trajeto, não configurando o fim a que se almeja, já que

a doutrina pátria, de forma competente, como se verificará, tem-se desincumbido de tal missão.

Em realidade, o que aqui se pretende é identificar-se em que se constitui, na sua essência, o fenômeno da prescrição administrativa. Tal pretensão visa, portanto, identificar os elementos essenciais que permitem a corporificação de tal instituto, intento este que, até o momento, não foi ainda realizado, no que atine ao exame exclusivo da prescrição administrativa como fenômeno específico, independente de seu campo de incidência prática.

De tal sorte, não se há de buscar saber, como escopo final a ser perseguido, quais são os prazos específicos em que pode ser esgrimida a aplicação do instituto da prescrição administrativa, mas sim qual é o fundamento de sua existência, como também em que sede se pode encontrar a sua legitimação. Buscar-se-á identificar, também, a natureza do conteúdo jurídico da prescrição administrativa sob a ótica de sua funcionalidade, de molde a identificar-se qual é a sua tarefa, no âmbito de um Estado Democrático de Direito.

Portanto, não se será adotado nas presentes indagações um método que possa se caracterizar por uma prática voltada a um mero reducionismo, no qual a análise da prescrição administrativa deverá restar submetida aos limites que a doutrina e a jurisprudência lhe tem submetido. Importa que se tenha sempre em consideração que o fenômeno prescricional dá-se, também, em razão do acoplamento de uma determinada estrutura jurídica a uma determinada estrutura sócio-cultural

Ademais, a compreensão do fenômeno prescricional deverá estar imantada pelas características, pelas peculiaridades e pelas possibilidades imanentes à esfera de regulação em que deverá restar reconhecido, qual seja a o Direito Administrativo, tornando visíveis, só após tal aproximação, as feições inerentes a um determinado sítio da esfera de normatização jurídica, de modo a evitarmos que, por excesso de objeto, acabemos nos perdendo em uma multidão de perspectivas inconciliáveis.

De qualquer modo, tomando em conta a própria complexidade inerente ao fenômeno da prescrição administrativa, não se poderá permitir que as indagações ampliem-se a ponto de facultar uma percepção vinculada a uma liberdade de compreensão irrestrita. Haveremos de nos limitarmos às matrizes básicas

delimitadas pela Constituição Federal, como também pela demais regulação infraconstitucional, em seus níveis de produção necessários, tão-somente, à compreensão da essencialidade do objeto de estudo.

Tal limite resulta admitido a partir da constatação de que, tanto a Administração Pública, quanto o particular, em nossa realidade nacional, submetem-se aos preceitos fundamentais conformadores do Estado Democrático de Direito. Tanto a esfera pública, quanto a esfera privada, por decorrência de tal modelo estatal, submete-se ao Direito, o qual, conformado por uma *praxis* de estrita vocação democrática, não tolera a possibilidade de qualquer violação da ordem jurídica.

Não se pode olvidar que o exercício de qualquer prerrogativa, no âmbito de uma sociedade democrática, deve assegurar, de forma efetiva, a existência de um sistema mínimo de garantias, os quais constituem os limites necessários à preservação da ordem jurídica, a qual deve caracterizar-se, antes de mais nada, como sendo uma ordem de natureza democrática.

Releva destacar, por substancial ao trabalho realizado, que aqui se considera o Direito, enquanto sistema de normas jurídicas, explicitadas por regras e por princípios, ou até sob a designação de ciência, como meio adequado a permitir a criação de critérios próprios e específicos, voltados, no caso em tela, a compreender, a lidar e a disciplinar o fenômeno da prescrição administrativa, tão-somente, como um fenômeno jurídico.

É de restar realçado que a prescrição administrativa também haverá de restar desvelada como sendo uma das formas pelas qual a realidade resulta estruturada, assumindo, primordialmente, a feição e a função de um instrumento ou mecanismo voltado à idéia de ordem.

Por isso é de império que, pelo exame e compreensão do conteúdo de abstração oriundo das normas jurídicas que disciplinam a prescrição administrativa, possamos identificar um sentido que se mostre consentâneo com os fins que o direito positivo diz almejar.

Tal sentido deverá de ser encontrado, por primeiro, através de uma via analítica, a qual permita a constatação da existência de uma simbiose entre os interesses da sociedade e o instituto da prescrição administrativa. Por segundo, buscar-se-á demonstrar a visceral ligação entre o instituto da prescrição administrativa e os princípios estruturais do Estado Democrático de Direito.

Contudo, para evitar-se a queda num vazio oriundo dos conceitos lidos a partir deles mesmos, inserindo-nos num círculo vicioso, ou na submissão inerente às posições inconsistentes retratadas em mera opinião pessoal, a visão da prescrição administrativa haverá de ser procedida, durante todo o trajeto de explicitação de suas feições, a uma leitura subliminar, na forma estabelecida a partir de uma paradigma construído segundo um modelo de pragmática de cunho retórico, ao modo da concepção explicitada por TERCIO SAMPAIO FERRAZ Jr.

Tal opção visa assegurar que a investigação, em suas indagações, sempre tome em conta as três esferas básicas de sua estruturação, quais sejam: a esfera judicial, a esfera normativa, e a esfera da Ciência do Direito, enquanto referenciais continuamente buscados, buscando-se compreender o fenômeno da prescrição administrativa, pelo desvelamento do sentido de cada um desses discursos, em relação ao fenômeno extintivo ora investigado, conforme, no corpo das próprias indagações, restará devidamente explicitado.

Contudo, a escolha de tal concepção buscará, por força de decisão metodológica, conformar um diálogo com o instituto da prescrição administrativa a partir de critérios associados com um compromisso de busca permanente de maior objetivação possível, sempre visando buscar conhecer e explicitar a função, o propósito e a motivação da prescrição administrativa.

Para tanto, subliminarmente ao caminhar investigatório, a compreensão do problema que envolve a prescrição administrativa deverá estar fundada nos parâmetros inerentes a um discurso racional submetido à discussão. Tal discutibilidade deverá ser configurada visando estabelecer um horizonte de sentido comum, de modo a possibilitar o diálogo teórico. Tal diálogo, enquanto exame das produções do pensamento examinado será sempre submetido a uma relativização de interesses determinada pelas circunstâncias, de forma *ad hoc*, em relação às figuras da Administração Pública, do administrado, e, eventualmente, do servidor, consolidados tais *personagens* a título de figuras generalizadas.

Tal perspectiva deverá, portanto, pressupor, implícitamente, a existência de uma discussão entre tais partícipes discursivos, de modo a possibilitar a explicitação de suas perspectivas genericamente admitidas, compreendidas a partir dos respectivos discursos em conflito, admitidos na forma de expectativas genéricas, as quais serão postas em cotejo com os parâmetros de informação do interesse

público, do interesse privado, da segurança jurídica, e do Estado Democrático de Direito.

Por isso, buscar-se-á demonstrar o conjunto de razões que buscam legitimar as várias formas de compreensão da prescrição administrativa, admitindo-se-as como sendo o referencial ético e lógico de toda a discussão, as quais deverão assumir a condição de paradigma referencial de cotejo entre as várias concepções analisadas.

Portanto, em presença do dizer de cada concepção, tornar-se-á possível a instauração de uma reflexão que deverá tornar compreensível à discussão como unidade estruturada, excluindo o mero dizer por dizer e exigindo o dever de provar o que se diz, já que todo discurso poderá ser questionado. Embora, por tal procedimento, buscar-se-á a construção de uma estrutura de natureza dialógica, como meio de possibilitação da própria discussão.

Também se buscará a conformação de uma homologia, de modo a assegurar a que cada objeto discutido seja situado a partir de um procedimento informado por uma efetiva e concreta igualdade.

Na busca de resposta às indagações conformadas a partir do instituto da prescrição administrativa, todas as dúvidas surgidas deverão assumir a condição de invariantes genéricas, induzindo, por tal condição, a uma prática de natureza reflexiva, mas que, em respeito a um acervo de múltiplas possibilidades generalizadas, responsáveis pela complexidade das posições em conflito, deverão tais dissonâncias estar sempre submetidas às regras do diálogo e ao paradigma ético-lógico do sistema, qual seja, o da comprovação de sua adequação ao sistema jurídico nacional positivado.

Por fim, no que atine à concepção teórico-metodológico adotada, importa que se diga que tal escolha buscou afastar o risco de acabarmos, por um lado, submetidos à singeleza do sistema jurídico nacional positivado, numa ótica de natureza formal estrita, transformando o esforço investigatório numa leitura linear do direito positivo. Por outro lado, ante a possibilidade de que, após o cotejo das argumentações divergentes, não se conseguisse chegar a conclusão alguma, aos frustrantes contornos de um monólogo solitário. De qualquer sorte, o que se buscou foi encontrar-se o sentido do fenômeno jurídico conformado sob a designação de prescrição administrativa.

Portanto, a todo o momento, de forma subliminar estar-se-á a proceder o exame da prescrição administrativa pela via de uma operação dialógica, na medida em que os *argumentos* da Administração Pública e do administrado, respectivamente, serão considerados como produtos argumentativos que sintetizam as posições em controvérsia, como resultado de operações estruturantes voltadas à construção de uma conclusão racionalmente elaborada, possibilitando, como efeito de tal procedimento, distinguir o discurso racional do discurso irracional.

Por isso, toda a divergência não dará causa a exclusão mútua dos argumentos, mas sim como identificação de incompatibilidades em busca de uma solução pela via de uma decisão racional, a qual deverá, pela absorção da insegurança inerente ao próprio dissídio, por força das garantias constitucionais, garantir a obtenção da segurança jurídica. Ou seja, a partir de um processo dialógico e racional, com aspiração ao entendimento, as presentes indagações deverão construir uma resposta que assegure, observe e respeite a segurança jurídica no que se refere ao fenômeno da prescrição administrativa.

Firmadas tais premissas, portanto, as presentes indagações transitarão por dez sítios distintos, todos voltados à compreensão da essência da prescrição administrativa.

Por primeiro visitaremos a relação conformada entre o tempo e o Direito. Em tal sede, além da explicitação mais pormenorizada do modelo teórico-epistemológico que deverá informar a construção das presentes indagações, buscar-se-á visualizar as relações entre o homem e o tempo, como também a influência da esfera privada na conformação do fenômeno da prescrição administrativa, na medida em que a sistematização da prescrição pelo Código Civil, a forte influência do Direito Civil na gênese do instituto prescricional, a convivência entre a prescrição e a esfera das relações privadas, como também o reconhecimento do fenômeno decadencial como instituto assaz semelhante à prescrição, importam em trajetos aos quais não se pode deixar de palmilhar.

Em um segundo momento, já antecipando o relevo do princípio da segurança jurídica, proceder-se-á ao exame de tal paradigma, bem como da sua importância como critério de justiça, como garantia de certeza, como também em razão de sua múltipla característica como valor, como direito e como princípio.

Contudo, num terceiro momento, buscaremos demonstrar que o fenômeno da prescrição administrativa transcende aos seus meros contornos de instituto jurídico. Para tanto, buscaremos demonstrar que a prescrição é também um valor jurídico, que pode ser visualizada como um sacrifício em favor da ordem jurídica, mas que caracteriza uma garantia da ordem jurídica, na medida em que configura um princípio informador de proteção.

Outro ponto a merecer exame diz com relação a leitura da prescrição administrativa a partir de um mito que lhe configura como se fosse, tão-somente, uma forma de sanção. Para tanto, deveremos situar a análise a partir da pretensão sancionadora associada às figuras do processo administrativo e da própria prescrição administrativa. Em razão de tais limites, proceder-se-á ao exame do prazo inicial do prazo prescricional, enquanto pretensão sancionadora, em presença da falta administrativa, como também em razão das condutas que, além da falta, configuram prática criminosa, culminando pela análise das questões decorrentes, no âmbito estrito do fenômeno prescricional, da necessidade de ressarcimento dos ilícitos administrativos.

Outro aspecto a merecer análise, diz com o cotejo entre o fenômeno da prescrição administrativa e o interesse juridicamente relevante. Para tanto, proceder-se-á a análise da prescrição administrativa em face ao interesse social, em face da necessidade de segurança das relações sociais, como também em presença do interesse público, ante à ordem pública, perante o interesse jurídico-social, para o efeito da fixação das relações incertas, como também em presença de eventual abuso do Estado.

Situadas tais conformações de conteúdo generalizante, passamos, então, ao exame da prescrição administrativa, em-si. Contudo, por uma singela percepção da impossibilidade metódica do exame de tal instituto em todas as suas variáveis, tal exame resta limitado em presença de circunstâncias pontuais, dado que o escopo primordial a ser perseguido é o da compreensão da essência do instituto da prescrição administrativa, mediada tal compreensão a partir do princípio da segurança jurídica. Nessa senda, após um exame da evolução histórica do instituto junto ao direito nacional, buscamos entender a prescrição em sua estrutura e sentido. Firmada tal perspectiva, é em presença da prática de anulação dos atos administrativos que buscamos desvendar o sentido do evento extintivo, finalizando

pelo exame dos vínculos existentes entre a prescrição administrativa, percebida na via judicial, em face da reclamação administrativa e, por último em presença das decisões de natureza administrativa.

Em razão do exame anteriormente procedido, exsurge a figura da imprescritibilidade, a qual passa a ser examinada ao avesso da prescrição administrativa. Tal intento, portanto, implica que se busque conhecer da existência, não só de ações imprescritíveis, como também, de eventuais direitos imprescritíveis, buscando visualizar-se, também, da existência, ou não, da imprescritibilidade em presença da teoria das nulidades, culminando-se pelo exame da possibilidade de compreensão da prescrição como fator de resgate a um direito de convalidação.

Na seqüência, passamos ao exame das formas jurídicas extintivas e das formas jurídicas modificativas. Em relação às primeiras, as investigações avançam na pretensão de examinar a prescrição administrativa em face da decadência, perante o princípio da *actio nata*, como também em presença da preclusão e da prescrição intercorrente.

No que atine às formas jurídicas modificativas, o exame da interrupção da prescrição, bem como do âmbito jurídico de tais causas, como também a suspensão da prescrição, a eventual redução do prazo prescricional, a renúncia à prescrição administrativa, a análise de seu termo inicial, como causa extintiva, e o silêncio legislativo em relação ao prazo prescricional, buscam aclarar o fenômeno prescricional em sua essência, tarefa a ser realizada de forma permanente.

Por fim, as presentes investigações, porquanto voltadas a compreender a essência do fenômeno prescricional, no âmbito do direito Administrativo, transitam por espaços situados além do mero administrar, buscando compreender o fenômeno da prescrição administrativa, por primeiro, nos limites do espaço processual estrito, enquanto resultado ou produto do discurso jurisprudencial, mormente em presença das ações pessoais movidas pelo particular contra as pessoas jurídicas de direito público e a figura do fundo de direito, como também em relação às circunstâncias que envolvem às pessoas jurídicas de direito público como réis, visualizando as circunstâncias decorrentes do direito postulado e negado administrativamente, além das circunstâncias decorrentes dos conflitos nos quais as pessoas jurídicas de direito público figuram como autoras.

Na mesma senda, embora agora nos limites de circunstâncias alheias ao sentido estritamente público, analisamos o fenômeno prescricional em presença da responsabilidade civil do Estado, como também nas circunstâncias que envolvam a Administração Pública indireta e as pessoas jurídicas de Direito Privado, além dos sítios relativos às execuções fiscais e aos crédito e dívidas previdenciárias.

De qualquer modo, como realçado ao início da presente introdução, importa que, mais uma vez, seja destacado que o esforço teórico aqui desenvolvido não pretendeu, por nenhum momento, elencar, mesmo no âmbito das hipóteses restritas escolhidas, a forma, o modo, as circunstâncias, e a explicitação dos casos e dos prazos em que se pode reconhecer a incidência da prescrição administrativa. O que se pretendeu foi, pela análise dos correspondentes discursos produzidos em cada uma das instâncias examinadas, desvelar a natureza essencial do instituto da prescrição administrativa. Ou seja, o que é o ente cognominado prescrição administrativa. Ou seja, como se conforma a prescrição administrativa, qual é a sua essência e de que modo a prescrição administrativa e o princípio da segurança jurídica se associam.

Por isso, não só as contribuições oriundas do presente esforço investigatório, mas, em especial, as conclusões a que se aportará, deverão dizer, fundamentalmente, o que é a prescrição administrativa, servindo todos os espaços de discussão que se construíram no trajeto das indagações procedidas, tão-somente, como premissas necessárias à identificação do sentido primordial da essência do instituto jurídico designado por prescrição administrativa.

DO TEMPO E DO DIREITO

1.1. O HOMEM E O TEMPO

O tempo, em todas as esferas do mero existir, enquanto fatualidade abstrata percebida na linearidade do cotidiano mostra-se, também, como fator significativo e instituidor, entre outros fenômenos, de uma individualidade objetualizada. Entretanto, o tempo não se limita a um simples fato restrito à explicitação de seu significado, ou como mero móvel de instituição de outros fenômenos. Embora seja possível, entre tantas outras formas de percepção, entre as quais às que lhe buscam compreender num horizonte de transcendentalidade, impõe-se, nos limites destas indagações, que tal busca pela compreensão do tempo seja marcada, contudo, por sinais e eventos capazes de mostrá-lo na sua feição "*concreta*", a partir do agir humano.

Entretanto, o agir humano, em sua significação mais abrangente, não gera efeitos de produção de uma identidade universalizável em todos os planos em que venha a repercutir a ação do homem. Quando defrontamos os interesses emergentes na cotidiana dinâmica social, adstritos a um elenco que configure, ou possa configurar, a uma ambivalência dialética, emergem múltiplas significações de matiz contraditório. Entretanto, embora diante dos conteúdos mais diversos que cada interesse elencado possa guardar no seu bojo, resulta incontrastável que nada escapa ao tempo.

O tempo, além de situar-se como demarcação abstrata do horizonte de presença dos fenômenos sociais, assume, entre outras características, a condição de medida que se mostra, entre outras *aptidões*, capaz de permitir a compreensão da existência do homem e da sociedade. Resulta, portanto, inquestionável que o transcurso da *vida individual*, tanto das pessoas físicas, quanto das pessoas jurídicas, públicas ou privadas, dá-se, também, no horizonte da temporalidade.

Isso se dá segundo formas diversas. Como: um mero *receptáculo* de um conjunto de experiências; como força de delimitação abstrata das múltiplas visões assumidas e professadas por cada pessoa, ou por cada instituição; como limite à ação

do indivíduo. Enfim, o tempo permite e possibilita a percepção de cada existência a partir de uma síntese assentada por um início, um transcurso, e por um fim.

Entretanto, a própria idéia de tempo, por sua singularidade e por sua estreita ligação com cada um de nós, dificulta-nos, na reflexão imediata, a compreensão de seu próprio conteúdo. Isto porque:

O vínculo que cada um de nós tem com o tempo é tão antigo que remonta não só aos primórdios da nossa própria história individual, mas aos primórdios da história de toda humanidade. Em função disso, a ligação que temos com o tempo é tão estreita, tão íntima e, portanto, repleta de cumplicidades, que isso pode dificultar e mesmo impedir a objetivação da teia complexa de relações que constitui um dado fenômeno, em que o tempo é um dos seus principais elementos.¹

Da teia complexa e objetivadora de múltiplas relações constitutivas que emergem da dinâmica social, marcada por feições de conteúdo generalizante, possibilita-se ao tempo também alcançar aos fenômenos jurídicos, enquanto produtos de um sistema simbólico de regulação de cada sociedade. Tal circunstância decorre do fato de que: (...) *inúmeras expressões referentes à vivência do tempo, constituem o homem na sua relação dialética com o real. Essa relação é construída num determinado tempo e espaço, com base no pensado e no vivido e está articulada aos sistemas simbólicos variados que configuram/definem/integram a dinâmica e a complexidade de um determinado contexto social.²*

Tal perspectiva, autoriza-nos a admitir o tempo como um referencial capaz de possibilitar a compreensão de outros fenômenos sociais, entre os quais o Direito. A partir de tal percepção, torna-se possível então afastarmo-nos do senso comum, direcionando nossa reflexão, no caso das indagações em tela, ao fenômeno decorrente da inter-relação entre tempo e Direito, na medida em que o fenômeno jurídico é, entre outras tantas circunstâncias, fundamentalmente marcado pela idéia e pelo sentido de um devir.

¹ DESAULNIERS, Julieta Beatriz Ramos. *Tempo - uma categoria, várias abordagens*, p.232;

² DESAULNIERS, J. B. R. Idem, *ibidem*;

Entre uma miríade de formas percebidas, resulta também possível identificarmos um *tempo jurídico*. Isto porque o Direito, fundamentalmente marcado por um desiderato de pacificação dos conflitos sociais, guarda, não só por sua natureza regulatória, as feições de evento que, na teia complexa de seu sistema normativo, o encargo de limitar, de cortar, e de fragmentar, como salienta Wilson de Souza Campos Batalha.³

Por outro lado, numa categorização de conteúdo materialista, mostra-se visível a diversidade *substancial* existente entre tempo e Direito. Ante tal variabilidade, portanto, poderíamos imaginar estar-mos diante de uma dicotomia marcada pela incompatibilidade, circunstância essa, portanto, geradora de uma mútua e recíproca exclusão.

Entretanto, só a partir de sua percepção como um dos elementos constitutivos do real, resulta possível a aceitação de tal inter-relação. Contudo, a constituição do real pode dar-se de múltiplas formas e sob uma multiplicidade de perspectivas. Ante tal constatação, impõe-se, ou seja, torna-se necessário que: *se admita o tempo como relação, como invenção e como construção, de modo que o tempo passe a expressar uma estrutura sócio-cultural, estruturada socialmente, de molde a atuar como uma estrutura estruturante do real*. Tal compreensão, portanto, torna possível entender-mos a possibilidade de que tempo e Direito possam, pela conjugação de suas esferas constitutivas, atuar conjuntamente na expressão e na regulação dos conflitos oriundos dos entrecosques gerados nas sociedades humanas. Até porque: (...) *analisar um fenômeno dissociando-o da dimensão temporal é efetuar uma explicação mutilada do mesmo, pois o tempo existe de alguma forma, nas coisas*.⁴

No Direito, o tempo também assume uma feição de relevância intransponível, conforme explicita WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, ao destacar que:

O tempo jurídico é dividido em pedaços, como o espaço. Significativo, a propósito, o intento de Savigny ao pretender elaborar teoria conjunta para a solução dos conflitos legais no tempo e no espaço.

³ BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito intertemporal*, p. 38;

⁴ DESAULNIERS, Julieta Beatriz Ramos. Obra citada, p. 234;

(...)

O tempo jurídico corta, opera 'dividindo, secando'. Não é fluxo contínuo, não constitui-se em desenrolar-se, um evolver, um transformar-se. Opera por 'cortes' e 'saltos' numa realidade que 'insta', dura e se transforma paulatinamente.⁵

Mas é acolhendo a expressão do tempo como relação, como invenção e como construção, que se há de dar a tais conteúdos um limite material, sob pena de assentarmos às dimensões apontadas no rol das abstrações estéreis. Para efeito de construção de uma metodologia adequada ao indagado, assume-se então, a título de limite possibilitador de uma convergência de presenças, a conformação delimitadora a ser conformada pelo Direito.

Nessa ótica então, a idéia de relação há de ser e passa a ser informada pela idéia de relação jurídica. Por seu turno, a idéia de invenção assume a condição de possibilidade permanente de reconhecer a emergência do novo. Enquanto descoberta situa-se no contexto de uma conflituosidade oriunda do entrechoque permanente de interesses, emergentes no âmbito da sociedade humana. Por fim, a idéia de construção há de ser estruturada a partir de uma pretensão universal de paz social, marcada, apoiada e delimitada pelos princípios que estruturam o Estado Democrático de Direito.

Importa destacar que a adequação do tempo ao Direito não se dá por um mero reducionismo com pretensões de natureza utilitarista, mas sim como um acoplamento de uma determinada estrutura jurídica a uma estrutura sócio-cultural expressada pelo fenômeno temporal. Só a partir de tal compreensão, portanto, não se cria incompatibilidade essencial entre os dois fenômenos, na medida em que, sendo o direito baseado na realidade empírica, evolui junto com a sociedade, até porque sendo produto cultural, não pode, pela própria natureza intrínseca da cultura em-si, ficar inerte.

É consabido que a idéia de relação jurídica não se consolida num modelo único. Dependendo da esfera de regulação a que se mostra adstrita, variados são os significados que pode assumir. Uma relação jurídica plasmada no âmbito de relações contratuais de natureza privada e consubstanciada por interesses disponíveis, mostra-se absolutamente diversa de uma relação jurídica submetida aos ditames do Direito

⁵ BATALHA, W. de S. C. Obra citada, p. 15;

Público, no qual, como regra quase sem exceção, o interesse público assume condição de diretriz inafastável ao ajuste delimitador de eventuais accertamentos.

De tal sorte, o tempo, ao efeito de sua face de relação, deverá estar imantado pelas características, pelas peculiaridades e pelas possibilidades imanentes à esfera de regulação em que deverá restar reconhecido, assumindo, só após tal adequação, a feição de um dos mecanismos com capacidade de estruturação necessária à pacificação de cada caso concreto.

Quanto à sua feição de invenção, não se pode falar de uma liberdade de compreensão irrestrita. O tempo há de limitar-se às matrizes básicas delimitadas pela Constituição Federal, como também pela demais regulação infraconstitucional, em seus três níveis de produção. Tanto a Administração Pública, quanto o particular, em nossa realidade nacional, submetem-se aos preceitos fundamentais conformadores do Estado Democrático de Direito. Tanto a esfera pública, quanto a esfera privada, por decorrência de tal modelo estatal, submete-se ao Direito, o qual, conformado por uma *praxis* de estrita vocação democrática, não tolera a possibilidade de qualquer violação da ordem jurídica.

O exercício de qualquer prerrogativa no âmbito de uma sociedade democrática assegura junto ao rol das *liberdades* inerentes a tal sistema, a garantia de prevenção e de proteção, em face de qualquer violência, ou ameaça de violência a direito, estabelecendo o sistema normativo, por força das variadas formas assumidas ao momento de sua criação, os limites necessários à preservação da ordem jurídica, mostrando-se o tempo como um dos limites institucionalizados à feição de garantir tal ordem democrática.

Por fim, o sentido dado à idéia de *construção* do tempo há de mostrar-se, entre outras concepções possíveis, na sua tarefa de estruturação da realidade, como instrumento voltado à idéia de ordem. Temerário seria admitir-se que os reconhecidos efeitos decorrentes do tempo, no âmago de uma determinada sociedade, estariam vinculados, tão-somente, à esfera de atuação dos interesses em confronto. Isto poderia dar azo a uma legitimação formal e espúria de interesses contrários à própria ordem jurídico-social democrática.

Releva destacar que as forças sociais de uma sociedade complexa, tal como se mostra a sociedade contemporânea, caracterizam-se, entre outros aspectos, pela desigualdade na titularidade dos vários mecanismos com poder de influência, por parte dos diversos grupos sociais que compõe tal tecitura social. De tal sorte, a *leitura* de uma construção estruturada da realidade, a partir do tempo, também há de restar limitada pelo Direito, sempre sob o pálio dos princípios de um Estado Democrático de Direito.

Torna-se evidente, portanto, que o transcurso do tempo físico mostra-se diverso, na sua forma de percepção e efeito, do tempo jurídico. Há, entre o tempo tido por natural e o tempo categorizado como jurídico, uma não-coincidência, na medida em que o seu transcurso é informado por critérios diferentes. Enquanto o tempo havido por natural transcorre de forma irrefreável, o tempo jurídico pode ser suspenso ou interrompido. Disso decorre que, no caso do Direito, enquanto sistema de normas jurídicas, explicitadas por regras e por princípios, ou até sob a designação de ciência, criam-se critérios próprios e específicos para compreender, lidar e disciplinar o tempo, embora reste sempre mantida a idéia originária de passagem ou de transcurso do tempo.⁶

A partir de tal percepção, ao tempo, em sua conexão com as relações que recebem do sistema positivo jurídico a característica marcante de uma natureza específica, qual seja a natureza jurídica, assegura-se, entre outras peculiaridades, a de conformar-se como fator possibilitador da aquisição e da perda de direitos, interferindo no âmbito das faculdades inerentes ao titular de uma prerrogativa juridicamente reconhecida e tutelada, o qual tanto poderá ser um direito de conteúdo material, quanto o próprio conteúdo do direito processual que visa, substancialmente, assegurar tutela jurisdicional protetiva, mas que, em qualquer das duas espécies, acaba sempre por

⁶ A não coincidência entre o transcurso do tempo natural e jurídico pode ser compreendida a partir de dois espaços distintos. Por primeiro, a partir do reconhecimento da possibilidade de retroatividade de lei ou de ato de natureza jurídica. Por segundo, pela admissão da suspensão ou interrupção da prescrição. Já a coincidência entre o tempo jurídico e o tempo natural, no que diz respeito ao seu transcurso inexorável, situa-se com maior proximidade em relação ao fenômeno jurídico da decadência. De qualquer modo, o que resulta incontroverso é que o Direito tem critérios próprios, mas materialmente diversos do decurso natural do tempo. Embora os fenômenos da prescrição e decadência; em cada ramo do Direito adquiram aspectos peculiares, mantida a idéia essencial da passagem do tempo, sem dúvida alguma se tratam de fenômenos situados no estrito espaço de compreensão da esfera jurídica;

limitar o modo de vigência das normas jurídicas, produzindo modificações significativas na eficácia decorrente de todas as relações submetidas ao controle de regulação jurídica.⁷

De tudo que resta possível perceber, verifica-se que, mesmo admitindo-se que o tempo seja um fenômeno radicado na percepção individual de cada indivíduo, não só na esfera de sua compreensão natural, mas, primordialmente, na sua visualização a partir de uma ótica jurídica, o tempo determina limites, cortes e fragmentações na vida e nas relações entre as pessoas, mostrando-se, concomitantemente, como fator capaz de possibilitar a compreensão de muitos outros fenômenos sociais, nos quais, por certo, situa-se o Direito.

É certo, contudo, que tais peculiaridades não resultam como decorrência de uma incidência automática e sem qualquer espécie de mediação. No caso do Direito, as normas jurídicas, entre as quais às de natureza constitucional e infraconstitucional, atuam de modo a construir uma compreensão limitada do fenômeno temporal, sendo uma das formas pelas qual a realidade resulta estruturada, assumindo, primordialmente, a feição e a função de um instrumento ou mecanismo voltado à idéia de ordem.

Por outro lado, não se pode desconhecer que as relações decorrentes do tempo, sob a ótica do Direito, acabam por promover a construção de *realidades* diversas das vivenciadas pelas percepções do cotidiano. Isto se torna *visível* na medida em que, mesmo sendo o sistema jurídico um conjunto ordenado de normas voltadas ao atendimento primordial de uma idéia de ordem estrita, marcada, na contemporaneidade, pela legalidade e por uma principiologia específica, torna-se admissível a *conversão* de tal sentido diretivo, a partir da idéia de transcurso do tempo. Ou seja, um sentido que se constrói pela intermediação entre um sistema normativo, portanto de natureza abstrata,

⁷ A atuação do fenômeno temporal no âmbito jurígeno opera de maneira multifária. Inicialmente, constitui nota demarcadora da aquisição de direitos, como no nascimento, fato gerador da personalidade, no implemento da maioria civil, criminal e política; outras vezes estatui os limites de vigência das normas retoras da conduta, bem como das avenças convoladas entre os indivíduos (termos inicial e final); ainda se pode utilizá-lo como motivo da extinção de determinadas faculdades jurídicas. NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. *Prescrição: decretação de ofício em favor da Fazenda Pública*, p. 55;

com uma representação necessária ao homem, como uma das condições gerais de possibilidade de compreensão da própria existência humana.

Em razão disso, passam a ser acolhidas circunstâncias avessas a tal ordem, por força, especialmente, de irregularidades nas práticas perpetradas no contexto das relações sociais juridicizadas, sob o arrimo e justificação de uma concepção que admite ser possível ao tempo, por força de uma consolidação abstrata dos atos irregulares, transformar uma situação de fato irregular em uma situação de Direito, ao modo de recepcioná-la como adequada à ordem jurídica.⁸

Portanto, de tudo o que acima restou realçado, deparamo-nos com a circunstância de que o tempo passa a interagir no espaço humano, modificando sentidos oriundos de uma mera fatualidade tida por inexorável, para o efeito de conformar a vida cotidiana a parâmetros recepcionados além de sua mera compreensão material, enquanto circunstância dada a objetivos e a fins sociais havidos por valiosos.

1.2. OS CONCEITOS CONTINGENTES, O DIÁLOGO E O DISCURSO DE CONSTRUÇÃO RACIONAL

Todo o conjunto diferenciado de conhecimentos, aos quais se possa, numa categorização assimilada como visão ordenada da realidade, busca, nos conceitos estruturados a partir da percepção de tais categorias, a explicação formal de uma realidade a ser vivenciada. O homem constrói sua percepção da realidade através de representações por ele próprio imaginadas. Isto porque:

O ser humano, antes de pensar logicamente as coisas, imagina-as. A pessoa, por diversos motivos, seleciona do fluir caótico de sensações que invadem os sentidos, determinadas imagens e as institui com um sentido específico. Da amálgama de sensações 'sem sentido' que fluem perante ele, algumas são captadas e transformadas em imagens. Essas imagens são imediatamente significadas. Desse

⁸ Em razão de tal circunstancia, qual seja o decurso do tempo, consolida-se uma irregularidade pela sua conversão de situação de fato em situação de direito, gerando-se uma transmutação de natureza modificativa, cujo resultado final é o da adequação de um situação fática repelida pela regra positivada, como elemento acolhido pelo sistema;

modo, o caos fugidio das impressões sensoriais se organiza como um cosmo de sentidos imaginados. A imaginação é muito mais que a mera possibilidade de fantasiar a realidade; ela constitui a potencialidade que o ser humano tem de impregnar de sentido – de modo volitivo e afetivo – as sensações. A imaginação possibilita ao ser humano que o mundo deixe de ser para ele uma mera apresentação, como é o caso da consciência animal, para transformar-se numa ‘representação’. Os objetos passam de elementos sem sentido a ser coisas com significado.⁹

No caso da dita Ciência do Direito, uma das primeiras vias de compreensão dos fenômenos jurídicos, parte-se da idéia, numa visão liberal-positivista, de que os direitos subdividem-se em direitos objetivos e direitos subjetivos. Desse modo, tem-se que, de forma genérica, por força de uma cisão imaginada, o fenômeno jurídico recebe uma organização assentada em tais sentidos, a partir dos quais se passa a organizá-lo em conceitos relacionados a essas duas esferas, quais sejam: a esfera do objeto e a esfera do sujeito.

Admitidas tais categorias, quais sejam os direitos objetivos e os direitos subjetivos, percebe-se que, independentemente de sua origem abstrata, resta evidenciado que, tomados sob a ótica decorrente do fenômeno temporal, também nesses dois planos imaginados — direito objetivo/direito subjetivo — há, também, a influência do tempo.

Tal circunstância não pode mascarar, ou ignorar, o fato concreto de que, fundamentalmente, tal influência decorre por força da atuação do legislador, quando então são criadas, a partir de um processo abstrato e reconhecido como processo legislativo, múltiplas formas de adequação do fato único do transcurso do tempo natural à realidade juridicamente regulada.

Ora, ao tomarmos conhecimento da possibilidade de que uma norma não mais em vigor volte a produzir efeitos jurídicos vinculativos, fenômeno jurídico caracterizado pelo *nomen juris* de repristinação, há de ter-se em conta que tal evento não assume a sua existência a partir de algo independente da vontade e da percepção que o homem dá a tal evento, de modo específico. A repristinação de uma regra jurídica não é algo que existe independentemente da ficção oriunda do processo de criação abstrata de uma norma. A repristinação não é algo imanente ao tempo natural, mas sim algo que

⁹ RUIZ, Bartolomé Castor. *Os paradoxos do imaginário*, p. 48;

transcende o conceito instituído pela Física, inserindo-se na esfera restrita do mundo jurídico por força de um agir dirigido a fins.¹⁰

Por tal peculiaridade, tanto a prescrição quanto a decadência, assumem desse modo, a princípio, na esfera da regulação jurídica, a condição de referências constitutivas oriundas da inexorável circunstância da interferência do tempo no Direito. Contudo, tal interferência esta mediada pela intervenção do homem, na figura do legislador. Oportunistas de tal desiderato, portanto, vestem-se tais categorias jurídicas ao caráter de pressupostos oriundos de uma prática jurídica que se quer, por força de lei, conjugar, de modo artificial, abstração, realidade concreta e sociedade.

Tais circunstâncias, entretanto, pela sua percepção lastreada numa visão submetida a uma realidade informada pela mera fatualidade dos fenômenos que se dão a ver, servem para justificar, de forma mediata, tão-somente, entre outros fins, o embaraço de limitação ao agir do Estado ou do cidadão, na proporção da desigualdade de seus respectivos interesses. É claro, contudo, que nunca se pode perder de vista que: *As significações sociais são determinações possíveis, nunca necessárias, do modo de ser da sociedade e das pessoas. Porém o ser da sociedade e das pessoas não pode ser reduzido ou induzido de nenhuma dessas significações nem do conjunto delas.*¹¹

Isso tudo, primacialmente tomando-se a sua origem abstrata, não implica que, paradoxalmente, com possível intuito inconfessado, tais *significações* assumam a condição de permissão para que tal embaraço se prolongue por um tempo marcado pela imprevisibilidade, focado na perspectiva da consolidação definitiva de uma expectativa *eterna*. De tal sorte, ante tal indeterminação, no mínimo incômoda, mostra-se necessário ao início, que se diga de forma não mais que suficiente, em que consistem tais conceitos, de molde a identificar-lhes o seu *caráter* e as suas marcas de peculiaridade.

¹⁰ A atuação do legislador, atribuindo efeitos à lei, independente do tempo físico, mostra-se a partir de várias formas jurídicas, tais como os fenômenos da retroatividade, da repristinação, da fixação de um termo legal, pelo reconhecimento de um prazo preclusivo, pelo instituto do usucapião, pelo termo presuntivo, como também pela prescrição;

¹¹ RUIZ, B. C. Obra citada, p. 51;

À primeira vista, resta inexoravelmente manifesto a necessidade de que, a partir da compreensão do conteúdo de abstração oriundo das normas jurídicas que disciplinam tais fenômenos, possamos identificar um sentido que se mostre consentâneo com os fins que o direito positivo diz almejar. Tal sentido há de ser buscado, por primeiro e provisoriamente, numa seqüência de tonalidade analítica, de modo a permitir a constatação da identidade, ou não, de semelhante desiderato com os interesses da sociedade. Tal perspectiva se mostra inafastável, porquanto não se pode nunca esquecer que o fenômeno prescricional não pode, sob hipótese alguma, assumir a condição de um ente autônomo, não só em relação ao sistema jurídico no qual está inserido, como também em relação à sociedade que está a regular as condutas. Portanto, resta inadmissível qualquer hipótese que pudesse vir a dispensá-lo de sua inexorável associação aos interesses da sociedade em si.

É óbvio, contudo, sob pena de cair-mos numa perspectiva de conteúdo vazio e sem pretensão teleológica voltada ao interesse social, que não se pode desconsiderar que, do simples transcorrer do tempo, deve consolidar-se, naturalmente, uma pretensão de solução dos eventuais conflitos por parte dos interesses atingidos. Ademais, que o transcurso do tempo assuma também o *sentido* permanente de esforço comum para construção de uma conciliação consentida, a partir, por óbvio, dos lineamentos estabelecidos pela ordem jurídica positivada.

Portanto, tal perspectiva deve considerar que ante ao simples fato mutacional determinante de que o que até então era permitido e que agora, por força do fenômeno prescricional, não poderá constituir-se como tal, a admissão da possibilidade de surpresa ao cidadão há de restar totalmente afastada. Embora a atribuição de efeitos legais ao transcorrer do tempo decorra diretamente do ordenamento jurídico, a sensação de perplexidade em sua presença é sempre a característica marcante. Por isso, os fenômenos da prescrição e da decadência só serão admitidos a partir de sua estrita e antecipada previsão inscrita em uma norma jurídica.

Tomando-se em conta de que é a força extintiva contingencial dos fenômenos jurídicos extintivos, os quais atuam sobre parcelas do acervo jurídico do cidadão e do Estado, o fato de maior repercussão, tanto coletiva, quanto individual, na

correspondência de cada situação subjetiva, importa, sobremaneira, conhecer-lhes a face, a origem, e as conseqüências.

Por isso, para que possamos *olhar nos olhos* de tais fenômenos, impende que tenhamos um paradigma implícito que nos permita a construção de uma reflexão não matizada pela própria natureza dos objetos em análise, ou, o que seria pior, a partir de uma visão marcada por mera subjetividade. Em assim não procedendo, cai-se no vazio dos conceitos lidos a partir deles mesmos, inserindo-nos num círculo vicioso, ou, o que é mais danoso, no âmbito cientificamente inconsistente da mera opinião pessoal. De tal sorte, é imperioso que se busque de modo provisório, uma referência de compreensão de tais realidades que não se constitua a partir delas mesmas, ou de mera opinião despovoada de qualquer critério cientificamente válido.

Para tanto, num primeiro momento, a visão da prescrição administrativa há de ser submetida, na sua leitura subliminar, a *um modelo de pragmática de cunho retórico*, ao modo das concepções explicitadas por TERCIO SAMPAIO FERRAZ Jr¹². Tal opção justifica-se por duas circunstâncias fundamentais. A primeira, na medida em que tal investigação assenta suas indagações no fenômeno jurídico tomando em conta as três esferas básicas de sua estruturação, quais sejam: a esfera judicial, a esfera normativa, e a esfera da Ciência do Direito. Estes, portanto, serão os referenciais continuamente buscados, sem que haja, contudo, a preponderância de um ou de outro. Em tais espaços, portanto, é que se buscará compreender o fenômeno da prescrição administrativa, desvelando-se, de cada um desses discursos, o sentido a tal fenômeno atribuído.

Como decorrência do próprio paradigma de reflexão prévia, importa realçar que resta acolhida a diretriz de que tais tarefas são exercitadas sob o prisma do discurso jurídico. Dá-se tal opção, não só por decorrência lógica do próprio modelo provisoriamente adotado, mas fundamentalmente para permitir que se entabule um diálogo com tais vertentes de visualização do fenômeno em tela, a partir de um critério conhecido em sua objetivação. Por isso, antes que se prossiga, importa que se explicita a razão da eleição de tal critério científico provisório, como o acima referido.

¹² FERRAZ JR, Tércio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*;

Tal eleição provisória resulta da percepção do conteúdo das próprias indagações em si. O que se busca conhecer e explicitar são a função, o propósito e a motivação da prescrição administrativa. Por isso, tal referencial teórico assume, como matriz informadora da compreensão do objeto da indagação, uma tendência marcadamente analítica, a qual, em sua generalidade, parte de três premissas básicas.

A primeira premissa está fincada na concepção de que o discurso mostra-se, de início, como um ato que possibilita discutir. Ou seja, mesmo que estejamos diante de uma concepção doutrinária sedimentada, há de submetê-la a um momento de discutibilidade. Todas as eventuais conclusões produzidas ao final do esforço investigatório para a compreensão do problema que envolve a prescrição administrativa, deverão estar sedimentadas a partir de um discurso racional submetido à discussão.

Por segundo, tal discutibilidade é configurada por um ato procedido entre homens, perfectibilizando-se, portanto, como uma ação lingüística de homens dirigida a outros homens, com a finalidade de permitir uma comunicação intersubjetiva. Há, portanto, um consentimento prévio que visa estabelecer um horizonte de sentido comum¹³, de modo a possibilitar o diálogo.

E, por terceiro, tal concepção constrói-se a partir da idéia de que o discurso é produção do pensamento, no âmbito de uma situação comunicativa discursiva, efetivado entre um sujeito emissor e um sujeito receptor. Tais sujeitos serão adequados, observada a relativização de interesses determinada pelas circunstâncias, de forma *ad hoc*, às figuras da Administração Pública, do administrado, e do servidor, tomados em conta a título de figuras generalizadas.

¹³ *O sentido da linguagem possibilita o consentimento do mundo em que se habita, a empatia com nosso entorno; ele permite a comunicação intersubjetiva, e é por meio dele que a intersubjetividade se 'epifaniza', o outro mostra seu rosto singular no consentimento coletivo de um sentido comum. Não são possíveis a comunicação ou a relação sem a existência do horizonte do 'consentimento', no qual coincidem as subjetividades. É esse 'consentimento' comum que integra as diferenças num consenso prévio; só a partir dele são possíveis a comunicação e a singularidade irreduzível das diferenças. Sem o horizonte do sentido comum, do consentimento, os ruídos mais estranhos interferem na comunicação dos sujeitos e inviabilizam o diálogo. Sem o consentimento simbólico não é possível o diálogo intersubjetivo. Sem diálogo, nem consentimento, não existe sociedade.* In: RUIZ, C. B. Obra citada, p. 244;

Em razão disso, pressupor-se-á, sempre de forma implícita, a existência de uma discussão entre tais partícipes discursivos, visando possibilitar a explicitação de suas perspectivas genericamente admitidas, as quais não de ser desveladas a partir dos respectivos discursos em conflito. Ademais, o conteúdo dos discursos em conflito serão reconhecidos e tomados, respectivamente, sob o prisma de uma universalização das respectivas expectativas genéricas, tendo, como efeito limitador primordial, as esferas delimitadas por algumas das categorias inerentes ao próprio objeto dos respectivos discursos, quais sejam: o interesse público, o interesse privado, a segurança jurídica, o Estado Democrático de Direito.

É também de alertar-se para o fato de que tais discursos deverão ser identificados a partir de sua produção, nos limites de sua situação comunicativa discursiva constituída por um jogo lógico, onde a prova e a refutação de suas proposições deverão ser reguladas por duas regras básicas iniciais. A primeira estabelece um dever de asserção, na medida em que ambos devem sempre dizer de suas razões. A segunda regra é a da indispensável prova de cada asserção, para o efeito de tornar possível à análise da contenda residente no substrato das várias circunstâncias examinadas. A partir de tal contenda, a *verdade* ou *falsidade* das asserções¹⁴ propostas neste contexto, deverão submeter-se à regra fundamental do dever de prova. Este dever assume, no quadro teórico de referência aqui adotado, a feição de centro ético e lógico de toda a discussão, o qual assumirá, também, a condição de paradigma referencial de cotejo entre as várias concepções analisadas.

Somente então, a partir de tais regras genéricas básicas, constituir-se-á uma reflexividade oriunda das tarefas co-respectivas de dizer e de provar, de modo a tornar compreensível a discussão como unidade estruturada e não um mero dizer por dizer, de modo que: se há o dever de dizer, há o dever de provar o que se diz.

¹⁴ A verdade e a falsidade referenciadas não se situam no plano da correlação direta entre a asserção e a realidade, mas sim na sua adequação ao dever de prova situado no âmbito do discurso; neste prisma, qualquer argumento deverá estar, a partir de cada asserção formulada, em sintonia com o discurso no qual se constrói, mediado, contudo, pelo sistema jurídico positivado, já que a discussão é jurídica e não, por exemplo: sociológica ou política. A partir de tal referencial jurídico positivado, portanto, instituem-se os modelos éticos e lógicos responsáveis pela verificação de coerência e de congruência das afirmações colidentes.

Ademais, a regra do dever de prova implica, também, por decorrência lógica, que todo discurso pode ser questionado, permitindo-se a refutação dos argumentos esgrimidos pelos partícipes em conflito, os quais serão identificados a partir dos pólos de formatação das variadas compreensões do fenômeno prescricional submetidos à análise investigatória.

Tal dever resulta convertido em uma estratégia que se mostra necessária à efetivação do centro ético de controle dos discursos em conflito. Tal necessidade dá causa, por exemplo, a que, ao nos deparar-mos com a afirmação de que o princípio geral da prescritibilidade deve ser, enquanto argumento do administrado, a regra geral a ser seguida, no âmbito do sistema jurídico nacional, ao dever de que as concepções que atribuem tal prerrogativa ao administrado, ao invocarem tal diretriz, tenham a obrigação de provar tal assertiva pela via argumentativa.

Outra percepção importante, no que atine ao modelo teórico acolhido, é àquela que adverte para a necessidade de impedir-se que a argumentação caia num *regressus ad infinitum* argumentativo. Para evitar-se tal perplexidade, outras normas, articuladas pragmaticamente em relação a cada situação específica, por decorrência da regra do dever de asserção, poderão e até deverão atuar para a composição do diálogo central do dissenso. A partir daí, a controvérsia passa a ser entendida como um evento composto a partir do diálogo parcial instituído por cada um dos partícipes, restando, por parte da Administração Pública e do administrado, fixados os limites da discussão, observados os parâmetros da ordem jurídica positivada.

Busca-se com tal procedimento, portanto, construir-se uma estrutura de natureza dialógica, a qual assume a condição de possibilitadora do contraditório e, por decorrência, de contestação de cada uma das proposições ofertadas.

Observa-se, portanto, uma homologia, ou seja, é assegurada uma verificação interpessoal de cada objeto discutido por parte dos partícipes discursivos, com a finalidade de aproximar, em muito, à efetivação concreta do direito fundamental de igualdade. Tal providência mostra-se indispensável, não só sob um ponto de vista de sua natureza procedimental, mas substancialmente em razão da ordem jurídica nacional estar estruturada em consonância com as diretrizes de um Estado

Democrático de Direito, para o qual tal direito é e há de ser um dos pilares fundamentais de estruturação de tal Estado.

Ora, num conflito formado entre interesses, a princípio distintos, tal estrutura de natureza dialógica permite, inevitavelmente, o surgimento de dúvidas (*dubium*), quais sejam, entre outras: qual o interesse que deve preponderar? quais as razões jurídicas que lhe autorizam tal preponderância?

Na busca de resposta a tais indagações, por força do modelo adotado, as dúvidas, uma a uma, deverão assumir a condição de invariantes genéricas, induzindo uma prática de natureza reflexiva, constituindo-se como um modelo diretivo composto por um acervo de múltiplas possibilidades generalizadas, responsáveis pela complexidade das posições em conflito. A partir daí, suas diferenças e suas simplificações deverão estar sempre submetidas às regras do diálogo, e, fundamentalmente, ao paradigma ético-lógico do sistema, ou seja, a comprovação de sua adequação ao sistema jurídico nacional positivado.

Importante destacar que pela escolha de tal referencial teórico, buscou-se não correr o risco de acabarmos restritos a duas situações problemáticas. A primeira, por uma submissão ao sistema jurídico nacional positivado, numa ótica de natureza formal estrita, a qual transformaria às presentes indagações numa mera leitura do direito positivo. A segunda, pela possibilidade de que, após o cotejo das argumentações divergentes, não se chegue a conclusão alguma, dado que tanto a Administração Pública, quanto o administrado, acabaram por deduzir argumentos distanciados da estrutura jurídica de sistematização e de solução dos conflitos, na forma do estruturado pela ordem jurídica nacional, à semelhança de um monólogo solitário.

Para evitar-se tal risco, dever-se-á tomar como referência metodológica, duas espécies de cuidados. No que se refere ao primeiro problema, as regras que integram o sistema jurídico referido, deverão submeter-se, dinamicamente, à possibilidade permanente de interpretação. Isso restara procedido a partir da possibilidade constante de que as estratégias dos diálogoantes possam ser alteradas de modo a adequarem-se ao momento situacional da discussão, evitando-se que os discursos assumam posições unilaterais exacerbadas, desconectadas com o mundo. Isto porque: *O sentido não é*

*algo objetivo ou unívoco que está no objeto. O sentido é sempre uma construção significativa, realizada pelo sujeito em interação dialética com o mundo.*¹⁵

No que se refere ao segundo problema, a partir das posições em conflito, buscar-se-á identificar a presença de cada um dos argumentos sedimentados por força desta operação dialógica. Ou seja, os argumentos da Administração Pública e do administrado, respectivamente, serão considerados como produtos argumentativos que sintetizam as posições em controvérsia.

Identificados os argumentos, após análise das razões deduzidas, tais pontos de divergência serão considerados e ordenados de modo a permitir a caracterização dos respectivos interesses, devendo, portanto, as atuações empreendidas serem consideradas como operações estruturantes. Com isso então o discurso transforma-se em uma operação construtiva, permitindo a formulação de uma conclusão racionalmente elaborada, sem afastar-se dos parâmetros de referência afeiçoados ao centro ético e lógico de toda a discussão, cujo conteúdo há de ser reforçado por cada um dos contendores, no exercício de seu dever de prova.

Firma-se, só então, uma situação comunicativa onde a compreensibilidade das ações deve ser manifesta, determinando-se, por decorrência do dever de provar, que o discurso se constitua ao modo de uma discussão fundamentante. Por conseqüência, torna-se inexorável a busca de um mútuo entendimento, para o fim de que se possa distingüir, no mínimo, o discurso racional do discurso irracional.

Acentua-se, portanto, mais ainda, o aspecto pragmático do discurso. Se a Administração Pública manifesta que a possibilidade de rever qualquer ato administrativo é imprescritível, deverá, atenta ao sistema jurídico nacional positivado, fundamentar sua posição não só a partir de seus argumentos, mas, também, a partir dos argumentos do administrado, já que este último, em sua argumentação, também está adstrito ao dever de provar cada uma das suas asserções, não podendo, portanto, restarem desconsiderados os seus argumentos.

A partir de tal acervo teórico, parte-se, então, da hipótese de que a fundamentação do discurso deve ser vista e instituída a serviço do mútuo entendimento,

15 RUIZ, C. B. Obra citada, p. 230.

mostrando-se, este último, como elemento de ligação e de controle da discussão racional que haverá de integrar, configurar e informar a cada passo das presentes indagações, na busca da compreensão e solução do conflito.

Em presença das inexoráveis incompatibilidades, as possibilidades invocadas pelos contendores não se excluem mutuamente, dado que os conflitos passam a ser vistos como alternativas incompatíveis que buscam uma decisão. A partir de tais limites, as decisões, na sua condição de ações lingüísticas submetidas ao critério da racionalidade, visam alcançar uma decisão racional, mediante um procedimento inicial de configuração das alternativas incompatíveis.

Nesse rumo, fundamentalmente em razão do intento de natureza pragmática, a finalidade da decisão passa a ser a de absorção da insegurança oriunda das incompatibilidades em confronto. Deve restar assegurada, por força das garantias constitucionais, com atuação no processo decisório, a transformação das incompatibilidades indecíveis em alternativas decidíveis, implicando na consolidação de uma ordem fundamentada e justificada, face ao ordenamento jurídico na sua totalidade, buscando, de forma incansável, a obtenção da segurança jurídica.

É visado, portanto, a partir de um processo dialógico e racional, fundado na busca de um entendimento, a construção de um resposta que assegure, observe e respeite a segurança jurídica no que se refere ao fenômeno da prescrição administrativa.

1.3. O DIREITO CIVIL COMO GÊNESE

Sendo a segurança jurídica um dos escopos primordiais a ser buscado, ante ao fenômeno da prescrição administrativa, além de pretender-se a compreensão mais aproximada possível da essência de tal fenômeno, há de ter-se em vista que o fenômeno da prescrição, como também o da decadência, necessita de início, ser indagado a respeito do que é e de que como é respectivamente.

Tal perspectiva inicial dá-se em razão da necessidade de evitar-se do risco de que se caia num dogmatismo irracional, ao aceitarem-se conceitos não submetidos ao

conhecimento de sua própria origem, enquanto mera demonstração a partir de formas que permitem a sua compreensão, admitindo-se a existência da prescrição administrativa a partir, tão-somente, por exemplo, da evidência de sua mera previsão legal. Em síntese, equivocado está quem imagina que, se o Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932, refere a existência de uma prescrição administrativa, tal prescrição existe e configura-se exclusivamente a partir dos limites que o texto legal a conforma, inexistindo qualquer necessidade de que se possa interpretar-lhe o seu sentido, entre outros, como fenômeno extintivo de direitos.

Indubitavelmente, mostra-se necessário que se tomem em conta os fenômenos da prescrição e, por ora, também, da decadência, em suas vertentes *primitivas*, de modo a possibilitar-se o conhecimento de sua gênese, no fito de, posteriormente, examinarem-se-lhe às estruturas no que diz respeito às suas asserções centrais. A partir daí e, por decorrência do diálogo estabelecido entre quem indaga e o objeto indagado, permitir-se-á que se compreendam as normas jurídicas instituidoras do sentido de suas pretensões de regulação, na sua mera *intencionalidade*.

Acolhido, como na demais tradição continental européia, no âmbito do sistema jurídico brasileiro, como um acervo designado por *direito comum*, o Direito Civil mostra-se como primeiro território a ser palmilhado. Tal perspectiva avulta em importância na medida em que o Direito Administrativo, como os demais ramos do direito pátrio, busca, na determinação originariamente conformada pela ótica privada, subsídios para a compreensão de muitos de seus conceitos, de molde a estruturar soluções nascidas na órbita de suas indagações.

Não se pode olvidar que Direito Civil e Direito Administrativo configuram esferas de regulação fundamentalmente distintas, tanto na sua essência, quanto nos fins por tais ramos colimados. Entretanto: (...) *é inevitável essa influência civilista, já pela antecedência da sistematização do Direito Privado, já pela generalidade de seus princípios e de suas instituições, amoldáveis, sem dúvida, a todos os ramos do Direito Público.*¹⁶

¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 33;

Desse modo, tratando-se a prescrição e a decadência de institutos cujo conteúdo e alcance resultaram previamente conceituados pelo direito privado, não nos resta outra alternativa que não a de buscar, por primeiro, visualizar-mos os traços marcantes de tais institutos, conforme delimitados pelo Direito Civil, em sua função de *direito comum*, estabelecendo-se um breve, mas indispensável, diálogo com o Direito Privado.

Contudo, em nenhum momento podemos perder de vista que o Direito Administrativo, na sua condição de Direito Público interno, visa: (...) *regular, precipuamente, os interesses estatais e sociais, cuidando só reflexamente da conduta individual*¹⁷, enquanto o Direito Civil, na sua condição de Direito Privado: (...) *tutela predominantemente os interesses individuais, de modo a assegurar a coexistência das pessoas em sociedade e a fruição de seus bens, quer nas relações de indivíduo a indivíduo, quer nas relações do indivíduo com o Estado*.¹⁸

Marcantes, portanto, são os elementos que revelam uma dicotomia vincada, entre outros meios, pela explicitação dos interesses tutelados pelo Direito Público e pelo Direito Privado, sendo que:

Como a questão do Direito toca, essencialmente, aos fins a que ele se propõe e aos meios por ele empregados, em termos de asseguramento de eficácia, há por concluir que a clássica divisão do Direito em público e em privado não é arbitrária, mas atende a forma técnica de garantia dos objetivos visados na ordem jurídica, em que são distintamente distribuídos e organizados os interesses das pessoas reconhecidas como tais, inclusive os de ordem estatal.¹⁹

De tudo o que se viu, observada uma salutar cautela em presença das dicotomias marcantes existentes entre tais espaços jurídicos, inexiste obstáculo algum em que se busque, junto à esfera de cognição cível, uma idéia de cunho originário a respeito tanto da prescrição, quanto da decadência. Mostra-se, aliás, até recomendável que para a análise de tais fenômenos, posteriormente, no âmbito do Direito

¹⁷ MEIRELLES, H. L. Idem, p. 26;

¹⁸ MEIRELLES, H. L. Idem, ibidem;

¹⁹ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Direito público e direito privado: sob o prisma das relações jurídicas*, p. 113;

Administrativo, possamos iniciar a partir de um diálogo prévio com o Direito Privado, em especial junto aos ditames do Direito Civil.

É bom que se destaque que tal perspectiva assume aqui, tão-somente, a condição de pressuposto heurístico. Isto não só por força das circunstâncias e dos efeitos decorrentes da explicitação legal de tais institutos, conforme promovidos pelo direito privado, mas em razão de ter sido atribuído²⁰ a tal território jurídico o *encargo* de funcionar como referência e orientação do que será desenvolvido e formulado pela atividade de interpretação e de integração da legislação administrativa.

Tal alerta se mostra importante, de molde a tornar inteligível a sua delimitação e a direção de seus enunciados, nos estritos termos de conhecer-lhes a origem, dado que se transitará em território originário, mas de natureza singularmente diversa das feições do Direito Administrativo.

Pelo acima dito, impende que se torne incontroverso que tais paradigmas privados não devem assumir a condição de paradigmas absolutos. Portanto, não serão tolerados e aceitos como absolutamente adequados à esfera pública, senão como meras referências originárias, nos limites de modo e de forma em que o Direito Civil os instituiu. Tal se esclarece em razão de que postura diversa tornaria a sua análise totalmente dispensável, e, no mínimo, inadequada. Não se pode olvidar por momento algum que a estrutura fundamental da regulação administrativa, na sua essencialidade ôntica, se assim é tolerado perceber, não é matizada por um escopo e pelas necessidades de natureza privada, mas sim e por óbvio, pelas demandas de natureza pública.

Por isso, os preceitos e paradigmas a serem realçados não de ser entendidos e utilizados, tão-somente, como quadros referenciais. Equívoco indesculpável seria à sua recepção pelo privilegiamento de expressão de uma ótica exclusivamente privada, sob

²⁰ Tal atribuição decorre, por primeiro, de fenômenos vinculados à valoração do direito romano como referencial de sentido paradigmático e de orientação aos sistemas jurídicos posteriores. De tal sorte, sendo que tais institutos, ao início, vinculavam-se às contendas relativas a litígios regrados pelos direitos civil e comercial, consolidou-se, de modo absolutamente empírico, um sentido de que a prescrição tem seu substrato conceitual originário formado junto ao direito civil, razão pela qual passou-se a buscar em tal direito os elementos essenciais de compreensão de tal fenômeno extintivo.

pena de criar-se uma distonia entre o posto pela regra administrativa e o pressuposto pela informação teórica adstrita a tais parâmetros.

Caso assim não se proceda, estar-se-á, no mínimo, a manipular e distorcer as normas administrativas, criando-se enunciados não correspondentes à realidade a ser dimensionada, partindo-se, portanto, de falsos pressupostos. A homologia dos discursos produzidos pela Administração Pública e pelo administrado, caso acabassem por situar-se dentro de paradigmas oriundos da esfera privada, restaria, no mínimo, agredida, a ponto de tornar qualquer indagação despropositada, em face de uma injustificável submissão do Direito Administrativo ao Direito Civil.

Até porque, é consabido que: *De longa data, o direito administrativo desfruta de autonomia didática e científica, tendo princípios, conceitos e regras próprios. Trata-se de direito comum, e não de direito cujas regras possam legitimamente ser caracterizadas como 'excepcionais'*²¹. Tal circunstância, contudo, não impede que se busque no Direito Civil uma referência de compreensão possível, desde que estejamos atentos à diversidade existente entre o público e o privado, naquilo que se caracteriza como matriz fundante de tais espaços, no que se refere ao núcleo duro de cada conceitualística própria.

A respeito de tal controvérsia, assevera CARLOS AUGUSTO DOS SANTOS FAIAS que:

Aliás, essa tradicional separação do Direito em público e privado, de origem romana, nos dias atuais tem contribuído para gerar infundáveis discussões, em especial aquelas derivadas de particularidades que ensejam reforçar a autonomia de cada um desses conhecidos ramos do Direito. E a respeito dessa autonomia, por vezes se constata que a discussão induz o intérprete à apostasia da inegável interdependência existente no "Direito". Sobram pois, notórios argumentos para concluir que a unicidade do Direito não se desfigura pela simples dispersão de seus preceitos públicos.

E esse é precisamente o caso da prescrição. O fato de a matéria prescricional se encontrar disciplinada em Código que regula a atividade privada, conforme o já consagrado na doutrina e jurisprudência, não é suficiente para negar o seu intrínseco caráter público que a 'todos' subordina. Há de se manter a distinção de que no Direito

²¹ BARROSO, Luís Roberto. *Prescrição administrativa: autonomia do direito administrativo e inaplicabilidade da regra geral do código civil*, p. 89-107;

*civil encontra-se a 'regra geral'; e, em caráter 'excepcional', tem-se as regras no direito Penal, direito Comercial e outras leis esparsas.*²²

Entretanto, não se desconsidera ser o Direito Civil uma das fontes do Direito Administrativo. Nesse sentido, HELY LOPES MEIRELES destaca que:

Com o Direito Civil e comercial as relações do Direito Administrativo são intensíssimas, principalmente no que se refere aos contratos e obrigações do Poder Público com o particular. A influência do Direito Privado sobre o Direito Público chega a tal ponto que, em alguns países, aquele absorveu durante muito tempo o próprio Direito Administrativo, impedindo sua formação e desenvolvimento, como agudamente observou Dicey no Direito anglo-norte-americano.

*Mas é inevitável essa influência civilista, já pela antecedência da sistematização do Direito Privado, já pela generalidade de seus princípios e de suas instituições, amoldáveis, sem dúvida, a todos os ramos do Direito Público. Muitos institutos e regras do Direito Privado são adotados no campo administrativo, chegando, mesmo, o nosso Código civil a enumerar entidades públicas (art. 14), a conceituar os bens públicos (art. 66), a dispor sobre desapropriação (art. 1.150), a prover sobre edificações urbanas (arts. 572 a 587), afora outras disposições endereçadas diretamente à Administração Pública.*²³

Não se há de ignorar os conceitos, as lições e o modo de compreensão que restou estruturado pelo Direito Civil, no que se refere ao fenômeno prescricional. Contudo, disso não se passará, porquanto, não só a autonomia do Direito Administrativo a isto legitima, como primordialmente, a categoria jurídica da prescrição administrativa há de ser lida em seu próprio espaço.

1.4. SISTEMATIZAÇÃO PELO CÓDIGO CIVIL

Tomado como regra geral, o Código Civil formula um conjunto abrangente de regras relativas tanto à prescrição, quanto à decadência. Esta última, cuja regulação não havia sido procedida de forma específica e pontual pelo estatuto de 1916, recebeu, por parte da legislação civil codificada, em vigor — Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, disciplina melhor ordenada, tanto que ALAN MARTINS e ANTÔNIO BORGES DE

²² FAIAS, Carlos Augusto dos Santos. *Prescrição no direito administrativo*, p. 34;

²³ MEIRELLES, H, L. Obra citada, p. 33;

FIGUEIREDO destacam que: *A íntegra do título III, do Livro Terceiro, da parte Geral do Código Civil de 1916, é reservada à prescrição, enquanto o Código Civil de 2002 reserva o título IV à prescrição e à decadência.*²⁴

O Código Civil, iniciando com as disposições gerais (arts. 189 a 196), regula os dois institutos de forma razoavelmente sistematizada, ao contrário do que fazia o código revogado. Em seus arts. 197 a 201, trata das causas que impedem ou suspendem a prescrição. Nos arts. 202 a 204, disciplina as causas que interrompem a prescrição, seguindo-se, nos arts. 205 a 206, ao estabelecimento dos prazos da prescrição. No que se refere à decadência, recebe este instituto, agora, disciplina incontroversa, a partir do art. 207, estendendo-se até o disciplinado pelo art. 211.

Entretanto, não é só no espaço delimitado pelo Título IV, do Livro III, da Parte Geral do novo Código Civil que encontramos, na legislação codificada, dispositivos que disciplinam tanto a prescrição quanto à decadência. Em vários outros artigos, tais como o art. 1.101, no que se refere à decadência, e art. 1.109, no que atine à prescrição, o novo estatuto civil procedeu à regulação de tais institutos extintivos, mostrando que a pretensão de uma sistematização com vocação exaustiva, no novo código civil buscou ser alcançada, sem, contudo, ser possível segregá-la a um espaço estrito e delimitado.

Como exemplo, pode-se destacar que, no que se refere à renúncia à prescrição, o Código Civil de 1916 estatuiu a regra do art. 161, a qual resultou repetida em seu teor básico pela nova codificação, nos termos do grafado pelo art. 191.

No que se refere à possibilidade de alegação da prescrição, a exemplo do disciplinado em relação à renúncia, o novo código, nos termos do grafado pelo art. 193, repetiu regra já constante no art. 162 da codificação revogada.

Quanto à responsabilização dos representantes legais pela não alegação, em tempo oportuno, da prescrição, enquanto o código revogado não fazia alusão às pessoas jurídicas (art. 164), limitando-se a assegurar ação de regresso em benefício, tão-somente, das pessoas que a lei priva de administrar os próprios bens, o novo código inseriu-lhes como titulares de tal proteção (art. 195), mostrando-se tal inserção como inovação expressa.

²⁴ MARTINS, Alan; FIGUEIREDO, Antônio Borges de. *Prescrição e decadência no direito civil*. p. 22;

Outra inovação significativa deu-se em relação ao transcurso do prazo prescricional em relação à sucessão. Enquanto o dispositivo revogado limitava tal circunstância em relação aos herdeiros de determinada pessoa a prazo prescricional, o novo dispositivo serviu-se de conceito mais amplo e com repercussão jurídica mais abrangente, na medida em que, ao contrário de referir, tão-somente, ao herdeiro, faz agora (art. 196) referência ao sucessor da pessoa que contra si teve iniciado o prazo prescricional.

Omissão interessante diz respeito ao que era grafado pelo art. 167 do estatuto revogado, no qual restava assentado que, com o principal, prescreviam os direitos acessórios. O novo código, contudo, não fez referência a tal forma de prescrição. De qualquer modo, diga-se de passagem, por força de uma interpretação sistemática, tal princípio continua aplicável ao sistema civil codificado.

Quanto à decretação da prescrição, de ofício, por parte do juiz, o código revogado, em seu art. 166, proibia tal atitude em presença de direitos de natureza meramente patrimonial. O código em vigor promoveu pequena alteração na regra anterior, determinando, nos termos do art. 194, que o juiz não pode, salvo no intuito de favorecer a absolutamente incapaz, suprir de ofício a alegação de prescrição.

No que se refere à decadência, diversamente do regramento revogado, o novo código civil estatui quatro regras expressas a respeito de tal fenômeno extintivo. Além de reconhecer a existência de decadência oriunda de convenção, a qual proíbe seu acolhimento por parte do juiz, quando não alegada pela parte a quem aproveita, refere o estatuto em vigor serem inaplicáveis à decadência as regras que suspendem, impedem ou interrompem a prescrição, salvo ao que se refere à hipótese protetiva aos incapazes e às pessoas jurídicas, no caso de não alegação oportuna por parte dos respectivos representantes legais, como também ao que se refere ao princípio de inoccorrência de curso, no caso da decadência, entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal.

Determina, também, o código em vigor que a decadência prevista em lei é irrenunciável, atribuindo ao juiz o dever de declará-la de ofício, face decadência estabelecida por lei, independentemente da natureza do direito a ser extinto.

De todo o examinado, verifica-se que, além das inovações associadas à previsão expressa de regras de disciplina da decadência, restaram mantidas as diretrizes gerais até então em vigor, às quais, no que atine à sua interpretação e aplicação, vinham sendo estendidas às regras específicas de Direito Administrativo.

Tal aplicação dava-se não só no que se refere à sua complementação, como também no que se refere a eventuais lacunas encontradas no sistema de regulação administrativa. Portanto, tomando-se em conta as regras de Direito Civil como gênese, no fito de obter-se a uma melhor compreensão da prescrição administrativa, circunstância também acolhida tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência, pouco se percebe de mudança. Embora haja de ter-se em conta que o Direito Civil deve de ser tido, tão-somente, como referência de auxílio à interpretação e aplicação do Direito Administrativo, mas nunca como fator primordial de compreensão deste ramo do Direito Público.

Tanto é assim que, no que se refere à possibilidade de renúncia da prescrição, nos termos do grafado pelo art. 191 do Código Civil, como prerrogativa aceita e possibilitada na esfera do Direito Privado, mostra-se como regra significativamente problemática quando se desloca sua incidência para o âmbito do Direito Público. Isto porque renunciar à prescrição adstrita a direito de natureza patrimonial, na esfera privada, como comumente aceito e regulado pelo Direito Civil, resulta, a princípio, em impossibilidade jurídica de caráter imediato na esfera pública, dado que a renúncia a qualquer espécie de bem ou direito integrante do patrimônio público dar-se-á exclusivamente quando tal atitude esteja permitida por lei, na medida em que tal renúncia implica uma série de circunstâncias que escapam, de forma intransponível, à singela vontade do administrador.

Portanto, mesmo nos casos legalmente previstos de interrupção, suspensão e intercorrência do evento prescricional, na esfera do Direito Público e, em especial, no âmbito do Direito Administrativo, a regulação civil surge como mero referencial de auxílio à reflexão, mostrando-se como singela fonte de referência à interpretação de tais possibilidades, desde que, por certo, também previstas na legislação administrativa,

tudo pela óbvia e singela razão de que tais regras mostram-se matizadas por outro sentido e por outra teleologia.

1.5. A ESFERA PRIVADA E A PRESCRIÇÃO

É no Direito Romano, conforme nos ensina ANTÔNIO LUÍS DA CÂMARA LEAL²⁵, que vamos encontrar a origem mais remota do instituto da prescrição. Com o advento da Lei *Aebutia*, no ano 520 de Roma, passou a ser assegurado ao Pretor a possibilidade da fixação de prazo para a criação de ações não previstas pelo direito honorário, as ações temporárias. Tais ações contrapunham-se às ações perpétuas cuja sede situava-se no Direito Quiritário e, caso não exercitadas no prazo, davam causa a extinção da possibilidade jurídica da existência da demanda, em sede *judicializada*. Eis aí o gérmen da prescrição em sua origem mais remotamente conhecida, à semelhança dos moldes atuais em que se conforma.

Ao início, tal instituto vinculou-se diretamente às contendas apoiadas nas esferas dos direitos Civil e Comercial, limitando sua influência, portanto, ao território do Direito Privado. Talvez por isso, ainda nos dias de hoje, atribua-se tanta relevância ao modo como, principalmente, o Direito Civil procede à interpretação e a aplicação das normas relativas à prescrição.

No plano privado, por decorrência do fenômeno extintivo, com o passar do tempo, quatro elementos restaram formulados, ao efeito de identificar-se-lhe a presença. Tais circunstâncias materializaram-se na: a) existência de uma ação exercitável, a cognominada *actio nata*; b) a inação do titular do direito de ação; c) a manutenção de tal inércia por um determinado período de tempo e, por fim; d) a inocorrência de ato ou fato juridicamente relevante, com capacidade para suspender ou interromper o denominado curso prescricional. A tais requisitos, há de acrescentar-se a não satisfação de obrigação correlata, dado caracterizar-se tal evento recíproco como condição originária mediata da existência da atividade procedimental.

²⁵ CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. *Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil*, p. 4;

Contudo, tal exercício não decorre ou não se limita à vontade livre do titular do direito. Na medida em que: *Desde o momento que o titular do direito pode exigí-lo ou defendê-lo, judicialmente, pondo em movimento a ação que o assegura, desde esse instante começa a correr a prescrição desta, até se consumir pelo tempo, se a inércia do titular se prolongar, continuamente, durante todo o período ou prazo fixado pela lei como limite ao exercício da ação.*²⁶ Veio o tempo, portanto, em seu transcurso, influir nas conseqüências da vontade humana, tonalizando uma eventual inação como fator determinante da perda de um direito.

Diante de tal perspectiva, é de anotar-se que, ao instituto originariamente surgido como atividade associada à atuação do Pretor romano, marcada pela possibilidade de atuação ou de inação por parte do titular do direito ao exercício de uma ação, acrescentou-se a tal conteúdo, como fator necessário de delimitação, a condição de uma fixação prévia do tempo para o exercício do próprio direito material em si.

Diz-se do próprio direito, na medida em que, àquela época, não se discernia, ainda, a diversidade substancial entre o direito de ação e o próprio direito material a ser exercitado. Tal circunstância, inclusive, restou consolidada pelo Código Civil de 1916, na medida em que tal diploma legal pautou-se pelas diretrizes da teoria civilista da ação.

Tal concepção teórica, à época, não via no direito ao exercício da prerrogativa processual, nada mais do que o próprio direito material em movimento, grafando a codificação civil revogada que: *Art. 75. A todo direito corresponde uma ação que o assegura.* Entretanto, com o advento da nova legislação civil codificada, restou alterada tal concepção, a qual, diga-se de passagem, não mais materializa aquela concepção teórica de base em relação à prescrição, por força da reconhecida autonomia do direito processual civil.

Com a promulgação do novo código civil, por força da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, prevaleceu, na esfera do próprio direito privado comum, a concepção que reconhece na prescrição o móvel extintivo do direito eventualmente não exercitado pelo seu titular. Diz o art. 189 do Código Civil em vigor que: *Art. 189. Violado o direito,*

26 LEAL. L. da C. Obra citada, p.11-12.

nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

Firma-se, portanto, um vínculo estrito entre o direito material e a possibilidade processual de exercitá-lo num prazo determinado, reconhecendo-se esferas distintas de efeito regulador no que tange ao direito material de fundo e o direito processual de asseguramento de sua efetividade, ante à eventual lesão ou ameaça de lesão a tal acervo jurídico.

Entretanto, no que se refere à esfera do Direito Público, a inadequação das visões estruturadas a partir, primordialmente, da concepção romana, veio modificar o sentido até então atribuído às duas esferas básicas de regulação social, afastando-se daquela estrita dicotomia na qual tudo se situava ou no âmbito do Direito Público, ou no âmbito do Direito Privado, mormente porque:

(...) a precariedade e as dificuldades em precisar-se o que se deva entender por 'direito público' e por 'direito privado', ainda como conteúdo histórico, resultam na insustentabilidade das teorias até agora elaboradas, em virtude da evolução dos conceitos jurídicos e da constante remodelação por que passa a ciência e a técnica de agrupamento e apreensão de relações de vida pelas normas de direito.²⁷

Ademais, o fenômeno da publicização das relações privadas, em razão da concepção contemporânea de que a Constituição se sobrepôs ao Código Civil como núcleo do sistema, gerou significativa mudança de rumos. Tanto é assim que, no dizer de PIETRO PERLENGIERI:

Numerosas leis especiais têm disciplinado, embora de modo fragmentado e por vezes incoerente, setores relevantes. O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional.²⁸

Ante tais circunstâncias, não só passou-se a admitir a constitucionalização de muitas relações até então regradas exclusivamente por sistemas infraconstitucionais,

²⁷ VILHENA, P. E. R. de Obra citada, p. 27;

²⁸ PERLENGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, p. 6;

como também, no que atine ao Direito Administrativo, passou-se a visualizá-lo como *uma espécie de direito público comum*, a exemplo do papel que, por muito tempo, houvera sido assumido pelo Direito Civil, no âmbito das relações configuradas pelo direito privado.

Tanto é assim que, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO²⁹ destaca que:

O Direito Administrativo, após quase dois séculos de evolução acompanhando as grandes transformações sociais, econômicas e políticas ocorridas nesse período, não pode ser mais considerado, como sublinhamos, um sistema derogatório do direito privado concernente às atividades administrativas do Estado, mas um sistema ordinário, destinado a conciliar a prossecução do interesse público com a proteção dos interesses individual, coletivo e difuso.

Por isso, o direito administrativo é hoje o direito comum do direito público, assim como o direito civil é o direito comum do direito privado. É no direito administrativo que são encontrados os princípios, conceitos e institutos fundamentais dos demais ramos do direito público interno.

Por tais características, em especial no que se refere à assunção dessa condição de regramento comum, à semelhança do que já ocorrera com o Direito Civil, alguns dos institutos de aplicação geral aos ramos do Direito Privado, passaram a ser recepcionados, na sua composição genérica, por parte do Direito Administrativo. De tal sorte que, no dizer de CAIO TÁCITO:

O instituto jurídico da prescrição não se confina ao direito privado, sem embargo da precedência histórica e da amplitude ontológica com que nele floresceu.

Também o direito público valoriza o decurso do 'tempus' como elemento tanto aquisitivo como extintivo de direitos e obrigações.³⁰

Mesmo estando em seu nascedouro originariamente situado na esfera privada, a prescrição passou a ser reconhecida, não só por decorrência da lei, mas em razão das mutações estruturais do próprio sistema jurídico positivado, na esfera de outras regulações, entre elas a do Direito Administrativo.

²⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 40;

³⁰ TÁCITO, Caio. *Prescrição administrativa — comissão de valores mobiliários — inquérito administrativo*, p. 287;

Em razão de tais peculiaridades, passou a exigir-se, portanto, a modificação da compreensão de tais fenômenos jurídicos, com a releitura e a renovação dos pressupostos inerentes à sua interpretação, instaurando-se uma mutação de seu significado, agora não mais limitado às lindes do direito privado. Tal concepção, portanto, é que legitimou e legitima falar-se de uma prescrição administrativa.

1.6. DA DECADÊNCIA

Embora não se constitua no eixo central das indagações aqui procedidas, a decadência, como fenômeno de marcante semelhança ao instituto da prescrição, exige, ao menos de passagem, que se tenha uma noção razoável de seu conteúdo. Isto não porque tal instituto resulte mais importante, ou de presença necessária ao fenômeno prescricional, mas sim em razão de semelhanças relevantes entre ambos, como também de eventuais efeitos oriundos de tal parecença. Tanto é assim que DIOGENES GASPARINI³¹ realça que:

A distinção entre prescrição e a decadência é relevante na medida em que a prescrição somente pode ser alegada pelo interessado, enquanto o juiz pode decretar de ofício a decadência do direito.

Como diferença entre esses institutos, cabe afirmar que o prazo prescricional pode ser 'interrompido' ou 'suspense'. O prazo decadencial, ao contrário, não se interrompe nem se suspende.

Desse modo, vê-se, num rápido e superficial exame, que apesar de semelhanças e de aproximações, em específico no que diz respeito à sua vocação extintiva de direitos, prescrição e decadência caracterizam-se como fenômenos diversos.

Enquanto na prescrição o direito material mantém-se íntegro, embora carente de proteção, no caso da decadência é o direito material em-si que acaba por restar extinto, mostrando-se, por conseqüência e sob determinada ótica, como fator jurídico de maior lesividade ao acervo constituído pelo patrimônio jurídico do indivíduo atingido.

³¹ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*, p. 753;

De qualquer modo pode-se reduzir o conjunto de diversidades entre os dois institutos a partir de uma diretriz básica, qual seja, na decadência resulta extinto o direito, na prescrição resulta extinta a ação. Nesta ótica, aliás, adverte PONTES DE MIRANDA que:

Os prazos prescricionais servem à paz social e à segurança jurídica. Não destroem o direito, que é; não cancelam, não apagam as pretensões; apenas, encobrendo a eficácia da pretensão, atendem à conveniência de que não perdure por demasiado tempo a exigibilidade ou a acionabilidade.³²

Diversa da prescrição, a decadência, portanto, restou também instituída e lastreada no decurso do tempo, no fito de obstar o exercício de eventual direito por parte de seu titular em razão de sua inação. Contudo, como já demonstrado, ao contrário da prescrição, a decadência surge com a finalidade de atingir o direito em-si e não a mera possibilidade de sua defesa, a partir da instauração de uma eventual sede processual.

À semelhança da prescrição, a decadência também se associa a um dúplice pressuposto. Materializando-se, por primeiro, pela inércia do titular do direito e, por segundo, no inexorável decurso do tempo. Como já realçado, é instituto jurídico que *lesa e mata* o direito em-si, e não o exercício da via processual necessária à sua defesa. Esta é, portanto, a dicotomia essencial a ser destacada e que, por muitas vezes, não restou bem compreendida pelos juristas, ao momento de aplicá-la, primordialmente no que pertine ao Direito Administrativo.

A partir dessa breve compreensão prévia dos dois institutos extintivos retromencionados, verifica-se que, independentemente das nuances específicas de cada um, vislumbra-se, de imediato, o impacto que tais fenômenos possam vir a causar ao acervo jurídico, tanto do Estado quanto do indivíduo. Deste modo, tais circunstâncias encaminham e possibilitam múltiplas reflexões. Contudo, nenhuma delas nos parece ser mais marcante do que a que se pode construir associada ao princípio da segurança jurídica. Tal percepção dá-se a partir da idéia de que o Direito sem segurança é

³² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*, tomo VI, p. 101;

estímulo à baderna, à arbitrariedade e á desordem, e, por conseqüência, origem de incerteza, mal-estar e caos.

Ante tais dicotomias, consideradas as conseqüências oriundas de cada uma das formas jurídicas em tela, não se mostra admissível à concomitância de prazos de prescrição e de decadência, devendo-se verificar qual dos interesses materiais prevalece. Entretanto, pode-se perceber, em razão da extensão do efeito promovido, que os prazos decadenciais mais se aproximam da teleologia informadora do Direito Público, na medida em que não podem ser suspensos, interrompidos, ou renunciados, devendo o juiz reconhecê-los, de ofício, dada à relevância dos interesses que são por eles visualizados. Entretanto, considerado o estágio atual da evolução das instituições democráticas, não mais se pode olvidar que o administrado passou, de há muito, da mera condição de servo à condição de titular de direitos fundamentais à sua existência como cidadão e como pessoa, circunstâncias estas essenciais à própria existência de um Estado Democrático de Direito.

Em presença de tal diversidade, nesta síntese restrita e preliminar, já é possível, portanto, identificarem-se os seus traços essenciais, asseguradores das feições próprias e inerentes a cada um dos institutos em cotejo. O primeiro diz respeito ao fato de que a decadência visa à extinção do direito, enquanto a prescrição busca atingir à ação que, em tese, lhe asseguraria eventual proteção invocada. Portanto, enquanto a decadência se mostra como causa extintiva e imediata do direito a ser invocado, a prescrição tem feição de causa mediata, porquanto o direito mantém-se íntegro, só restando inviabilizada a ação para a sua defesa.

Por segundo, na medida em que a decadência nasce junto ao direito que virá a eliminar, a prescrição exige a concomitância de uma violação ou ameaça de violação a tal direito, circunstâncias das quais sua essência mostra-se dependente. É na desconsideração lesiva ou potencialmente agressora da esfera jurídica do titular de direito determinado que se inicia o prazo prescricional. Tal circunstância decorre do fato corriqueiro de que só a partir da agressão, ou de sua potencial possibilidade, é que se poderá esgrimir com a via processualizada de defesa ou contra-ataque.

Como terceira circunstância a ser destacada, manifesta-se o traço diferenciador na diversidade primordial de *conteúdo natural* entre os dois institutos. A decadência parte de uma suposição de não efetividade de um direito que, tendo nascido, não foi exercitado no seu conteúdo possível por parte de seu titular. A prescrição, por seu turno, assenta-se na percepção de um direito nascido e exercitado, mas que ao ser agredido, ou ameaçado de agressão, não recebeu defesa, mantendo-se seu titular inerte. Não se vê na decadência a inércia no exercício de sua defesa, mas a inação no exercício do próprio direito em-si.

Na esfera do direito comum, portanto, a decadência em muito se assemelha à prescrição, entretanto: *O objeto da decadência [...] é o direito, que, por determinação da lei ou da vontade do homem, já nasce subordinado à condição de exercício em limitado lapso de tempo.*³³

Em refletindo a respeito de tal circunstância, é ANTÔNIO LUÍS DA CÂMARA LEAL quem bem explicita as feições da decadência, asseverando que:

(...) decadência é a extinção do direito pela inércia de seu titular, quando sua eficácia foi, de origem, subordinada á condição de seu exercício dentro de um prazo prefixado, e este se esgotou sem que esse exercício se tivesse verificado.

*Posto que a inércia e o tempo sejam elementos comuns à decadência e à prescrição, diferem, contudo, relativamente ao seu objeto e momento de atuação, por isso que, na decadência, a inércia diz respeito ao exercício do direito e o tempo opera seus efeitos desde o nascimento deste, ao passo que, na prescrição, a inércia diz respeito ao exercício da ação e o tempo opera seus efeitos desde o nascimento desta, que, em regra, é posterior ao nascimento do direito por ela protegido.*³⁴

De qualquer modo, o que pode restar assentado, em sede de senso comum, é o de que a prescrição extingue a ação, não o direito, enquanto que a decadência extingue o direito. A extinção do direito dá-se pelo simples transcurso de um prazo que a lei fixa para o exercício do direito material em-si. A extinção da ação dá-se pelo não exercício do direito público subjetivo de invocar a tutela jurisdicional, a partir do

33 CÂMARA LEAL, A. L. da Obra citada, p. 105;

34 CÂMARA LEAL, A. L. da. Idem, p. 101;

momento em que, tendo sido lesado, ou ameaçado de lesão, o direito permanece sem a defesa possível.

É de império que se perceba que, no âmbito do Direito Administrativo, há de ter-se redobrada cautela. As concepções oriundas e elaboradas pelo Direito Privado e, em especial, pelo Direito Civil, podem gerar perplexidades significativas. A exemplo de tal perspectiva pode-se referir o pensamento de RAPHAEL PEIXOTO DE PAULA MARQUES, o qual assevera que:

É noção cediça, pois, unanimemente proclamada por pensadores de melhor suposição, que se configura impropriedade terminológica a atribuição da denominação de prescrição administrativa à perda do direito de revisão da Administração dos seus atos pelo decurso do tempo. A Administração tem, hospedada que está no princípio da autotutela, o direito, pretensão e ação de direito material à decretação da invalidade dos seus próprios atos administrativos. É, portanto, prazo decadencial.³⁵

Do cotejo da argumentação expendida pelo autor retro-referido, vê-se que ele atribui ao ato administrativo à mesma condição de ato jurídico de natureza potestativa. Ora, em presença de tal compreensão, duas conseqüências se poderia então retirar.

A primeira seria a de que o interesse público, por força da possibilidade de restar inviabilizada a revisão de ato administrativo, em razão do decurso do tempo, acabaria, como conseqüência prática, equiparado ao interesse privado, bastando que, por inação, a simples não atuação da Administração desse causa para que o próprio direito em-si acabasse por ser atingido, o que, por óbvio caracteriza, a nosso sentir, grave equívoco.

Ademais, o que resulta singular, é que tal concepção conflita, em tese, com dispositivos legais que se mantêm em vigor, tais como o grafado pelo art. 114 da Lei Federal nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990³⁶, no qual resta assentado que: *Art. 114. A administração deverá rever seus atos, a qualquer tempo, quando eivados de ilegalidade*, isso porque, como conteúdo da própria legislação: *Art. 112. A prescrição é de ordem pública, não podendo ser relevada pela administração*. Portanto, caso a

³⁵ MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. *O instituto da prescrição no direito administrativo*, p. 7;

³⁶ Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União.

autotutela seja vista como prerrogativa submetida a prazo decadencial, tais dispositivos legais estariam em conflito de direito com a visão doutrinária mencionada, o que, num primeiro momento, afasta a plausibilidade do alegado pelo mencionado autor, sob pena de admitir-mos revogação de regra legal por via atípica e, no mínimo, ilegal. Contudo, tal perplexidade, mais à frente, há de receber exame adequado. De qualquer modo, o que pode restar assentado é que as conseqüências retiradas de uma tal leitura doutrinária, não se mostram seguras.

A segunda conseqüência diz com a percepção de um Direito Administrativo com características de direito material privado, desconhecendo-se a específica processualidade que caracteriza o Direito Administrativo. É consabido que, no exercício do princípio da autotutela, a Administração Pública age de forma diversa do particular, porquanto sua atuação tem conteúdo público e não privado. Ou seja, tratam-se de modos de agir informados por conteúdos teleológicos completamente diversos, os quais não podem restar confundidos pelo simples cotejo de eventuais resultados práticos.

Esse agir da Administração Pública, portanto, não se caracteriza como mera busca de satisfação a um interesse particular da própria Administração Pública, mas sim como uma atuação direcionada à satisfação de um interesse de natureza e conteúdo públicos, visando não só preservar os interesses da coletividade como um todo, mas, fundamentalmente, nos casos de afronta à legalidade, a busca da recomposição da própria ordem jurídica agredida.

Em realidade, tal concepção doutrinária dá-se pela escolha de um referencial que tal autor, indevidamente, generaliza, ao modo de tê-lo como sendo um parâmetro central a guiar as indagações que venham a ocorrer em presença da inação da Administração. Isso se torna compreensível na medida em que RAPHAEL PEIXOTO DE PAULA MARQUES explicita que:

*Cumpra salientar, preliminarmente, que o instituto da prescrição administrativa não se confunde com o da prescrição civil e o da prescrição penal, pois estes se referem ao âmbito judicial. Faz-se conveniente, pois conceituar o que venha a ser prescrição na seara do direito civil para solidificar, então, o entendimento de que não se trata de prescrição, mas sim de decadência administrativa.*³⁷

³⁷ MARQUES, R. P. de P. Obra citada, p. 5;

Ora, é exatamente em tal manifestação que se torna possível flagrar a origem do equívoco de tal concepção. O uso da conceitualística civil como fonte heurística de significados para a compreensão do Direito Administrativo há de ser tomada com a máxima cautela. Embora tais ramos do conhecimento jurídico não se constituam em esferas absolutamente antagônicas e contraditórias, buscam interesses distintos e constroem-se por prismas diversos. Ademais, embora a prescrição produza efeito direto em relação ao direito de ação, não se há de confundir efeito com causa, porquanto a prescrição é categoria de natureza e de conteúdo material, não sendo necessário ao seu reconhecimento a instauração de uma via procedimentalizada. *Vê-la*, identificá-la, e compreendê-la não exige, a título de pressuposto lógico de sua admissibilidade, a presença de sede procedimentalizada.

Para que melhor se compreenda tal distinção, basta que se *ouça* PONTES DE MIRANDA, o qual ensina que: *a prescrição não atinge, 'de regra', somente a ação; atinge a pretensão, cobrindo a eficácia da pretensão e, pois, do direito, quer quanto à ação, quer quanto ao exercício do direito mediante cobrança direta (aliter, alegação de compensação, que depois estudaremos), ou outra manifestação pretensional*³⁸. Por este alerta, percebe-se então onde reside o equívoco apontado. Não há que se confundir pretensão de direito material com pretensão de direito processual, as quais, à evidência, tratam-se de circunstâncias e institutos jurídicos distintos. A pretensão material está associada com os efeitos adstritos ao direito em decorrência de sua própria natureza. A pretensão processual diz respeito a uma garantia externa ao direito lesado ou ameaçado de lesão. Portanto, quando o titular de determinado direito não age em presença de lesão a seu direito, isto não quer significar que, por força do decurso do tempo, tenha ele decaído de tal direito, mas tão-somente que a pretensão material corporificada pelo direito lesado não mais pode ser protegida.

Ademais, argumento invencível situa-se a partir de uma adequada compreensão do fenômeno da decadência. Resulta inquestionável que, por força da decadência, o direito material resta atingido em seu todo, desaparecendo. Ou seja, a decadência atinge a prerrogativa e a pretensão material oriundas do direito em-si, e não

38 MIRANDA, F, C. P. de. Obra citada, p. 102.

simplesmente a sua possibilidade de proteção pela via da tutela jurisdicional. A decadência atinge o direito em sua materialidade, em sua substância, em sua essência, e não em seu exterior, em sua acidentalidade.

Diante de tal circunstância, como se poderia falar em decadência administrativa, nos termos do acima mencionado. A uma eventual inação de um determinado servidor público, na omissão da prática de um determinado ato submetido às suas atribuições, estar-se-ia a atribuir duas conseqüências extintivas que a lei não prevê, quais sejam: a admissão de que a Administração Pública teria retirada de sua esfera de atuação a prerrogativa e o direito de anular ato ilegal de modo definitivo; e a supressão da submissão da eventual controvérsia ao exame judicial. Por certo que tal conclusão afronta a própria compreensão do sistema como um todo.

Importa destacar, portanto, que tal compreensão mostra-se problemática exatamente pelo fato de pretender dar-se à prescrição administrativa as feições da prescrição civil. Tal circunstância dá azo, portanto, a entendimentos discutíveis, deles não escapando nem mesmo os seus mais renomados conhecedores. Como comprovação de tais circunstâncias, basta que se examine o que diz, neste sentido, HELY LOPES MEIRELLES, o qual refere que:

A 'prescrição administrativa' opera a preclusão da oportunidade de atuação do Poder Público sobre a matéria sujeita à sua apreciação. Não se confunde com a prescrição civil, nem estende seus efeitos às ações judiciais [...] pois é restrita à atividade 'interna' da Administração e se efetiva no prazo que a norma legal estabelecer.³⁹

Na mesma senda de reflexão, a nosso sentir, também se equivoca o renomado mestre acima citado. A metafórica expressão: '*preclusão da oportunidade*' remete a questão ao espaço de uma processualidade própria do direito Administrativo, mas que destoa do sentido específico daquilo que se pode entender como prescrição administrativa. Ao que parece, a partir da compreensão imaginada por PONTES DE MIRANDA é que se pode buscar um entendimento mais adequado. Em realidade nos parece que é a partir da idéia de pretensão material e, neste caso, *pretensão material*

³⁹ MEIRELLES, H. L. Obra citada, p.583;

administrativa, que se pode melhor delimitar a controvérsia. Para tanto, basta que se tenha claro que:

Certamente, é preciso que exista a pretensão para que se dê a prescrição. O que prescreve é a pretensão, ou a ação; se não existe uma, nem outra, nada há que prescreva. Isso nos levaria a dizermos que só o titular da pretensão pode opor exceção de prescrição; mas iríamos contra os fatos da vida e deixaríamos de atender a que há três planos: o da existência, o da validade e o da eficácia: se o cômputo de tempo mostra que a ação, ou a pretensão, se 'existisse', estaria prescrita, pode o juiz acolher a exceção, antes mesmo de outro exame concernente à existência do fato jurídico ou da validade do ato jurídico.⁴⁰

Ora, tais reflexões, embora sediadas na esfera do Direito Privado, servem para auxiliar no aclarar do ponto em que se conforma o equívoco. Deste modo, há de ter-se em conta que a inação da Administração Pública dá azo a uma perda de proteção à sua pretensão de invalidar determinado ato, mas nunca a ponto de atingir ao próprio direito da Administração Pública de atacar a ilegalidade encontrada e percebida.

Por isso que, ao tomarmos em conta a idéia de decadência, no âmbito do Direito Administrativo, há de restar redobrada a cautela. O instituto da decadência, quando utilizado e reconhecido na esfera do Direito Público, há de ser visualizado a partir de uma perspectiva extremamente pontual e absolutamente distante da compreensão que se lhe é dada pelo Direito Privado. Tal instituto deve restar sempre marcado por inequívoca previsão legal, a qual, além de tudo, haverá de restar submetida a critérios interpretativos próprios, no caso, do Direito Administrativo, com atenção redobrada à necessidade de dar-se efetividade material e concreta aos princípios que orientam e direcionam a Administração Pública, tanto na esfera constitucional, quanto na esfera de sua regulação infraconstitucional.

Se no Direito Civil temos a possibilidade de acolher e de aceitar a supressão de um direito por força do decurso do tempo e da inação de seu titular, tal não se dá, nem se pode dar em relação à Administração Pública e aos direitos que integram o patrimônio público de forma generalizada, com a singeleza com que ocorrem tais eventos no âmbito do Direito Privado, porquanto, na esfera do Direito Público há um

⁴⁰ MIRANDA, F. C. P.de. Obra citada, p. 112;

interesse que transcende a todo e qualquer interesse que não seja o próprio interesse da sociedade em sua concepção mais ampla possível.

2. DA SEGURANÇA JURÍDICA

2.1. O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

A idéia de segurança jurídica, fundamentalmente, no âmbito do sistema jurídico brasileiro, institui-se, por primeiro, como uma referência de conteúdo meramente principiológico. Contudo a isto não se limita, dado que a partir da Constituição Federal e do acervo de regulação legislada, de natureza infraconstitucional, tal *princípio* assume a condição de paradigma — entre outros — da estrutura de regulação nacional.

De qualquer modo, resulta manifesto que tal princípio carece de uma *substancialização* que o concretize junto à realidade vivenciada. Na interação complexa das relações entre a Administração Pública e os administrados, qualquer atitude no sentido de buscar a supressão de direitos inerentes a um desses pólos de imantação de obrigações e de deveres na esfera jurídica, reclamam, ou melhor, exigem, no mínimo, uma fundamentação apoiada em ações racionais justificadas por uma legitimação conformada por um *diálogo*. Caso assim não seja, poderemos nos deparar com a atuação do sistema jurídico em manifesta distonia com as regras mínimas de logicidade e de eticidade exigíveis para tal ação.

Instituindo-se no ordenamento jurídico nacional, por primeiro, nos limites da Constituição Federal, assume o princípio da segurança jurídica duas feições distintas. Em seu preâmbulo, a Constituição Federal mostra-o sob a forma de valor. Já sob o título dos direitos e garantias fundamentais, mostra-se integrado às garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito, materializando-se, nesse último espaço normativo, pelo rol dos direitos e deveres individuais e coletivos.

Portanto, independentemente de tomá-lo por valor, ou por direito fundamental, mostra-se o princípio da segurança jurídica como sustentáculo de qualquer asserção associada à extinção ou inibição do exercício de direito, exigindo-se, entretanto, que as razões para que se o faça estejam associadas à prova de que tais razões situam-se numa articulação com os objetivos e os fundamentos da própria ordem jurídica como um todo.

Só a partir de tais garantias, instituem-se às ordens social e estatal, constituindo-se, em um primeiro plano, no tecido de regulação constitucional do Estado e da sociedade brasileiras.

Tal ordem, num segundo momento e por derivação do estamento constitucional, é explicitada pela rede complexa determinada pela legislação infraconstitucional, de molde a garantir-se, em abstrato, a existência e a efetivação da ordem jurídica nacional. Tal estrutura permite que o princípio da segurança jurídica possa assumir a condição de fiadora formal dos interesses inerentes à sociedade democrática, como fator imprescindível à existência efetiva do Estado Democrático de Direito.

É manifesto que tal proteção traga ínsita em sua própria natureza constitutiva, a idéia de segurança em si, dado que manifesta, de forma mediata, o afastamento de qualquer espécie de fragilidade ou de incerteza, com o que assumem uma dimensão de perfil axiológico⁴¹. Nesse sentido, explicita BONAVIDES que:

Os direitos representam por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desse bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexó que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos 'declaram-se', as garantias 'estabelecem-se'.

Entretanto, não se pode olvidar que a certeza formal oriunda de um regime constitucional, não afasta a incerteza oriunda de conflitos intersubjetivos. Ante as alternativas de resolução das contendas pontuais, no campo concreto das dissidências possíveis, ofertadas pelos titulares de interesses em confronto, só poderá ser explicitada a solução do conflito a partir de uma decisão formada no âmbito de uma unidade estruturada.

Para tanto, haver-se-á de observar-se, por primeiro, a dimensão dos limites estabelecidos pela discussão, estando esta última conformada pela tarefa reflexiva a ser empreendida no âmbito do sistema jurídico. Por segundo, a partir de tais fronteiras,

⁴¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 484;

de modo a que se possa estabelecer, ante a um conteúdo restrito de soluções conectadas às normas jurídicas, uma decisão juridicamente adequada, tal conjunto normativo deverá estar atento à intenção diretiva firmada pelo princípio da segurança jurídica, o qual servira como diretriz genérica de adequação.

No que atine ao acervo compacto e complexo corporificado pela legislação infraconstitucional, a pretensão à segurança jurídica manifesta-se como o espaço mais comum de garantia de certeza assegurada aos indivíduos para a realização de seus interesses juridicamente protegidos. Tal acervo de regulação permite, a cada pessoa, ter o conhecimento antecipado das eventuais conseqüências de seus atos, de modo que todas as relações efetivadas sob a égide de uma norma jurídica, mostram-se adequadas a tal estatuto de vigência prévia. Assegura-se, a partir de então, a cada um que, mesmo com a alteração ou supressão da regra na qual se baseia a conduta perpetrada, em nada restarão atingidos os efeitos pretendidos pela prática do ato específico, isso por que:

A 'segurança jurídica' consiste no "conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das conseqüências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida". Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos tem de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída.⁴²

Contudo, nem sempre o ordenamento jurídico infraconstitucional mostra-se afinado com os preceitos de índole constitucional, o que gera, por diversas circunstâncias, um choque manifesto em razão de diretrizes inconciliáveis plasmadas nos dois espaços distintos de normatização.

Importa destacar, entretanto, que tal falta de conciliação, abstraídas às de ofensa formal à estrutura do sistema, naquilo que caracteriza à sua funcionalidade pré-ordenada, é produto de interpretações, resolvendo-se suas distonias por meio de mecanismos estatuídos pelo próprio sistema, o qual estabelece técnicas decisórias

⁴² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 373;

implicadas por ações legalmente previstas, tais como as de declaração de inconstitucionalidade de determinado preceito legal.

Tal problemática então busca encontrar no sistema jurídico nacional, mecanismos de solução de tais conflitos, os quais, contudo, refogem à órbita das presentes indagações. De qualquer modo, importa destacar a supremacia do texto constitucional, o que, de certa forma, nos permite intuir a prevalência do valor sobre a regra. Valor, aqui, no sentido de um fundamento axiológico de conteúdo transcendental e não meramente pragmático, de molde a possibilitar que se tenha o princípio de segurança jurídica tanto como um valor-fim, quanto um valor-meio⁴³.

Como consequência, verifica-se que o Estado Democrático de Direito assume condição marcante em presença e por decorrência do princípio da segurança jurídica, o qual, por força de sua própria natureza, resulta por institucionalizar-se. Isso não implica, contudo, que, ante tal constatação, possamos simplesmente darmos-nos por satisfeitos, deixando de indagarmos a respeito da conformação da mencionada segurança. Isso porque importa questionar até que ponto: é o Estado Democrático de Direito o pressuposto ou antecedente lógico do instituto da segurança jurídica? No mesmo sentido, é relevante que se tenha claro a forma pela qual a segurança jurídica se materializa, na medida em que de nada vale tal princípio sem a sua efetiva concretização na esfera das relações jurídicas.

No plano internacional, muitas foram as iniciativas de assegurar ao homem um mínimo de segurança. A Declaração da Virgínia de 12 de junho de 1776, em seus arts. 1º e 3º, estabelecem que: Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, pôr nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança, e que: O governo é ou deve ser instituído para o bem comum, para a proteção e segurança do povo, da nação ou da comunidade. Dos métodos ou formas, o melhor será que se possa garantir, no mais alto grau, a felicidade e a segurança e o que mais realmente resguarde contra o perigo de má administração.

⁴³ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*, p. 88;

No mesmo sentido, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de, 26 de agosto de 1789, assevera, entre outros dispositivos, que: Art. 2.º A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a prosperidade, a segurança e a resistência à opressão, agregando, ainda, que: Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), por seu turno, entre outros aspectos, estabelece que: Artigo VII - Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Do mesmo modo, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada na IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, em abril de 1948, disciplina que: Artigo 5º - Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar; e: Artigo 18 - Toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos. Deve poder contar, outrossim, com processo simples e breve, mediante o qual a justiça a proteja contra atos de autoridade que violem, em seu prejuízo, qualquer dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente. Da mesma forma, a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais determina que: *Artigo 5.º Direito à liberdade e à segurança. Toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança. Ninguém pode ser privado da sua liberdade.*

Como visto, muitas são as manifestações, no plano internacional, no sentido de reconhecer ao homem, genericamente falando, entre outros direitos, o direito à segurança jurídica.

De tal forma, resulta evidente que, tanto no plano externo, quanto no plano interno da relação conflitiva inerente ao entrelaçamento entre a segurança jurídica e o conjunto complexo de interesses tolerados pelo Estado Democrático de Direito, exsurge a necessidade de uma certeza do direito, como faculdade ante ao fato dado de um direito objetivamente positivado. Assim: (...) *a segurança é um 'a priori' jurídico para os*

cidadãos; e a certeza é a confiança do cidadão nas leis, que lhe permitem agir eticamente, adotando condutas razoáveis e previsíveis, (...)44. De tal assertiva, retira-se então que: segurança é fato, enquanto a certeza pode ser havida como valor, na medida em que:

A segurança se traduz objetivamente (Direito objetivo 'a priori') através das normas e instituições do sistema jurídico (como a norma agendi dos romanos). Já a certeza do direito (como um 'posterius') se forma intelectivamente nos destinatários destas normas e instituições (a 'facultas agendi', embora esta analogia não seja completa)⁴⁵.

Em realidade, tais acepções não podem ser aceitas sem qualquer crítica. A idéia de que a segurança jurídica decorre do direito como um efeito das leis vigentes em um determinado momento histórico, sendo a certeza decorrente do conhecimento e da valoração dessas leis 46, não se mostra como enunciado seguro por si só. Sabe-se, mormente em países como o Brasil, que as leis necessariamente não são cumpridas ante ao simples fato de estarem em vigor. Ademais, o mecanismo de explicitação de sua existência, a partir da associação de sua certeza ao fenômeno do conhecimento de sua vigência, como modo de justificação de tal estado, caracteriza-se como uma afirmação desprovida da própria certeza invocada, dado tratar-se de um raciocínio conformado em manifesto desacordo com a realidade vivenciada. Isso porque: A lei, para a grande maioria da população, nas sociedades latino-americanas, é um dado de pura abstração, inteiramente dissociado da realidade na qual imersa essa maioria. 47

Importa, e muito, que se afirme que em nada resta invalidada a percepção de que a segurança jurídica depende da aplicação efetiva do Direito na expressão de sua legalidade, na medida em que: (...) o Direito corresponde à exigência essencial e

⁴⁴ MOTA DE SOUZA, Carlos Aurélio. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico*, p.26;

⁴⁵ MOTA DE SOUZA, C. A. *Idem*, p.26-27;

⁴⁶ MOTA DE SOUZA, C. A. *Idem*, *ibidem*;

⁴⁷ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 124;

indeclinável de uma convivência ordenada, pois nenhuma sociedade poderia subsistir sem um mínimo de ordem, de direção e solidariedade. "48

É consabido que: (...) *não há ninguém que não viva sob o Direito e que não seja por ele constantemente afectado e dirigido. O homem nasce e cresce no seio da comunidade e — à parte casos anormais — jamais se separa dela. Ora o Direito é um elemento essencial da comunidade. Logo, inevitavelmente, afecta-nos e diz-nos respeito.* 49 Portanto, reconhecido e aceito o princípio da segurança jurídica como, no mínimo, um pressuposto de garantia ao cidadão e ao próprio Estado, mostra-se necessário que se compreenda em que consiste e como se efetiva a certeza de que tal segurança emerge.

2.2. A CERTEZA

De início, há de asseverar-se que a certeza se mostra, para os fins das presentes indagações, como um fenômeno cognitivo de natureza objetiva. Há de ser caracterizada pela sua concretude, a qual permite a percepção de uma evidência que afasta qualquer dúvida formal. Mostra-se indispensável realçar que muitas são as formas de certeza. Contudo, tais qualificações refogem a órbita destes questionamentos, na medida em que assumem um conteúdo de natureza marcadamente filosófico e não jurídico.

CARLOS AURÉLIO MOTA DE SOUZA esclarece que: (...) Certeza é conceito relativo a conhecimento e que há diferença evidente entre Segurança e Certeza. A Segurança é objetiva, visível, publicada, está nas leis, nos sinais, e a própria Lei é um sinal, pode-se dizer. Certeza é a confiança em algo que a segurança projeta em cada um de nós: a Segurança externa nos dá Certeza interna. Se a lei diz que temos direitos, estamos 'seguros'.50

⁴⁸ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 2;

⁴⁹ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 6;

⁵⁰ MOTA DE SOUZA, C. A. *Obra citada*, p. 27;

A certeza, portanto, mostra-se, por primeiro, como uma garantia objetiva e racionalmente fundada no conhecimento de uma verdade presumida, conhecimento este que gera um sentido de segurança psíquica. Por isto, concomitantemente à certeza psíquica, a certeza assume, também, a condição de uma garantia de natureza subjetiva, possibilitando a geração de um sentido de estabilidade internalizado pelo indivíduo. Em síntese: (...) a Certeza de um conhecimento pode vir pelo objeto ou pela causa: pelo objeto, predomina a Razão; pela causa, predomina a Fé. Então, a Certeza objetiva é mais razão do que vontade, enquanto a Certeza subjetiva é mais vontade do que razão.⁵¹

É vital, entretanto, que se entenda essa certeza como originária e justificada por uma razão prática. Prática na medida em que ela assume a feição de uma forma jurídica de garantia de resolução dos conflitos, pela instituição de possíveis relações pacíficas entre os homens. A partir daí a certeza passa a corporificar um ente que se institui como fiador da realização de um direito adequado à solução dos conflitos. Esses vínculos adstritos à certeza, como elementos de composição da tecitura da segurança jurídica, é que poderão atribuir à prescrição administrativa a capacidade de legitimação necessária em presença de eventuais conflitos protagonizados pelos interesses da Administração Pública, em confronto com os interesses do administrado.

Tomada, portanto, como elemento oriundo de uma reflexão informada por uma razão prática, a certeza passa a vincular-se a outras formas ou sinais de compreensão. Entre outros, à justiça. Não só como idéia, mas primordialmente como tarefa e como expectativa possível. Por este modo então, a idéia de justiça assume uma vinculação peculiar à constituição da certeza, concretizando-se, contudo, a partir dos limites instituídos pela segurança jurídica. Tais limites, entretanto, não resultam de uma determinação puramente lógica, mas de uma indeterminação a ser dissolvida pelo processo histórico no qual o Direito se constitui cotidianamente.

⁵¹ MOTA DE SOUZA, C. A. Obra citada, p. 30;

2.3. SEGURANÇA JURÍDICA E JUSTIÇA

Fator fundamental a ser explicitado diz respeito à questão da justiça. Isto porque mostra-se, no mínimo, incômodo que uma ordem jurídica válida, mas injusta, possa prevalecer reivindicando a pretensão de paradigma de pacificação dos conflitos emergentes de determinado espaço social. Contudo, a coexistência entre segurança e justiça não pode restar limitada à exclusiva esfera da intencionalidade. Importa, primordialmente que se explicite: qual seria o vínculo necessário entre segurança e justiça?

É incontroverso que a segurança jurídica, enquanto valor, e enquanto norma, não pode pretender instituir-se, mostrando-se alheia aos reflexos e aos efeitos práticos oriundos de uma idéia de justiça. Contudo, a partir de tal constatação, de imediato impõe-se a indagação relativa ao que se poderia ter como justo. Muitas foram as concepções que pretenderam elucidar tal conteúdo, não se tendo logrado, ainda, a concretização de um conceito universalmente aceito. Ademais, descambar para o intento utópico de construção de um conceito de justiça, mostrar-se-ia, no mínimo, como uma tarefa alheia aos limites da dogmática jurídica, deslocando-se para as teias e para as armadilhas da filosofia, aduzindo-se a isso a circunstância, por demais conhecida, de que, ao empreenderem suas buscas, nem mesmo os seus mais ilustres cultores do Direito a lugar nenhum chegaram.

Diante de tal perplexidade, a idéia de valor assume uma condição mais propícia. Isso porque, em assim procedendo, não se mostraria contraditório assumir-se o conteúdo do princípio de segurança jurídica como um dos elementos da idéia de justiça, enquanto valor. Alerta-se, entretanto, da inviabilidade da construção em reverso, qual seja o conteúdo do princípio de justiça como um dos elementos de conformação da idéia de segurança jurídica. Isso porque sendo a certeza jurídica a materialização do princípio da segurança jurídica conformado pela percepção subjetiva de cada um, estaríamos a gerar a possibilidade do surgimento de conflitos insolúveis, dado que se a cada um fosse assegurado ter como adequado o seu conceito de segurança, a natural

conflituosidade dos interesses individuais, na maioria dos casos, permitiria a invocação de tantos conceitos quantos fossem as partes em dissenso.

Ante tal perspectiva, surge então a necessidade de que se possa identificar os requisitos mínimos e específicos de constituição daquilo que se constitui como segurança jurídica. Nesse sentido, MOTA DE SOUZA explicita que temos duas ordens de requisitos vocacionados a tal explicitação. Tratam-se de exigências de duas índoles distintas, quais sejam: exigências objetivas e exigências subjetivas. As exigências objetivas assumem uma dúplice tipologia, configurando-se como modos de correção de natureza estrutural e de natureza funcional.

A correção estrutural: (...) é tarefa do Legislativo na formulação das normas: a estrutura do ordenamento jurídico.⁵² A correção funcional: (...) está no campo da negociação, da Administração e da Jurisdição, ou seja, no campo particular, na área administrativa (Executivo) e na jurisdicional (Judiciário), respectivamente; refere-se ao cumprimento do Direito por seus destinatários, e em especial pelos órgãos aplicadores ou intérpretes do Direito.⁵³

No que atine às exigências subjetivas, e aqui reside ponto a exigir profunda reflexão, dado envolver critérios informados primacialmente por forte conteúdo de subjetivação, é a garantia estrutural oriunda do sistema legal, encontrada na lei e na sua aplicação, o referencial pressuposto de previsibilidade, na medida em que torne possível aos cidadãos o conhecimento antecipado das conseqüências jurídicas de seus atos. De modo que: No momento em que o sujeito se conscientiza plenamente do que pode fazer, ou não, ele tem a 'certeza do direito'⁵⁴.

Mas se a certeza jurídica, ao final de tudo, decorre da segurança jurídica, em razão da estrutura do ordenamento jurídico na sua funcionalização, vinculando-se, portanto, ao cumprimento do Direito por seus destinatários de modo geral, impõe-se que a idéia de segurança jurídica assuma a conformação de um instituto de múltiplas feições, no fito de impedir que da possibilidade de particularização individualizada de

⁵² MOTA DE SOUZA, C. A. Obra citada, p. 79;

⁵³ MOTA DE SOUZA, C. A. Idem;

⁵⁴ MOTA DE SOUZA, C. A. Idem, ibidem;

seu conteúdo, possibilite-se a escolha da conformação conceitual de tal garantia, conforme o interesse pessoal de quem a venha invocar. Para tanto, mostra-se oportuno que a segurança jurídica possa de ser vista, concomitantemente, como: um princípio; como um valor; e como um direito.

2.4. SEGURANÇA JURÍDICA COMO PRINCÍPIO

A primeira questão que se impõe ao pretender-mos visualizar o instituto da segurança jurídica como princípio, diz respeito à sua própria categorização como tal. Desse modo, impõe-se indagar: de que modo, ou por que forma a segurança jurídica é um princípio?

Como nexos intransponíveis à compreensão do indagado, importa, preliminarmente, que se tenha claro o conteúdo da expressão princípio. NICOLA ABBAGNANO refere, entre outras conceituações, que princípio é o: (...) ponto de partida e fundamento de um processo qualquer.⁵⁵ Já AURÉLIO BUARQUE DE HOLLANDA FERREIRA assevera que princípio é o: (...) momento em que alguma coisa tem origem; origem; começo, causa primária; elemento predominante na constituição de um corpo orgânico; teoria; preceito; estréia; germe ...⁵⁶.

Face tais parâmetros, pouco se esclarece a respeito da idéia da segurança jurídica como princípio, embora possamos vislumbrar elementos indicativos da possibilidade de que a segurança jurídica possa ser vista como tal. Entretanto, não se pode negar que a assunção, por parte da idéia de segurança jurídica, da tonalidade de fundamento e de preceito, em nada conflitaria tal instituto com as normas jurídicas residentes, tanto na Constituição Federal, quanto no demais corpo normativo infraconstitucional.

Diante de tal perspectiva, a idéia de segurança jurídica assumiria, na esteira de tal delimitação, a mera condição de fator de operacionalização para a garantia da

⁵⁵ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*, p. 792;

⁵⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa*, p. 981;

certeza do direito. Assume, portanto, a condição de uma mera estrutura prévia, com natureza de pressuposição de conteúdo explicitante, voltada a compreensão racional do Direito, assumindo as feições de garantia vocacionada à pacificação dos conflitos. Isto, contudo, não gera a garantia de que a segurança jurídica possa mostrar-se como a diretriz capaz de possibilitar uma composição adequada dos conflitos.

Em razão de tais circunstâncias, a segurança jurídica, como valor, deve ser tomada como ponto de partida, como um caminho passível de objetivação, voltada ao fim da pacificação da sociedade, de modo que os contendores possam sentir-se seguros, mesmo sendo protagonistas de um processo marcado pela indeterminação, mas que busca descobrir, entre as múltiplas soluções implícitas que integram a ordem jurídica positivada, a solução para o seu caso concreto através de uma segura escolha de uma solução viável.

Por tal ótica, a indagação que, em seqüência, se apresenta, diz respeito à possibilidade de ser a segurança jurídica um princípio jurídico. Tal questionamento, de início, poderia parecer desnecessário, porquanto sendo a segurança qualificada de jurídica, por decorrência lógica, em sendo-lhe reconhecida a condição de princípio, a sua categorização de princípio jurídico resultaria como fator de mero reconhecimento silogístico. Entretanto, a partir do momento em que se busca junto à dogmática o conceito de princípio jurídico, percebe-se que tal justaposição de raciocínio não se mostra tão evidente, ante à sua multifacetada compreensão.

CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO diz ser princípio jurídico um: (...) mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.⁵⁷ Ora, diante de tal assertiva é de indagar-se: a segurança jurídica é passível de ser entendida como um mandamento nuclear do sistema jurídico brasileiro? Em assim se reconhecendo, o princípio da segurança define a lógica de tal sistema

⁵⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 450;

normativo? E, por fim, o princípio da segurança jurídica dá um sentido harmônico ao ordenamento jurídico brasileiro?

Procedendo-se, tão-somente, por ora, de forma heurística, embora seja necessário reconhecermos a abrangência e a natural indeterminação do conceito, o que lhe gera manifesta imprecisão, não se pode negar, nessa ótica restrita, à segurança jurídica, as feições de um princípio jurídico. Tal conclusão prévia encontra apoio no próprio reconhecimento de tal condição, a partir de uma frágil leitura linear, por parte da própria Constituição Federal, a qual o nomina, por primeiro, sob o prisma de valor (preâmbulo da Constituição Federal), e, por segundo, como elemento conformador dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, da Constituição Federal), permitindo a possibilidade de que assim seja entendido.

Entretanto, a sua intelecção como princípio jurídico, a partir, tão-somente, do pressuposto de que sua conformação como mandamento lógico-racional do sistema normativo, com o poder vitalizador do sistema jurídico, dando-lhe sentido e harmonia, mostra-se, no mínimo, como uma radicalização problemática. Isto porque tal visão resulta ontologicamente estreita, na medida em que visualizar o princípio da segurança jurídica como uma espécie de norma fundamental de legitimação e de fundação original do próprio sistema, capaz de revogar eventuais normas positivas que com ele se mostrassem incompatíveis, não lhe explica, nem lhe explicita a sua própria constituição essencial, legitimando-se a partir de uma mera abstração oriunda da escolha procedida pelo legislador constitucional.

HUMBERTO ÁVILA, por seu turno, assevera que os princípios: (...) são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.⁵⁸ Também aqui se reforça a percepção da segurança jurídica como princípio. Contudo, tal conceituação resulta marcada pelo relevo dado à figura do aplicador, na medida em que, conforme a tonalidade do conceito, submete-se a idéia de segurança jurídica a uma avaliação

⁵⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 119;

prévia entre um conjunto de circunstâncias e os efeitos da adoção de tal princípio a serem sopesados. Tal sopesamento, por óbvio, há de ser procedido pelo aplicador da norma. A idéia de necessidade, por seu turno, decorre de uma opção historicamente situada, o que pode vir a gerar um afastamento estratégico do preceito, com manifesta lesão a intencionalidade do texto constitucional. Para que se visualize tal perplexidade, bastaria que se indagasse, a partir de tal conceituação, quais seriam as justificativas que indicam uma conduta necessária, com força suficiente para legitimar uma avaliação de natureza correlativa.

Embora não se possa negar que, também nesse prisma, a idéia de segurança jurídica assume a condição de princípio, submetê-lo ao pressuposto de uma avaliação por parte de um eventual aplicador da norma, incumbido de proceder à mencionada correlação, mostra-se, de imediato, como circunstância extremamente problemática, já que a necessária valoração de efeitos decorrentes de uma conduta, tida por necessária, resulta no deslocamento da indispensável racionalidade jurídica prática para um particularismo de natureza política, o que pode gerar distorções ideológicas graves ao próprio sistema normativo. Ou seja, a aplicação do princípio poderia restar submetida a uma correlação de forças informadas por fatores alheios ao sistema normativo, mas com forte grau de influência na seleção dos critérios tidos por adequados por parte de tal aplicador e, eventualmente, a quem ele se encontra submetido⁵⁹.

Já ROBERT ALEXY destaca, como ponto decisivo, a necessidade prévia que se diferencie⁶⁰, no âmbito das normas como gênero, as regras dos princípios. A partir de tal diferenciação, deverá restar perfeitamente caracterizado o princípio como um mero mandato de otimização, a ser cumprido a partir de um conjunto de possibilidades demarcadas pela constatação da existência não só de regras, mas de princípios opostos, afirmando que:

⁵⁹ Em países como o Brasil, a força de influência de determinados grupos organizados, mostra-se sempre como uma significativa influência no modo pelo qual a lei é interpretada, o que, por certo, gera compreensões do sentido da lei conforme o interesse de tais grupos;

⁶⁰ Importa destacar que ÁVILA não só reconhece a diferença entre regras e princípios, como realça, no seu trabalho acima referido, tal distinção;

*El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los 'principios' son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son 'mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.'*⁶¹

Na esteira de tal proposição, ROBERT ALEXY aproxima-se mais daquilo que se mostra, sob o prisma de uma visão ônticamente informada, significativamente adequado à configuração da idéia de segurança jurídica como princípio. Isto porque ROBERT ALEXY não lhe limita a compreensão à esfera única do aplicador, aduzindo a tal operação a necessária consideração às possibilidades reais de sua aplicação, adstrito o seu cumprimento a outras esferas além da esfera jurídica tão-somente. Ou seja, ROBERT ALEXY privilegia o sentido empírico e factual da norma a ser aplicada em correlação à norma de sentido oposto, diante do caso concreto. Nessa senda, então, o princípio da segurança jurídica deve ser aplicado em presença de duas possibilidades. A possibilidade real e a possibilidade jurídica.

Como princípio, a segurança jurídica, além de assumir a condição de meio estratégico para a consecução de otimização das soluções normativas vocacionadas à resolução dos conflitos, limita tal ordenação não só à realidade e às possibilidades de tal realidade, mas também às possibilidades de natureza jurídica. Ou seja, não se afasta do jurídico em direção a outros sistemas de regulação, de modo a descaracterizar o próprio princípio, mas, ao mesmo tempo, não desconsidera a necessidade de sua justificação perante o mundo circundante⁶². Constrói-se a segurança jurídica, na visão de ROBERT ALEXY, a partir de um processo dialético.

⁶¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 86;

⁶² "Não assumimos pura e simplesmente comportamentos aprendidos, sejam eles em termos de respeito a normas éticas, sociais ou jurídicas da tradição, mas pedimos a sua justificação. O homem não está diante da "realidade" como consciência "sem mundo", mas se ergue por meio da construção articulada do seu corpo e dos seus instintos herdados sobre um "mundo circundante", o qual ele, ao 'falar', transforma no 'seu mundo', articulado de modo infinitamente mais rico, e que, apesar de tudo, futuramente, o cerca. Dizer que estamos no 'mundo' significa, pois, que estamos situados dentro de uma possibilidade infinitamente atualizável." In: FERRAZ, T. S. Obra citada, p. 4;

Entretanto, não se pode deixar de considerar que, em presença de conflitos emergentes na sociedade, a regulação deverá estar apoiada em regulamentações com força inafastável de obrigação intersubjetiva. Ou seja, os contendores devem ser submetidos por um procedimento que, estrategicamente, seja capaz de compor as posições contraditórias de modo idêntico, sem qualquer espécie de privilégio ou benefício.

A mera oferta de um procedimento de natureza dialética não é capaz de suprir as diferenças existentes entre os litigantes. Portanto, a atuação de cada um dos contendores deve estar submetida a uma força de integração que conduza à pacificação do litígio, observada a mais estrita igualdade. Agregado à primeira condição, o litígio deverá ser deslocado para o interior de um sistema normativo, previamente reconhecido intersubjetivamente pelos litigantes, com força coativa suficiente para submetê-los em um mesmo nível e com as mesmas condições, qual seja um sistema de coação baseado em um direito objetivo. Só assim o princípio da segurança jurídica torna-se viável.

Em razão do acima apontado, percebe-se então que de nada resolve identificar-se a existência, por exemplo, do princípio da prescritibilidade das sanções disciplinares, na esfera do Direito Administrativo, sem que a Administração Pública e o servidor público estejam submetidos a regras jurídicas positivadas.

De outra banda, RONALD DWORKIN manifesta serem princípios: (...) a un estándar que há de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna outra dimensión de la moralidad.⁶³ Assevera, ainda, que a distinção entre princípios jurídicos e normas jurídicas nasce de uma mera distinção lógica, já que diferem na orientação que deles, respectivamente, decorre, posto que as normas, ao contrário dos princípios são aplicadas de forma disjuntiva, enquanto os princípios mostram-se adstritos a uma dimensão de peso e de importância para o caso, dimensão esta a ser identificada pelo aplicador da norma⁶⁴.

⁶³ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 72;

⁶⁴ DWORKIN, R. *Idem*, p. 75;

RONALD DWORKIN, portanto, padece dos mesmos equívocos acima realçados. Desloca o princípio para esfera ética e submete-o a validação subjetiva do aplicador, o qual se mostrara legitimado na medida em que se apóie em paradigmas idealistas, tais como o referido pela expressão: desejável, circunstância esta que poderá ser facilmente manipulada de forma ideológica, face a ambigüidade de tal expressão. Há, em se seguindo tal concepção, portanto, o grave risco de legitimar-se razões fundadas na relativização de conceitos não submetidos a uma crítica intersubjetiva, privilegiando-se interesses individuais em detrimento de um questionamento que faça àquele que invoca tal argumento demonstrar a sustentabilidade de sua posição no âmbito de um ordenamento jurídico situado e submetido a um Estado Democrático de Direito.

Por conseqüência, o centro ético-político a informar a aplicação do princípio da segurança jurídica, deve estar adstrito não somente ao que é desejável, mas fundamentalmente pela comprovação de que tal princípio está a otimizar o que a lei estabelece de forma objetiva. Isto porque:

Uma ordem jurídica não pode limitar-se apenas a garantir que toda pessoa seja reconhecida em seus direitos por todas as demais pessoas; o reconhecimento recíproco dos direitos de cada um por todos os outros deve apoiar-se, além disso, em leis legítimas que garantam a cada um liberdades iguais, de modo que a 'liberdade do arbítrio de cada um possa manter-se junto com a liberdade de todos'.⁶⁵

Ademais, no mesmo sentido do manifestado por HUMBERTO ÁVILA, e por RONALD DWORKIN, vincula-se a idéia de princípio, entre outras circunstâncias, a um ato de vontade do aplicador da norma, associando tal vontade a identificação de uma dimensão de peso e de importância, por tal aplicador atribuídos a norma jurídica a ser aplicada. A partir de tal valoração subjetiva individual, passa esta, a título de princípio, a regular uma situação conflituosa sob o prisma daquilo que seria desejável. Portanto, a idéia de segurança jurídica, também por tal ótica, pode assumir a condição de um princípio jurídico, embora não se possa deixar de alertar para os riscos inerentes a tais

⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, volume I, p. 52;

perspectivas, na medida em que o desejável será o critério diretriz de tal escolha. Ante tal perspectiva é de indagar-se: desejável para quem? E mesmo que se instituem critérios éticos severos, como paradigmas de tal desejo, também há de indagar-se: quem exercerá o controle e a fiscalização de tais critérios. Em sociedades periféricas como é o caso do Brasil, sabe-se que tais controles, dependendo em face de quem serão exercidos, tornam-se de compreensão flexível.

Entretanto, estamos, ainda, sem uma referência pacificadora da indagação ao início proposta, qual seja a de ser, ou de não ser a idéia de segurança jurídica um princípio jurídico. BELADIEZ ROJO pacifica tal dissenso ao afirmar que: *Averiguar cuáles son las ideas esenciales sobre las que se construye un ordenamiento constituye una tarea más propia de filósofos que de juristas; prueba de ello es que la determinación del fundamento del derecho siempre há dependido de las ideas filosóficas de cada momento.*⁶⁶ De tal sorte, para MARGARITA BELADIEZ ROJO, os princípios jurídicos nada mais são do que o indicativo dos valores jurídico-éticos de uma comunidade, constituindo-se na base estrutural sobre a qual se constrói o ordenamento jurídico. Para tanto, explicita que:

*Ciertamente, los principios jurídicos constituyen la base o estructura sobre la que se construye el ordenamiento, pero ello no quiere decir que esta estructura sea idéntica en todos los sectores del mismo. Estas 'bases' del Derecho, pueden tener una naturaleza muy diferente según el sector concreto al que se refieran, siendo en el conjunto de las mismas donde el Derecho se apoya. Por ello, sólo la consideración en su conjunto de los distintos principios jurídicos puede identificarse con 'los soportes estructurales del sistema entero, no siendo predicable, en cambio, de cada uno de los principios que lo integran individualmente considerado. Por estas razones, considero que 'principios jurídicos', 'principio del Derecho' y 'principios generales del Derecho' no son más que expresiones diferente que designan un fenómeno único: los valores jurídico-éticos de una comunidad.*⁶⁷

Mostrando-se como uma das bases estruturais do ordenamento jurídico, parece-nos que a idéia de segurança jurídica, mormente em razão de seu sítio constitucional, não encontra obstáculo a tê-la como um princípio do ordenamento

⁶⁶ BELADIEZ ROJO, Margarita. *Los principios jurídicos*, p 17-18;

⁶⁷ BELADIEZ ROJO, M. Obra citada, p 133;

jurídico brasileiro. Entretanto, tal compreensão, por si só, não se revela suficiente, dado que a pretensão de supervalorar à vontade e a percepção do aplicador da norma, transforma o ditame principiológico num mundo de sombras.

A nosso sentir, contudo, sua viabilidade resulta adequada dentro de limites. Tomando-se em conta, conforme ROBERT ALEXY, o conjunto das possibilidades jurídicas e reais inerentes ao ordenamento jurídico em que devem estar situados, tal concepção deve ser acrescida do entendimento esposado por MARGARITA BELADIEZ ROJO, qual seja a de compreendermos os princípios jurídicos também sob a feição de valores jurídico-éticos de uma comunidade, culminando-se por associar estas duas visões às leis legítimas que garantam a cada um liberdades iguais, de modo que a 'liberdade do arbítrio de cada um possa manter-se junto com a liberdade de todos', na feliz expressão de JÜRGEN HABERMAS, conforme o acima mencionado.

Contudo, o reconhecimento do princípio da segurança jurídica, a partir do texto constitucional, implica a necessidade de sua compreensão também sob outras duas óticas distintas, quais sejam: segurança jurídica como valor, e segurança jurídica como direito.

2.5. SEGURANÇA JURÍDICA COMO VALOR

Diz a Constituição Federal de 1988, em seu preâmbulo que:

*Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir **um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos** sociais e individuais, a liberdade, a **segurança**, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça **como valores supremos** de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.⁶⁸ (grifos nossos).*

⁶⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988, atualizada até a Emenda Constitucional nº 35, de 20.12.2001, 29ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002;

Da leitura do preâmbulo da constituição, percebe-se, de imediato, que tal manifestação corporifica um conjunto de princípios destinados a orientar a compreensão do texto constitucional em si, explicitando as diretrizes básicas da constituição. ALEXANDRE DE MORAES esclarece que:

O preâmbulo de uma Constituição pode ser definido como documento de intenções do diploma, e consiste em uma certidão de origem e legitimidade do novo texto e uma proclamação de princípios que demonstra a ruptura com o ordenamento constitucional anterior e o surgimento jurídico de um novo Estado. É de tradição em nosso Direito Constitucional e nele devem constar os antecedentes e enquadramento histórico da Constituição, bem como suas justificativas e seus grandes objetivos e finalidades.

Embora não faça parte do texto constitucional propriamente dito e, conseqüentemente, não contenha normas constitucionais de valor jurídico autônomo, o preâmbulo não é juridicamente irrelevante, uma vez que deve ser observado como elemento de interpretação e integração dos diversos artigos que lhe seguem.

(...)

O preâmbulo constitui, portanto, um breve prólogo da Constituição e apresenta dois objetivos básicos: explicitar o fundamento da legitimidade da nova ordem constitucional e explicitar as grandes finalidades da nova Constituição.

(...)

O preâmbulo, portanto, por não ser norma constitucional, não poderá prevalecer contra texto expresso da Constituição Federal, nem tampouco poderá ser paradigma comparativo para declaração de inconstitucionalidade; porém, por traçar as diretrizes políticas, filosóficas e ideológicas da Constituição, será uma de suas linhas mestras interpretativas.⁶⁹

Mesmo não se caracterizando como norma constitucional, o preâmbulo formula objetivos, explicita fundamentos e finalidades e traça diretrizes, conforme o acima realçado, permitindo a identificação de uma concepção jurídica superior marcada por forte conteúdo informativo.

Portanto, face tais assertivas grafadas pelo texto constitucional destacado, resulta manifesto que, tanto os direitos, genericamente elencados, quanto a segurança em sua feição de garantia generalizada, são instituídos a partir do pacto constitucional nacional como valores supremos. Entretanto, a só afirmação formal da segurança e dos direitos, na forma das espécies referidas, como valores supremos, muito pouco ou quase nada delimita, já que o texto referido pressupõe uma sociedade ideal,

⁶⁹ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, p. 119;

caracterizada pela fraternidade, pela pluralidade e pela ausência de preconceitos. Ante tal expectativa há de indagar-se: o valor da segurança jurídica decorre de qual substrato?

Conforme explicita CARLOS AURÉLIO MOTA DE SOUZA⁷⁰, a referência constitucional aos valores por ela explicitados é caracterizada por: (...) *tendências axiológicas da Constituição: quando assegura 'valores superiores', a serem entendidos além do que está escrito no texto constitucional, sob o prisma de algo que antecede e transcende o próprio texto, devendo restarem garantidos pela consistência do ordenamento jurídico, enquanto sistema normativo*⁷¹.

Diante de tal referencial de consistência e de normatividade, CARLOS AURÉLIO MOTA DE SOUZA vê no princípio da segurança jurídica três tonalidades distintas, mas visceralmente associadas, na medida em que a reconhece como sendo: um valor-meio, um valor necessário, e um valor adjetivo.

Como valor-meio, diz que a segurança jurídica: (...) *resulta de um conjunto de técnicas normativas dispostas a garantir a completude do sistema; ou seja, o ordenamento jurídico tem, na Segurança, uma autocorreção, um corretivo dele próprio, como 'meios predispostos para assegurar a observância, e, portanto, a conservação de um determinado ordenamento constitucional'*.⁷²

Como valor necessário, a segurança jurídica assume a condição de pressuposto para: (...) *a atuação dos valores que o ordenamento jurídico pretenda realizar, em maior ou menor grau...*⁷³

E, por fim, como valor adjetivo, na relação com os demais valores mencionados pela Constituição, assevera que, sendo os demais valores identificados com condutas e normas também valiosas, a segurança de sua realização decorre da sua qualidade de

⁷⁰ MOTA DE SOUZA, C. A. Obra citada, p. 83;

⁷¹ MOTA DE SOUZA, C. A. Idem, p. 84;

⁷² MOTA DE SOUZA, C. A. Idem, ibidem;

⁷³ MOTA DE SOUZA, C. A. Idem, ibidem;

também gerarem segurança.⁷⁴ Identifica no valor segurança, portanto, um sentido auto-reflexivo.

Vê-se, então, que o princípio da segurança jurídica assume a condição de um referencial de múltipla textura. Por primeiro, mostra a feição de uma referência de conteúdo prático, auto-ajustada primordialmente ao sistema normativo constitucional. Por segundo, assume, também, uma condição de necessidade, a título de pressuposto de efetivação de si próprio, corporificando, por decorrência, uma postura autoreflexiva, da qual emanam efeitos em relação aos demais valores constitucionais, como também em relação ao conjunto normativo que integra o sistema jurídico nacional. E, por último, assume um conteúdo de integração aos demais valores, visando atribuir-lhes um sentido de natureza compartilhada de sua própria essência (segurança), de molde a matizar todo o sistema com o conteúdo de uma segurança em-si. Tal segurança em-si, entretanto, não pode ser vista como uma mera ontologização de um conceito, sob pena de transformar-se em mera referência de estrito cunho formal, desprovida de qualquer efetividade.

Desse modo, essa segurança em-si passa e deve ser vista como a radicalização oriunda do princípio que ela própria conforma, instituindo-se pela possibilidade permanente de sua *materialização* em seu valor e na sua validade. Ou seja, na medida em que o princípio torna-se presente, resulta afastada a possibilidade de arbítrio. Portanto, vincular o princípio da segurança jurídica a uma avaliação subjetiva de um eventual aplicador, ou ao ambíguo conceito de deseabilidade, caracterizam-se como posturas de cunho fortemente reducionistas, capazes de impedir a materialização do princípio na sua indispensável transcendentalidade.

Por tais circunstâncias, o princípio da segurança jurídica assume a condição de substância originária e originante, no âmbito do sistema constitucional, mas que, por si só, nada resolve ou impõe. Tão-somente propõe. Falta-lhe, por conseqüência, para o efeito de assegurar-lhe um mínimo de concretude, identificar-se a existência, ou não, de um sentido capaz de atribuir-lhe um significante com força suficiente para sustentar a sua efetividade. Surge o impasse entre valor e sentido. Tal impasse só poderá restar

⁷⁴ MOTA DE SOUZA, C. A. Idem, ibidem;

dissolvido na medida em que se estabeleça um diálogo homólogo entre os partícipes de todos os eventuais conflitos, na singularidade de cada situação, de modo a construir-se, a partir do princípio da segurança jurídica, uma solução fundada no mútuo entendimento.

Ademais, diante de tal impasse há de indagar-se: valor e sentido põe-se em que espécie de relação? Caso admitíssemos a possibilidade de mostrarem-se excludentes, gerar-se-ia o paradoxo de uma contradição insuperável, na medida em que estaríamos a reconhecer a existência da segurança jurídica como valor, mas, ao mesmo tempo sem atribuir-lhe nenhum sentido.

Ora, ante a inexistência de um sentido prático, acarretaria tal pré-compreensão, inexoravelmente, a dissolução do próprio sistema pela inaplicabilidade prática do preceito, dado ser logicamente impossível imaginar-se um sistema jurídico caracterizado pela insegurança. Por tais circunstâncias, a controvérsia há de assumir a conformação de uma tarefa de natureza e vocação pragmáticas, marcada por uma busca séria de justificação da segurança jurídica como valor gerador de sentido prático e concreto do próprio sistema jurídico em-si.

Por isso, num primeiro passo de tal tarefa de elucidação, há de ter-se redobrado cuidado em presença de singularidades agregadas numa associação de complementaridade, com pretensão de prevalência para a solução de conflitos. A partir de tais limites, correr-se-ia o risco de que, num processo autofágico, um sentido venha a preponderar em relação a outros, a partir de escolhas marcadas por estrita subjetivação, acabando, em conseqüência, por esvaziar alguns de seus conteúdos possíveis. Tal esvaziamento decorre da impossibilidade concreta de imunização a qualquer ideologia que se venha postar como vitoriosa, o que acabaria por inviabilizar o princípio da segurança jurídica na sua própria singularidade, dissolvendo-o na incerteza de sua conformação, a partir de interesses dissonantes. Em tais circunstâncias, portanto, o princípio da segurança jurídica assumiria a mera condição de simulacro para o efeito de legitimar, até mesmo, uma ordem de natureza antidemocrática.

Firmado o impasse, nos parece que só a partir da identificação e da delimitação de conceitos prévios de valor e de sentido, numa ótica pragmática, é que poderíamos

construir uma inteligência consistente com o texto constitucional do qual tais referenciais foram extraídos.

Até porque, muitas seriam as vertentes capazes de instrumentalizar um projeto de desvelamento dos conteúdos adequados à delimitação de conceitos prévios de valor e de sentido, e isto, por certo, nos levaria a um beco sem saída. Por isto, escolhida uma orientação de justificação teórica, não se atina por quais critérios poder-se-ia questioná-la, na medida em que a validade de tal orientação estaria situada num espaço ilimitado de opções, bastando, para tanto, que assumisse um mero compromisso formal de acatar os demais valores constitucionais e, em especial, o princípio democrático. Ou seja, construir-se-ia uma autojustificação fundada em meras percepções subjetivadas para eleição de um *critério melhor*, o que, por si só, demonstra a absoluta ausência de legitimidade de tal via.

Nesse passo que surge a concepção de EROS ROBERTO GRAU, como via possível de receber o acatamento de variável passível de universalização no estrito espaço do aqui problematizado. Conforme tal jurista, há a: *necessidade de um 'retorno à moralidade', de uma 'eticização do direito'*,⁷⁵. Contudo, ante a inexistência de uma ética que possa ser universalizada, em razão da multiplicidade de particularismos na compreensão e na percepção de tal fenômeno humano, poder-se-ia reconhecer na *ética dos princípios jurídicos* o conteúdo adequado das formas jurídicas⁷⁶

Entretanto, a simples escolha de uma ética de princípios, por si só, nada resolve, ante a ausência de um solo adequado à sua sedimentação, podendo dar causa à sua diluição como critério, ante a singela inexistência de um mínimo de operacionalidade de tal opção. Ante tal perspectiva, surge a concepção do discurso jurídico como espaço mediador dos conflitos, plasmado por *uma lógica operativa que conduz: "(...) por força de seus pressupostos, à questão do comportamento recíproco e correto dos "jogadores"*⁷⁷.

⁷⁵ GRAU, E. R. Obra citada, p. 77;

⁷⁶ GRAU, E. R., Idem, p. 78;

⁷⁷ FERRAZ JR, T. S. Obra citada, p. X;

Importa destacar que o discurso jurídico, para o efeito de possibilitar a efetivação de qualquer conteúdo de natureza ética, há de mostrar-se, antes de mais nada, como um discurso racional e imparcial, marcado por forte *distanciamento* dos interesses em conflito, de modo que:

A racionalidade do discurso jurídico não se localizaria nem nas soluções visadas (racionalidade dos "fins" da ação), nem na programação monológica dos "meios" (racionalidade formal dos instrumentos), mas no tratamento dialógico das alternativas, caso em que temos um discurso que não se estrutura a partir de asserções 'certas', na forma de regras e exceções, mas a partir de asserções 'dúbias', que permitem apenas uma constância de problemas e uma necessidade de decisões, quando esses problemas constituem conflitos. Vale dizer, um discurso que manipula, em princípio, não "formas" (fixas, essenciais) e "matérias" (variáveis, contingentes), nem mesmo "premissas" que ocorrem sempre, como componentes estruturais do decurso do discurso, mas uma correlação funcional de questões e soluções de questões.⁷⁸

Desse modo, a partir de tal concepção, a perplexidade inicial resta ultrapassada. A explicitação dos sentidos para a convocação de valores vocacionados à fundamentação dos juízos jurídicos é incorporada, a partir de um discurso jurídico racional, aos princípios jurídicos, já que: (...) *a validade jurídica do juízo tem o sentido 'deontológico' de um comando, e não o sentido teleológico do que podemos alcançar sob dadas circunstâncias no horizonte de nosso desejos;*⁷⁹ Isto porque os: (...) princípios são dotados de sentido deontológico; já os valores são dotados de significado teleológico⁸⁰.

Sendo assim, o princípio da segurança jurídica há de ser lido a partir de uma lógica dos princípios jurídicos havidos como receptáculos de uma ética estruturada pelo sistema constitucional brasileiro, no qual se situa o conteúdo de conformação necessária à realização de uma justiça material, assegurada pela garantia de um diálogo entre as eventuais partes em conflito, impedindo-se que, por múltiplas circunstâncias possíveis, resulte privilegiado algum dos partícipes da discussão. O próprio conceito de interesse público há de ser relido a partir de tal prisma. Na mesma

⁷⁸ FERRAZ JR, T. S. Obra citada, p. 174;

⁷⁹ GRAU, E. R. Obra citada, p. 79;

⁸⁰ GRAU, E. R., Idem, ibidem, p. 78;

senda, a compreensão do fenômeno jurídico designado por prescrição administrativa também há de ser compreendido a partir de tal referencial.

O princípio da segurança jurídica, como valor, assume, portanto, a condição de invólucro de uma ética constitucionalmente construída. Tal ética, por seu turno, assume a condição de regra prática a ser construída a partir do texto constitucional, aplicando-se a partir de um discurso jurídico racional e dialógico, submetido, entre outras, à regra do dever de prova, como centro ético-lógico⁸¹ da discussão, na medida em que: se é assegurado ao partícipe dizer algo no arrimo de sua pretensão, de imediato surge-lhe o dever de provar que o que diz não se mostra dissonante do sistema estruturado pelo ordenamento jurídico positivo e, primordialmente, pela matriz constitucional.

Mas há de ter-se em conta que o princípio da segurança jurídica, como valor, constrói-se a partir da sua inserção na ordem jurídica, não de forma isolada, mas junto a outros valores, entre os quais o da justiça. A partir de tal somatório, tais valores passam a integrar o sistema jurídico na sua composição essencial, culminando pelo múnus de constituírem-se em legitimadores do Estado Democrático de Direito e da própria ordem constitucional. Tanto é assim que, no dizer de LUÍS ROBERTO BARROSO:

Num Estado Democrático de Direito, a ordem jurídica gravita em torno de dois valores essenciais: a segurança e a justiça, tanto material como formal, prevêm-se diferentes mecanismos, que vão da redistribuição de riquezas ao asseguramento do devido processo legal. É para promovê-la que se defende a supremacia da Constituição, o acesso ao Judiciário, o respeito a princípios como os da isonomia e o da retroação da norma punitiva mais benéfica.

A segurança, por sua vez, encerra valores e bens jurídicos que não se esgotam na mera preservação da integridade física do Estado e das pessoas. Abrigam-se em seu conteúdo, ao contrário, conceitos fundamentais da vida civilizada, como a continuidade das normas jurídicas, a estabilidade das situações constituídas e a certeza jurídica que se estabelece sobre situações anteriormente controvertidas.⁸²

⁸¹ FERRAZ JR, T. S. Obra citada, p. 8;

⁸² BARROSO, Luís Roberto. *Prescrição administrativa: autonomia do direito administrativo e inaplicabilidade da regra geral do código civil*, p. 116;

Nessa senda, resulta impossível que se possa conceber uma ordem jurídica desprovida da diretriz valorativa emanada do princípio da segurança jurídica, mormente pela circunstância de que, se no deslinde dos conflitos conformados entre particulares, no âmbito de regulação privada, tal preceito resulta inafastável, muito mais importante se mostra a sua presença em face de litígios nos quais a Administração Pública é uma das partes em confronto.

2.6. SEGURANÇA JURÍDICA COMO DIREITO

É, também, a partir da Constituição Federal que se poderá, de início, compreender-se o estatuto do princípio da segurança jurídica sob o prisma da segurança como direito. Contudo, tal constatação implica que se identifique, por primeiro, a natureza de tal direito.

Não parece haver dúvidas de que tal direito é, não só por expressa cristalização constitucional, mas, fundamentalmente, pela natureza e extensão de sua esfera de regulação, um direito fundamental. Mas o que é um direito fundamental?

Partindo da lição de Carl Schmitt, BONAVIDES explicita que os direitos fundamentais, de início, identificam-se com todos:

(...) os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional.⁸³ [...] os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são 'imutáveis (unabänderliche)' ou pelo menos de mudança 'dificultada' (erschwert)', a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição⁸⁴. [...] do ponto de vista material, os direitos fundamentais, segundo Schmitt, variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra. Em suma, cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos.⁸⁵

⁸³ BONAVIDES, Paulo. Obra citada, p. 515;

⁸⁴ BONAVIDES, P., Idem, ibidem;

⁸⁵ BONAVIDES, P., Idem, ibidem;

Tratam-se, portanto, de direitos que assumem feições diferenciadas no âmbito de sua construção formal, estando diretamente associados ao texto constitucional e à sua ideologia.

Ora, tomando-se em conta, por primeiro, que o princípio da segurança jurídica integra o rol dos valores supremos que compõe um Estado Democrático, sendo critério de localização elevada e, ao contrário dos direitos fundamentais em-si, assumindo natureza imutável — salvo em caso desaparecimento do próprio Estado Democrático de Direito, não resulta difícil identificar-se-o, também, como direito fundamental.

Contudo, tal exercício anteriormente levado a cabo, mostra-se desnecessário, na medida em que o art. 5º Da Constituição Federal reconhece, de forma explícita, o princípio da segurança jurídica como uma garantia fundamental.

Mas é José Afonso da Silva quem, numa visão de conteúdo marcada mais pela percepção de tais direitos na ótica do indivíduo e não do sistema em si, esclarece que:

'Direitos fundamentais do homem [...] além de referir-se a princípios que resumem a concepção de mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, 'no nível do direito positivo', aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo 'fundamentais' acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais 'do homem' no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do 'homem', não como o macho da espécie, mas no sentido de 'pessoa humana'. 'Direitos fundamentais do homem' significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos humanos fundamentais.⁸⁶

Do já examinado, resta consolidado que, ao início, o princípio da segurança jurídica constrói-se sob o solo de uma ética instituída pelo sistema constitucional brasileiro, visando, primacialmente, a realização de uma justiça material. Ante tal circunstância, contudo, criar-se-ia um vazio, na medida em que a segurança jurídica, não mais como princípio, mas como direito, não resultasse explicitado de molde a permitir a concretização de seu sentido prático. De tal sorte, corre-se o risco de que por tal prisma acabaríamos por mantê-lo e reconhecê-lo em sua mera feição de idealidade,

⁸⁶ SILVA, José Afonso da. Obra citada, p. 159;

limitando-se a ser, tão-somente, formalmente reconhecido, mas concreta e materialmente não efetivado.

Da leitura do texto constitucional, bem como a partir de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico nacional, verifica-se que tal não sucede. Nesse desiderato, CARLOS AURÉLIO MOTA DE SOUZA esclarece e identifica a segurança jurídica como direito, visualizando à sua formulação em três feições específicas. A segurança jurídica na feição de garantia, a segurança jurídica com feição de tutela, e a segurança jurídica com feições de proteção⁸⁷.

Como garantia, mostra-se a segurança jurídica através de um conjunto sistemático de normas de proteção social, política e jurídica, mediante: (...) *imposições, positivas ou negativas, aos órgãos do Poder Público, limitativas de sua conduta, para assegurar a observância ou, no caso de violação, a reintegração dos direitos fundamentais.*⁸⁸

No que atine à percepção de sua formulação enquanto tutela, a segurança jurídica concretiza-se a partir de:

*(...) normas constitucionais que conferem, aos titulares dos direitos fundamentais, meios, técnicas, instrumentos ou procedimentos para impor o respeito e a exigibilidade de seus direitos. [...] não são um fim em si mesmas, mas instrumentos para a tutela de um direito principal. [...] são instrumentais, porque servem de meio de obtenção das vantagens e benefícios decorrentes dos direitos que visam garantir. [...] são autênticos 'direitos públicos subjetivos', no sentido da doutrina clássica, porque, efetivamente, são concedidos pelas normas jurídicas constitucionais aos particulares para exigir o respeito, a observância, o cumprimento dos direitos fundamentais em concreto, importando, aí sim, imposições ao Poder Público de atuações ou vedações destinadas a fazer valer os direitos garantidos.*⁸⁹

Por fim, surge a segurança jurídica, em nível de direito fundamental, como segurança de proteção específica, na medida em que delimita, entre outros, por exemplo: a proteção ao consumidor (arts. 5º, inc. XXXII; 170, inc. V, da CF); ao meio ambiente (arts. 170, inc. VI; 225, *caput*, da CF); à família (art. 226, *caput*, da CF); à

⁸⁷ MOTA DE SOUZA, C. A. Obra citada, p. 85;

⁸⁸ SILVA, J. A. da, Obra citada, p. 168;

⁸⁹ SILVA, J. A. da. *Idem*, p. 169;

criança e ao adolescente (art. 227, *caput*, da CF); ao idoso (art. 230, *caput*, da CF), e outros grupos, bens e interesses explicitados pelo texto constitucional. Há aqui, portanto, a indicação dos caminhos necessários à positivação material da segurança jurídica, formalizada através de regras vigentes e passíveis de assegurar sentido prático e objetivo a tal princípio, sempre, por óbvio, nos termos e na forma da lei.

Por evidente, não se pode deixar de perceber que de tal conjunto de normas institui-se, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, como uma forma de estabilidade, estruturalmente consolidada mediante direitos explicitados por positivação, um sentido concreto de segurança, a qual, no caso, possui a especificidade de ser jurídica.

Daí porque se mostra oportuno destacar o proclamado por CARLOS AURÉLIO MOTA DE SOUZA, no sentido de que não se institua uma tendência de natureza negativa para o efeito de situar: (...) *no mesmo plano, sem ordem sistemática ou de preferência, 'o todo' (segurança jurídica como totalidade) com as 'partes' (distintas manifestações de segurança: legalidade, hierarquia normativa, irretroatividade, publicidade, responsabilidade, proibição da arbitrariedade, etc).*⁹⁰, o que caracterizaria evidente e inadequada assimetria. Portanto, em presença de tal desconformidade, há de ser buscada uma solução a partir de uma visão que promova a compreensão pragmática do fenômeno jurídico, a qual deverá instrumentalizar-se a partir de um agir reflexivo gerador de um questionamento crítico, para que só a partir de tal sítio possamos obter a justificação das assertivas em conflito.

Para tanto, a via pragmática há de consolidar-se, entre outros aspectos, como um caminho que põe à prova a sustentabilidade de cada asserção, delimitando a esfera de cada interesse, cuja pretensão deverá sempre ser fundamentada no ordenamento jurídico positivado. Ou seja, a segurança jurídica será instaurada a partir de um discurso informado por um paradigma procedimentalista de natureza jurídica, permitindo a consolidação de uma auto-compreensão prático-moral apoiada na Constituição Federal e no conjunto de regulação infra-constitucional vigente.

⁹⁰ MOTA DE SOUZA, C. A. Obra citada, p. 88;

Nesse sentido, a partir das referências concretizadas pelo ordenamento jurídico, exsurgirá uma ordem seletiva e dimensionada em estamentos normativos situados no âmbito de uma estruturação formal. A partir de tal estruturação dinâmica, torna-se então permanentemente possível fazer migrar, para cada conflito pontualmente considerado, a estrutura de ordenação da própria regulação convocada. Desse modo, tal estruturação ordenada e voltada a uma pretensão de adequação à construção da solução idealmente pretendida, dará causa, entre outros efeitos, à segurança jurídica em sua feição concreta.

Desse modo, erige-se a segurança jurídica como um direito, não só a partir de sua associação visceral com o texto constitucional, em seu conteúdo e em sua ideologia, mas como meio de consolidação do ordenamento jurídico como um todo. Isto porque a segurança jurídica visa assegurar, de forma concreta, o reconhecimento de uma ética instituída pelo próprio sistema, de modo que o próprio ordenamento jurídico positivado seja substancialmente apto a realizar uma justiça material. Portanto, a partir de tais parâmetros normativos, a segurança jurídica não só passa a representar, mas assume a condição efetiva de garantia, de proteção e de tutela.

Tanto é assim que, no âmbito do Direito Público, como de resto na esfera do Direito Privado, a segurança jurídica, como direito, haverá de consolidar-se pela conjugação harmoniosa das regras e princípios constitucionais com a demais estrutura normativa infra-constitucional específica à disciplina de cada caso concreto. A partir de tal referencial, por força de uma dinâmica com capacidade de fazer migrar, para cada conflito pontualmente considerado, a estrutura de ordenação da própria regulação convocada, possibilitar-se-á a construção da solução idealmente pretendida, dando causa, entre outros efeitos, à segurança jurídica em sua feição concreta.

3. OS SENTIDOS DE TRANSCENDÊNCIA

3.1. PRESCRIÇÃO E VALOR JURÍDICO

A primeira indagação que se mostra necessária, diz respeito à própria idéia de prescrição enquanto valor. De tal sorte, caso se admita a premissa de que a prescrição é um valor, há de indagar-se que valor seria esse? Nessa senda, diz JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO⁹¹ que:

A cultura surge-nos como realização de valores. O direito, realidade cultural, é necessariamente sensível aos valores. Como? Alguns afirmam mesmo um valor “direito”, mas não é muito fácil perceber esta metamorfose dum ser, normativo embora, em valor.

Ficamos portanto nas posições correntes: há valores próprios do direito. E com isso reencontramos a doutrina tradicional, que atribuía ao direito a função de realizar a justiça e a segurança. Aqui temos dois valores jurídicos.

Diante de tal perspectiva há de indagar-se se a prescrição é um valor do direito. Sendo valor jurídico, impõe-se perceber como ele se mostra ou atua, no âmbito de algo que assume a condição de valor.

Partindo-se do *locus* em que se situa o fenômeno prescritivo, tem-se, como primeira constatação, que a prescrição é instituto incrustado na esfera da ordem jurídica. De tal sorte, torna-se admissível que, em se tratando de instituto jurídico associado à ordem, o valor que de imediato se mostra resulta compatível com a idéia de segurança, a qual conduz, por decorrência de sua própria natureza, à condição de possibilitadora da pacificação de eventuais conflitos a serem submetidos ao Direito. Isso porque na desordem não há segurança.

De tal sorte que IRINEU PAZ DE LIMA⁹² assevera que:

⁹¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: Introdução e Teoria Geral, Uma Perspectiva Luso-Brasileira*, p. 186;

⁹² LIMA, Irineu Paz de. *A prescrição no direito administrativo*, p. 183;

Na busca da preservação dos valores jurídicos e da paz social, emerge com enorme importância o instituto da prescrição, como meio de impedir que controvérsias jurídicas entre o Estado e os particulares, e/ou seus agentes, fiquem para sempre em aberto. Assim, tem-se na estabilização das relações jurídicas entre os administrados e o Poder Público, e entre este e os seus servidores, a justificativa da necessidade da existência do Instituto da Prescrição no Direito Administrativo, mais conhecida na doutrina como Prescrição Administrativa, com vistas à manutenção da segurança jurídica na realização dos atos que os envolvam.

Assim resulta inequívoca a possibilidade de que se admita que a prescrição é um valor jurídico, na medida em que este valor está situado numa ordem, ordem esta que assume a função de garantir a segurança. Tal segurança, por seu turno, numa relação de reciprocidade, está, em decorrência da própria ordem estatuída, limitada, ao que, em razão da natureza essencial de fenômeno prescricional estar situado no tempo, conjuga tal circunstância temporal ao anseio da garantia por segurança, possibilitando então a estabilização dos conflitos. Por decorrência, em razão da estabilização dos conflitos, impede-se a manutenção de um temor permanente decorrente da incerteza das situações conflituosas não pacificadas.

Tanto é assim que a indesejada perspectiva da manutenção de uma situação de instabilidade, decorrente de qualquer conflito não pacificado, pode então ser afastada pela prescrição. O advento do fenômeno extintivo dá ao administrado e à própria Administração Pública, a certeza de não mais temer tal instabilidade. Por conseqüência, não mais se mostra presente a possibilidade da manutenção ilimitada do conflito, o que, até o advento da prescrição, configurava o que se temia. Em razão de tais circunstâncias, portanto, no âmbito da necessidade de uma sociedade confiante e segura, a prescrição administrativa se mostra como um valor jurídico.

3.2. PRESCRIÇÃO E SACRIFÍCIO EM FAVOR DA ORDEM JURÍDICA

Admitida a idéia de prescrição como valor jurídico, nos termos do já realçado acima, há de indagar-se da possibilidade de que o fenômeno prescricional, mormente em razão de sua natureza de conteúdo extintivo de pretensões juridicamente relevantes, possa caracterizar um sacrifício.

Tal perspectiva de sacrifício, de início, decorre da idéia de que a extinção, entre as suas possibilidades essenciais de resultado no mundo vivido, pode gerar a supressão de algo. Ora, essa supressão estando situada no âmbito de uma relação de conteúdo concomitantemente co-respectivo, poderá gerar um prejuízo a ser suportado por alguém, com o concomitante surgimento de um benefício a outrem. Em razão de tal conseqüência, àquele que, por decorrência do fenômeno prescritivo, acaba por ser privado de um bem que até então integrava o seu patrimônio pessoal, assume, por conseqüência, a condição de sacrificado.

Compulsando-se a significação de sacrifício, encontramos que sacrifício é: *Sacrifício, s.m. Oferta solene à divindade, em vítimas ou donativos; imolação de vítima em holocausto; a morte de Cristo; a missa, privação de coisa apreciada; renúncia em favor de outrem; abnegação; santo — : o sacrifício da missa.*⁹³

Independentemente do fato de que tal idéia está mais associada a uma matriz temática de sentido religioso do que jurídico tal concepção, qual seja de um sacrifício, não se mostra desprovida de razoabilidade, porquanto a idéia de perda não se mostra alheia ao mundo das relações disciplinadas pelo Direito. Tanto é assim que tal circunstância recebe reconhecimento doutrinário por parte daqueles que estruturam cientificamente a Ciência Jurídica.

Ante tal perspectiva, não se mostra difícil que se identifique e reconheça a presença de tal temática no momento em que se passa a estudar o fenômeno da prescrição. Tal reconhecimento de um sacrifício assume possibilidade de existência quando é associado à supressão do direito de ação ao decurso do tempo, em razão da inércia do titular do direito material em questão. A partir daí, configurando-se, nesse limite temporal, como modo possível por incidência de força havida por natural, a perda de um direito. Ou seja, da conjugação do decorrer do tempo em concomitância com a inércia de um titular de um determinado direito, a prerrogativa de defesa ou de garantia de uma pretensão juridicamente qualificada é sacrificada.

Nesse sentido, diz IRINEU PAZ DE LIMA⁹⁴ que:

⁹³ FERREIRA, A. B. de H. Obra citada, p. 1078;

⁹⁴ LIMA, Irineu Paz de. Obra citada, p. 184;

*O instituto da prescrição está intimamente ligado ao fator tempo, pois o decurso deste exerce importante influência sobre o mundo jurídico, razão maior para entender o fenômeno como evento natural, que faz nascer ou desaparecer relações jurídicas. Assim se configura como fato jurídico em que se adquire ou se extingue direito subjetivo, em virtude do fluxo de tempo e da inércia do seu titular. **Logo a prescrição importa em sacrifício em favor da ordem jurídica**, em face da necessidade de dar-se segurança às relações jurídicas, pois, do contrário, estas seriam inseguras e impossíveis de realização, se em qualquer tempo fosse lícito discutir fatos ou atos ocorridos ao longo dos anos. (grifos nossos)*

Contudo, esse sacrifício não se mostra de extensão ilimitada. Há de garantir-se a preservação de uma proporcionalidade, porquanto o eventual sacrifício de um direito, ou do próprio exercício da liberdade plena do indivíduo, na titularidade de seus interesses, exige um limite. Tal limite, portanto, é estabelecido pela ordem jurídica.

Desse modo, tal limite oriundo da ordem jurídica só pode ser estabelecido a partir de um princípio de proporcionalidade, de modo que assuma a condição de instrumento capaz de disciplinar eventual sacrifício, tomando em conta todas as circunstâncias que envolvem cada caso concreto. Ou seja, a proporção exigida há de estar singularmente modulada pelas próprias circunstâncias em que se haverá de reconhecer a existência do limite. Ademais, o limite não poderá decorrer de uma perspectiva unilateral, mas sim a partir de um conjunto de peculiaridades inerentes ao próprio conflito e às pessoas que o integram.

Tal proporção assume então a condição de um mecanismo associado à estrutura fundamental do Direito, atuando, primordialmente, como uma referência marcada pelos matizes de vocação hermenêutica. No âmbito do Direito Administrativo, o exercício de tal proporcionalidade deverá visar, no fito de temperar a atuação da Administração Pública, como também no que se refere à inafastável garantia de direitos individuais titulados pelos administrados, a busca de um equilíbrio na solução do conflito instaurado, assegurando-se, acima de qualquer outra circunstância, que Administração e o administrado só possam agir nos contornos da ordem jurídica.

Tal perspectiva é instaurada, portanto, a partir de uma percepção marcada pelo reconhecimento da necessidade de que o sacrifício a ser exigido de uma, ou de ambas às partes em conflito, esteja informado por um critério de equilíbrio, tomando-se, fundamentalmente, em conta, a idéia de proporcionalidade. Tal proporcionalidade,

portanto, assume a condição de critério de mediação e de harmonização dos valores jurídicos em contraste, sob as feições de um agir interpretativo restrito, qual seja, nos estritos confins delimitados pelo conteúdo da controvérsia. Tanto é assim que MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI⁹⁵ preleciona aduzindo que:

Ademais, o princípio da proporcionalidade assim como o da razoabilidade possuem natureza instrumental, na medida em que são eles os critérios essenciais para a orquestração dos princípios e regras do sistema jurídico, com vista à harmonia das normas de determinado ordenamento normativo. A aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, portanto, não se restringe à atividade administrativa, funcionando com critério essencial de hermenêutica.

Por isso a idéia de sacrifício de direito titulado pela Administração Pública ou pelo administrado, por força da prescrição, não se mostra inadequada ou desprovida de sentido. Embora por força de tal instituto extintivo o direito não reste eliminado, a ação que possa, eventualmente, garantir-lhe o exercício é suprimida, sacrificando-se portanto, por via mediata o próprio direito. Nisso se localizaria, por consequência, a idéia de sacrifício, em favor, primordialmente, da ordem jurídica.

Tal compreensão resulta relevante, porquanto a idéia de perda sempre mostrou-se, em sua associação direta ao ser humano, como algo passível de um sentimento de dor ou de perplexidade. No caso da prescrição administrativa, embora tal fenômeno decorra da ordem jurídica instaurada como garantia, indubitavelmente o fato do administrado, primordialmente, ver-se privado de mecanismo para a defesa de seus interesses, assume a condição de supressão de prerrogativa que, tão-somente por estar apoiada no ordenamento jurídico possível, passa a ser tolerada.

3.3. PRESCRIÇÃO COMO GARANTIA CRIADA PELA ORDEM JURÍDICA

Sendo a prescrição um valor que importa em um sacrifício em favor da ordem jurídica, face à necessidade de dar-se segurança às relações jurídicas, configurando-se, na sua generalidade, como a perda de um direito de ação atribuída a um titular, em

⁹⁵ BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. *Princípios de direito administrativo brasileiro*, p. 174;

verdade, também, caracteriza-se como um fato que saneia as situações conflituosas instauradas no seio da sociedade. Erige-se, portanto, como uma garantia.

Por força do fenômeno prescricional, a situação de conflito vê-se atingida, não se mostrando mais possível a manutenção do estado de beligerância que ela qualifica e alimenta, forçando-se, portanto, o restabelecimento da paz social e, de certo modo, da segurança jurídica necessária à dinâmica quotidiana inerente à via dos grupamentos sociais.

No caso da prescrição administrativa não é diverso. Dá-se o mesmo efeito de feições pacificadoras, na medida em que ao impedir aos interessados de perpetuarem a sua dissensão, limita-lhes, de forma definitiva, a sua atuação, alcançando-se um estado de equilíbrio, no âmbito das relações jurídicas de natureza intersubjetiva. Desse modo: (...) *o fenômeno da prescrição administrativa produz fato sanatório capaz de impedir a correção administrativa de atos, a formulação de pedidos ou interposição de recurso e o exercício do poder de punir, após o decurso do tempo fixado pela norma atinente, deixando os interessados despojados do direito de agir, (...)*⁹⁶.

Desse modo, a prescrição agora já não mais percebida a partir de uma compreensão lastreada num possível *sentido* natural, porquanto situado numa esfera de identificação marcadamente psíquica, como se dá na sua percepção como um sacrifício, mas num sentido técnico-jurídico, atinge não só o direito de recorrer de decisões administrativas, mas também de buscar, na via judicial, a garantia de exercício de uma determinada prerrogativa ou interesse. Ou seja, consolida-se a partir de um referencial concreto, material, conformado pelo Direito positivado.

Ora, tais feições decorrem da circunstância de que a prescrição é instituto de ordem pública, não podendo, em tese, a Administração Pública deferir ou indeferir algum pedido ofertado após o esgotamento do prazo firmado na lei. Tal conduta estaria a agredir a ordem jurídica. Ou seja, cria-se, a partir da idéia de prescrição como garantia da ordem jurídica, um sentido de estabilidade e de segurança garantidores das

⁹⁶ LIMA, I. P. de. Obra citada, p. 187;

relações jurídicas, gerando-se um efeito capaz de propiciar a paz social. Tal circunstância ocorre, primordialmente, porque, no dizer de CAIO TÁCITO⁹⁷:

A ordem jurídica contempla entre seus pressupostos, a par da busca de justiça e da eqüidade, os princípios da estabilidade e da segurança. O efeito do decurso de tempo como fator de paz social, tranqüilizando as relações jurídicas pendentes, conduz a que — salvo direitos imperecíveis por sua própria natureza, como os da personalidade — as pretensões (e, por via de conseqüência as ações em que elas se possam exercitar) tenham de regra, um limite temporal de exercício.

Portanto, a prescrição e, também, a prescrição administrativa, visam a estabilidade e a segurança das relações sociais, produzindo, por conseqüência, efeitos tranqüilizadores das relações jurídicas, ante ao limite temporal que estatuem para o efeito das formulações das pretensões havidas por adequadas, tanto no que se refere ao administrado, quanto também em relação à Administração Pública.

3.4. PRESCRIÇÃO COMO PRINCÍPIO INFORMADOR DO ORDENAMENTO JURÍDICO

O fato de estar inserida no bojo do ordenamento jurídico, não assegura à prescrição uma condição de instituto inerte, exigindo-se sempre à sua atuação a presença imediata de um conflito e a pretensão de sua solução, nos termos do consagrado por um determinado sistema jurídico positivo. Assume a prescrição, também, a condição de diretriz retórica do próprio sistema em que está inserida. Diz-se retórica, não no sentido de visualizá-la, tão-somente, como um meio de obter um resultado a partir de sua adoção como uma premissa estática inerente a uma mera condição de dado a ser considerado. Mas sim como elemento com capacidade de informar um sentido e de estabelecer uma diretriz possibilitadora de uma melhor adequação do sistema, sob a ótica de uma deontologia que se constrói a partir do próprio instituto prescricional em si.

⁹⁷ TÁCITO. C. Obra citada, p. 286-287;

Outro aspecto a destacar do fenômeno prescricional diz respeito a seu sentido de princípio informador do próprio ordenamento jurídico. Tal perspectiva mostra-se realizável porquanto não se pode negar, ou deixar de reconhecer que haja no fenômeno prescricional uma relação de implicação mútua entre a prescrição em si e o próprio ordenamento jurídico. Tal implicação dá-se a partir de um traço comum, qual seja a necessidade de certeza. Se as relações reguladas pelo Direito Administrativo visam, entre outros desideratos, alcançar um sentimento concreto de certeza, não se pode olvidar que da prescrição administrativa, por força de sua incidência, decorre sentimento idêntico.

Partindo-se de uma percepção marcada por um forte subjetivismo, a certeza poderia mostrar-se um pouco distanciada, em sua substancialidade estrita, de um fenômeno, tal como o prescricional, cuja característica marcante é a de estar associado a uma força extintiva informada pela idéia de extinção pura e simples. Em tal forma de extinção, como consabido, o convencimento decorre não de uma consensualidade prévia obtida através de um processo argumentativo, mas simplesmente do mero decurso do tempo qualificado pela lei. Contudo, procedendo-se a uma reflexão mais particularizada a respeito de tal fenômeno, percebe-se a inexistência de qualquer inadequação.

Buscando acolher a primordial idéia de estabilidade e garantia, a prescrição administrativa e a certeza jurídica, mais do que completarem-se, constroem um sentido de garantia e de ordem, protegendo às relações jurídicas e, por conseqüência, tanto aos interesses da Administração Pública, quanto aos do administrado. Nesse sentido, diz RAPHAEL PEIXOTO DE PAULA MARQUES⁹⁸ que:

No Direito Administrativo não é diferente, a prescrição é princípio informador de todo ordenamento jurídico brasileiro, não admitindo incerteza nas relações reguladas pelo direito. É regra geral de ordem pública, que se inscreve nos estatutos civis, comerciais e penais, submetendo-se as relações jurídico-administrativas a tal postulado.

[...]

(...) a segurança jurídica é princípio basilar na salvaguarda da pacificidade e estabilidade das relações jurídicas. Não é à toa que a segurança jurídica é base fundamental do Estado de Direito; elevada que está ao altiplano axiológico.

⁹⁸ MARQUES, R. P. de P, Obra citada, p. 3;

[...]

(...) a prescrição é regra geral em todos os campos do direito, sendo a imprescritibilidade a exceção, dependendo, por tal excepcionalidade, de norma expressa.

Do mesmo modo, entende RENATO SOBROSA CORDEIRO, que: *A prescrição, em qualquer área do direito, é princípio de ordem pública e objetiva estabilizar as relações jurídicas. [...] A imprescritibilidade resulta imoral sob qualquer aspecto na vida social, sendo exceção à regra geral do ordenamento jurídico brasileiro. Sem a prescrição tudo seria permanente.*

Não há como deixar de reconhecer que o instituto da prescrição administrativa, enquanto objeto de formulação de um princípio acolhido pelo próprio sistema jurídico, assume a condição de referencial ao ordenamento jurídico em sua totalidade.

No caso do Direito Administrativo e, por decorrência do próprio instituto a prescrição administrativa, independentemente de sua destinação específica de caráter extintivo, singularizada por cada regra situada no contexto de uma regulação específica, pode ser assimilada como um modelo de interpretação funcionalizado, a fim de informar o próprio ordenamento jurídico administrativo em si. Ou seja, a partir das normas jurídicas que a estatuem, a prescrição administrativa retraduz os valores e os ideais necessários à realização da estrutura normativa corporificada pelo Direito Administrativo. Tal perspectiva resulta bem realçada por TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR⁹⁹ na medida em que elucida tal circunstância, asseverando que:

Esse movimento contínuo, pelo qual o discurso da norma redimensiona novos valores e ideologias e se retraduz em novos valores e nova ideologia, nos permite entender a norma como 'modelo', caso em que o discurso da norma não é um 'abstrato' oposto à 'realidade concreta', mas está intimamente ligado com a sua 'realizabilidade'. Esse 'modelo', ao manifestar aquele movimento, expressa uma temporalidade própria, que não é necessariamente sucessiva e linear, mas caracteriza um permanente 'renovar-se e refazer-se das soluções normativas', isto é, o tempo do discurso da norma tem, a nosso ver, um caráter prospectivo, no sentido de um projeto que, lançado no futuro, define significativamente o presente, outorgando (salvo exceções que ele mesmo se encarrega de estabelecer, ainda que prospectivamente) ao passado um sentido.

⁹⁹ FERRAZ Jr, T. S. Obra citada, p. 140 a 141;

Desse modo, a prescrição administrativa, não sua força de modelo, na sua pretensão de realização da ordem jurídica e na força de seu '*discurso*', assume a condição de parâmetro informador da própria ordem jurídica em que se situa, realizando-a.

4. A PRESCRIÇÃO: O MITO DA SANÇÃO

4.1. O MITO DO CASTIGO

Um, entre tantos outros possíveis, dos aspectos que qualificam a idéia de prescrição, no âmbito do senso comum, diz respeito ao mito de seu conteúdo sancionador como sendo o caráter mais expressivo de sua singularidade.

Visualiza-se, nas esferas alheias ao conhecimento jurídico dogmaticamente sistematizado, que o fenômeno da prescrição constrói-se significativamente a partir de uma espécie de castigo, o qual se mostra concretizado pela força de uma sanção.

Tal percepção dá-se a partir do desconhecimento de seu sentido interno em contraste com as feições de sua concretização, gerando-se uma compreensão baseada exclusivamente na aparência. Entretanto, a prescrição administrativa não há de reduzir-se à sua mera aparência, evitando-se o equívoco de buscar representá-la, tão-somente, em razão dos efeitos decorrentes de sua imediata atividade extintiva.

Mas não se pode negar que algum tipo de sanção há. Mas qual sanção seria essa? Qual a sua natureza? Quais os seus limites? De início já se pode reconhecer que, sem dúvida alguma, tal mito, na esfera do Direito Administrativo, construiu-se a partir de *leituras* adstritas às sanções administrativas, entre às quais se isinou a prescrição.

Ademais, na construção da compreensão das sanções administrativas, a partir de prejulgamentos apoiados, fundamentalmente, no Direito Penal, na medida em que tal ramo do saber jurídico sempre se mostrou como síntese generalizadora daquilo que se possa entender como um direito de punir foi o caminho que, muito mais do que elucidar, mascarou o verdadeiro sentido do fenômeno extintivo.

Em face da perplexidade oriunda de tal atividade, o sistema jurídico administrativo buscou disciplinar tal *poder coercitivo*, tomando em conta o conteúdo da sua pretensão associada aos referenciais atinentes à idéia de crime. A partir de um modelo postigo, passou a visualizar e a buscar os meios necessários à garantia da disciplina. Visando, portanto, alcançar a higidez de seus quadros funcionais, apoiada

num ideal axiológicamente determinado por outros sentidos, a Administração Pública buscou legitimar-se a punir àqueles que eventualmente se afastassem de tal desiderato. Com tais paradigmas construiu e deu curso a um *processo*.

É consabido, entretanto, que a Administração Pública não se serve do processo administrativo, tão-somente, para o efeito de controlar a conduta de seus servidores, mas também para muitas outras atividades inerentes a seu agir finalístico e ordenador. A respeito de tal peculiaridade, preleciona HELY LOPES MEIRELLES¹⁰⁰ que: *O processo administrativo é o gênero, que se reparte em várias espécies, dentre as quais as mais freqüentes apresentam-se no processo disciplinar e no processo tributário ou fiscal.*

Em razão de tais circunstâncias, pelo fio condutor do meio necessário a alcançar determinado fim, numa atitude de natureza estritamente epistemológica, possibilita-se-nos então compreender que múltiplas podem ser as faces de uma sanção na esfera do Direito Administrativo.

Contudo, é ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO¹⁰¹ que bem delimita as circunstâncias que envolvem a prescrição administrativa, em sede do processo administrativo disciplinar. Assevera tal doutrinador que a prescrição está voltada à tutela do princípio da segurança jurídica, razão pela qual se integra aos ditames professados pelo Estado Democrático de Direito, no fito de buscar estabilidade às relações jurídicas, não admitindo a possibilidade de uma eterna possibilidade de aplicação de sanção a um eventual administrado.

No dizer de ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO¹⁰², a prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública resultou categorizada sob a garantia da prescritibilidade, observada a excepcionalidade da pretensão de ressarcimento. Ademais, destaca, a partir da leitura de posições doutrinárias que, de modo geral, explicita, que caso inexista norma expressa há de ser buscada analogia, no seu sentido

¹⁰⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Obra citada, p. 585;

¹⁰¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*, p. 379;

¹⁰² BACELLAR FILHO, R. F. *Idem*, p. 379;

de processo de revelação normas, com os paradigmas insculpidos pelo Direito Público, concepção esta que resultou acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça.

Entretanto, no que se refere à prescrição administrativa com incidência no processo administrativo disciplinar, diz ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO que:

Com efeito, no campo do processo administrativo disciplinar, não há necessidade de se socorrer da analogia, porque a Lei 8112/90 submete a prazos prescricionais a faculdade da Administração Pública Federal de aplicar sanções administrativas disciplinares a seu servidores públicos.¹⁰³

Interessante destacar que, face ao não exercício do direito-dever de sancionar atribuído à Administração Pública, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO vê em tal circunstância um efeito muito mais severo que o resultante do fenômeno prescricional. Tal renomado doutrinador vê a ocorrência de decadência.

Ainda em relação ao decurso do tempo, em especial no que se refere à prescrição administrativa do processo disciplinar, importa ter-se em conta de que a Lei n. 8112/90 acolheu os princípios da celeridade e da oficialidade do processo administrativo, circunstâncias essas que, de modo mediato, acabam por impor o reconhecimento do princípio da prescritibilidade no âmbito do processo administrativo disciplinar. Nesse sentido, diz ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO¹⁰⁴ que:

A Lei 8112/90 privilegiou os princípios da celeridade do processo administrativo e da oficialidade. Se, de um lado, o art. 142, § 3º, fixa hipótese de interrupção da prescrição por instauração do processo administrativo disciplinar – “A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente”, o art. 152 estabelece prazo fatal para a sua conclusão – “o prazo para a conclusão do processo disciplinar não excederá 60 (sessenta) dias, contados da data de publicação do ato que constitui a comissão, admitida a sua prorrogação, por igual prazo, quando as circunstâncias o exigirem.

[...]

Afinal, se a instauração de processo administrativo disciplinar interrompesse eternamente a contagem do prazo prescricional, não haveria proteção alguma à segurança e estabilidade das relações jurídicas. Como na tese da imprescritibilidade, o temor da sanção pairaria, indefinidamente, sobre o infrator da norma.

¹⁰³ BACELLAR FILHO, R. F. Obra citada, p. 382;

¹⁰⁴ BACELLAR FILHO, R. F. Idem, p. 386 e 388;

Circunstância relevante deu-se com a promulgação da Lei nº 9.873/99, a qual determinou, nos termos de seu artigo 1º que a pretensão punitiva da Administração Pública Federal, nos estritos termos que tal regramento estabelece, prescreve em cinco anos, fixando, portanto, com caráter de generalidade, o prazo prescricional administrativo para tal espécie. Em razão disso, diz ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO¹⁰⁵ que:

A previsão legal vem reconhecer o que a doutrina e jurisprudência já postulavam: fixação, em caráter geral, do prazo de prescrição quinquenal para o exercício da pretensão punitiva da Administração Pública. A Lei 9873/99 em nada inovou nesse aspecto, apenas conferiu maior certeza jurídica às situações jurídicas, antes na dependência do recurso à analogia. De todas as formas, o art. 1º, da Lei 9873/99 não se aplica, no processo administrativo disciplinar, diante de regra expressa da Lei 8112/90 regulando a pretensão disciplinar.

Firme em tal assertiva, pode-se constatar então que o fenômeno prescricional, a cada momento, assume as feições de um instituto marcado por uma sólida vocação de garantia à segurança jurídica, passando a figurar, por decorrência de tal sentido, entre uma das estruturas de configuração da base do próprio Estado Democrático de Direito.

4.2. PRETENSÃO SACIONADORA, PRESCRIÇÃO E PROCESSO DISCIPLINAR

Não há dúvida alguma que, em presença de qualquer espécie de agressão ao sistema jurídico administrativo, exsurge, como um poder-dever inerente à Administração Pública, o direito de sancionar as condutas que eventualmente estejam a lesar a ordem jurídica na sua especificidade.

Tal pretensão sacionadora, no que atine ao seu exercício no tempo, há de resultar submetida a um limite. Tal limite decorre do fato que o ordenamento constitucional impõe ao sistema normativo, como um todo, a sua submissão ao princípio da prescritibilidade, sob a configuração de uma norma de conteúdo generalizante. Diz-se que o princípio retro-referido assume as feições de norma geral e

¹⁰⁵ BACELLAR FILHO, R. F. Obra citada, p. 389;

não de conteúdo absoluto, na medida em que o próprio regramento constitucional estabelece, concomitantemente, regra disjuntiva de tal programa de regulação, nos termos do art. 37, § 5º, da CF, no que se refere, contudo, de forma estrita, às ações de ressarcimento ao erário.

Em face de tal perspectiva, portanto, poder-se-ia imaginar que o problema da prescrição administrativa estaria solucionado, na medida em que, por força de tal dispositivo constitucional, restaria assentado que a regra geral é a da prescritibilidade, enquanto a exceção seria a imprescritibilidade, exigindo-se, por conseqüência, norma expressa à identificá-la. Contudo, a solução não é tão singela assim.

Por primeiro, no que atine à pretensão sancionadora, ora aqui examinada, impende que seja identificado o ilícito administrativo como categoria individual e autônoma. Tal providência resulta necessária, na medida em que, em tema de prescrição, a própria legislação vincula, em alguns regramentos legais, a prática ilícita administrativa à prática ilícita criminosa.

Como exemplo de tal referência, pode-se indicar dois estatutos legais distintos, contudo, com semelhante orientação. O primeiro, trata-se da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, a qual dispõe sobre o regime jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações pública federais, dispondo, nos termos do art. 142. § 2º, que: *Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime*. O segundo, trata-se da Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999, a qual estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, dando outras providências, determinando, na forma de seu art. 1º, § 2º, que: *Quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se-á pelo prazo previsto na lei penal*.

O ilícito, pelo ilícito em si, nada esclarece. Isto porque entre o ilícito penal e o ilícito administrativo não há uma identidade irrestrita e absoluta.

Dá se afirmar que a necessidade de distinção entre o delito e a infração — e, pois, entre pena e a sanção administrativa — decorre necessidade de se reconhecer a existência ou — por que não dizer? — a inexistência de um direito penal administrativo ou de um direito administrativo penal, ou ainda, em outra seara, de identificar um

*específico direito administrativo sancionador constituído de um plexo de princípios e normas a ele especialmente correlatos.*¹⁰⁶

Em presença de tal controvérsia, qualquer dúvida resulta afastada ante a lição de ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO, o qual esclarece, com lógica inatacável, que: (...) *é curial evidenciar a autonomia do Direito Administrativo sancionatório em face do Direito Penal. A questão é constitucional. Não haveria sentido na previsão constitucional de linhas gerais de um regime administrativo sancionatório, se este não contasse com fundamentos diversos do direito Penal.*¹⁰⁷

Tal perspectiva decorre das inequívocas razões de que:

O Estado, através da Administração Pública, tem o poder-dever de apurar as irregularidades relacionadas com o exercício de suas atividades. A apuração compreende a apreciação do ilícito, a fixação dos limites da responsabilidade e, se for o caso, a imposição e execução da sanção.

O Direito Administrativo Disciplinar cumpre, portanto, duas funções: de um lado, a previsão de forma geral e abstrata dos fatos considerados ilícitos administrativos e as respectivas sanções, de outro, as condições e os termos do movimento destinado à averiguação, pela Administração, da prática por certo agente de determinado fato e a correspondente reação.

*Legítimo, por consequência, falar-se de um Direito Administrativo Disciplinar material ou substancial e de um Direito Administrativo Disciplinar formal ou processual. São duas faces da mesma unidade, ligados em uma 'relação de mútua complementariedade funcional'*¹⁰⁸

Por isso, impende que, de imediato, se tenha claro que mesmo tendo a legislação procedido à eventual vinculação de normas oriundas do Direito Administrativo Disciplinar a normas que integram o acervo normativo do Direito Penal, nos termos dos exemplos acima realçados, é insofismável reconhecer que o Direito Administrativo Disciplinar possui autonomia e independência temática residentes na Constituição Federal, na forma do grafado pelo seu artigo 5º, inciso LV, consolidando-

¹⁰⁶ FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*, p. 53 a 54;

¹⁰⁷ BACELLAR FILHO, R. F. *Obra citada*, p. 34;

¹⁰⁸ BACELLAR FILHO, R. F. *Idem*, p. 36;

se tal constatação a partir do momento em que a Constituição: (...) *junge o conceito de processo administrativo a litigantes e acusados, sob a égide do contraditório e da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes.*¹⁰⁹

De imediato, verifica-se que os ilícitos penal e administrativo são espécies distintas de um gênero comum, qual seja, o gênero das normas punitivas. Ademais, outro aspecto que merece restar aclarado diz respeito ao fato de que a matriz de legitimação de ambas as formas de punição, encontra-se situada na mesma matriz punitiva estatal, a título de prerrogativa exclusiva do Estado. Contudo, tal circunstância não induz que se trata de uma mesma categoria normativa, como também não visam e nem buscam os mesmos resultados. Com relação à prescrição, também diversos se mostram tais institutos.

Tecendo comentário a respeito da diversidade existente em relação à prescrição conforme regulada pelos diversos campos do Direito, no caso entre o Direito Administrativo, o Direito Civil, e o Direito Penal, o Ministro ILMAR GALVÃO, nos autos do Recurso em Mandado de Segurança nº 21.562-7, em preciosa distinção, destaca que:

Com efeito, são ontologicamente distintos os institutos da prescrição nos diversos campos do direito.

Enquanto no cível corresponde a uma exceção do devedor, que tem por efeito extinguir a ação do credor designada à efetivação da prescrição (de dar, de fazer e de não fazer) objeto de seu crédito, no crime, implica a perda, pelo Estado, do direito-dever de perseguir a punição do autor do delito. Por sua vez, a prescrição, no campo do direito administrativo disciplinar, a nenhum dos dois institutos se afeiçoa por inteiro.

Trata-se de discrepâncias que se devem, naturalmente, à diversidade de natureza dos objetivos colimados nas esferas jurídicas enfocadas.

Com efeito, enquanto nos domínios do cível tem-se em mira, de modo geral, como já dito, compelir o devedor ao cumprimento de uma prestação de natureza patrimonial em favor do credor; e ao passo que, no crime, o que se objetiva, precipuamente, é submeter o criminosos a uma restrição em sua liberdade de ir e vir; na ordem administrativa, nenhum comportamento concreto se pretende impor ao servidor faltoso, inexistindo, de parte deste, possibilidade de opor-se fisicamente à imposição da pena.

¹⁰⁹ BACELLAR FILHO, R. F. Obra citada, p. 49;

*Assim, conquanto exista, inegavelmente, alguma identidade entre os três institutos, predominam os pontos de distinção, podendo-se indicar, entre outros, o fato de que, no cível, a regra é que da prescrição só conhece o julgador quando provocado pela parte interessada, enquanto no crime e no processo disciplinar, deve fazê-lo de ofício; de outra parte, se, no primeiro caso, a paralisação da ação, ou da execução, por inércia atribuível ao credor, pode reabrir ensejo à prescrição, a requerimento da parte, nos outros dois, a simples morosidade processual, ainda que imputável ao autor da ação, é suficiente para extinguir o próprio direito de ver punido o agente ou de ver-se-lhe aplicada a pena.*¹¹⁰

Portanto, segura a distinção existente entre as diversas formas que a prescrição pode vir a assumir, na dependência estrita ao campo do direito em que se situam às suas correspondentes normas. Ou seja, conforme o explicitado por DANIEL FERREIRA: (...) *temos para nós, então, que o 'fator de discriminação entre os ilícitos penal e administrativo está no específico regime jurídico a que se subordina a sanção correspondente'*.¹¹¹

Em presença de tais circunstâncias, impende, portanto, que se identifiquem os elementos necessários à compreensão da prescrição administrativa da falta disciplinar. De tal sorte, não se há de confundir as pretensões sancionadoras, buscando uma identidade que não existe entre o Direito Administrativo sancionador e o Direito Penal. Importa destacar que no caso do Direito Penal, pela própria estrutura protetiva instaurada a partir da Constituição Federal, constata-se que as suas prescrições não apresentam caráter geral, restando adstritas, de forma rígida e impossibilitadora de

¹¹⁰ Brasil Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança nº 21.562-7. Distrito Federal. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Recorrente: Jair Barbosa Martins. Recorrido: Ministro da Justiça. Primeira Turma. *MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PUNIDO COM PENA DE SUSPENSÃO. ACÓRDÃO QUE ANULOU O RESPECTIVO ATO, POR INCOMPETENCIA DA AUTORIDADE, MAS DEIXOU DE PRONUNCIAR A PRESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA, POR NÃO HAVER SIDO OBJETO DO PEDIDO. Matéria cujo conhecimento independia de iniciativa do interessado. Prescrição verificada, já que o biênio fluiu após a decisão anulatória da punição, não restando espaço temporal para julgamento do processo administrativo pela autoridade competente.* Recurso provido à unanimidade. Julgado em data de 12 de abril de 1994. Publicação: DJU, em 24 de junho de 1994. Ementário: volume 1750-01, página 80. Decisão obtida junto ao site do Supremo Tribunal Federal: www.stf.gov.br. Acesso em data de 22 de maio de 2003;

¹¹¹ FERREIRA, Daniel. Obra citada, p. 60;

qualquer espécie de analogia, aos casos que a lei penal especifica. Nesse sentido, bem esclarece CARLOS AUGUSTO DOS SANTOS FAIAS¹¹² ao afirmar que:

A respeito dessa dúvida emergente, as lições doutrinárias retroelencadas e, ainda, a amostra das sucessivas decisões jurisprudenciais permitem concluir que a legislação penal é Direito Especial que encerra natureza 'excepcional', porque abrange situações que restringem a liberdade do indivíduo, contudo, sob esse enfoque, sem alcançar as pessoas jurídicas. Ademais, embora apresentem a peculiaridade de serem levadas a efeito em função da pena aplicada, as prescrições do Direito Penal não apresentam caráter geral, restringem-se aos casos que especificam.

Entretanto, do próprio corpo de legislação que organiza e disciplina o Direito Administrativo, percebe-se a existência de regras jurídicas que, ao visualizarem uma identidade fática entre a falta disciplinar e, concomitantemente, um tipo penal, vinculam tal semelhança de natureza, ao início, descritiva, ao efeito de transpor, no caso do fenômeno prescricional, as diretrizes de regulação situadas no plano do regramento administrativo para o território do Direito Penal.

Ademais, a sanção decorrente da falta administrativa pode ser revista a qualquer tempo (art. 174, da Lei nº 8.112/1990), não se admitindo, contudo, de que de eventual revisão da pena imposta, resulte agravamento da penalidade (art. 182, parágrafo único, da Lei nº 8.112/1990),¹¹³ circunstância essa inócua no Direito Penal.

Outro aspecto a ser realçado diz respeito à autonomia da sanção administrativa em relação à sanção penal. Em razão de tratarem-se de esferas normativas diversas, o reconhecimento da prática delitiva, na esfera criminal, não implica em seu reconhecimento na esfera administrativa. Tratam-se, portanto, de pretensões

¹¹² FAIAS, C. A. dos S. Obra citada, p. 33;

¹¹³ Nesse passo preleciona ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO que: A 'reformatio in pejus' não pode ser admitida frente ao atual ordenamento jurídico constitucional. Em sede de revisão do 'processo disciplinar', conforme já referido, há expressa vedação legal (parágrafo único do art. 182 da Lei 8112/90). Com efeito, a garantia da ampla defesa não se compadece com essa atitude arbitrária que, no passado, quando consentida, atuava como fator de desestímulo às postulações recursais. Nos dias atuais, tratando-se de recurso, tolera-se 'a reforma em prejuízo', quando a autoridade, fazendo antever a sua intenção, faculta ao recorrente a oportunidade de nova manifestação sobre o agravamento pretendido. In: BACELLAR FILHO, R. F. Obra citada, p. 321;

sancionadoras informadas por interesses e finalidades diversas, estando adstritas, tão-somente, aos limites da lei, a qual regula cada caso concreto em sua especificidade.

Por fim, há de tomar-se em conta que os princípios que informam os mecanismos processuais de aplicação das respectivas sanções são diversos. No que se refere ao processo penal, vigora formalismo estrito, marcado pela permanente possibilidade de anulação de seus atos, ante evidente desconsideração de suas formas tidas por essenciais. Já no que atine ao processo administrativo disciplinar, vigora o princípio do formalismo moderado, já que:

(...) o Estado Democrático de Direito enseja fórmula de equilíbrio entre a ordem legítima e a ordem legal, entre o informal e o formal. A conciliação, em termos processuais, importa não enquadrar o procedimento ou o processo administrativo disciplinar na categoria estanque do formal, nem na categoria estanque do informal. O formalismo moderado, como consequência da legalidade compreendida como aplicação responsável e não automática da lei formal, acentua a ligação entre meios e resultados que o instrumento processual objetiva resguardar.

O formalismo moderado exclui, por lógica, a corrente afirmação da possibilidade do informalismo a favor do administrado. O informalismo é refutado não por ser a favor ou contra o administrado, mas por não fornecer critérios objetivos de decisão.¹¹⁴

Tomadas tais referências, pode-se então admitir que, na esfera do processo administrativo disciplinar, a prescrição assume feições exclusivas, inclusive no que se refere à sua força extintiva em relação a toda e qualquer sanção administrativa, não havendo como não se ter como pacífica a compreensão de que o princípio da prescritibilidade constitui-se como uma das regras retoras do direito brasileiro, inclusive no que se refere à pretensão punitiva na esfera administrativa, independentemente de sua previsão legal expressa¹¹⁵, Até porque, conforme destaca ODETE MEDAUAR: *Se a*

¹¹⁴ BACELLAR FILHO, R. F. Obra citada, p. 182 a 183;

¹¹⁵ Nesse sentido: Brasil. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 20.069. Distrito Federal. Relator: Ministro Cunha Peixoto. Julgamento: 24 de novembro de 1976. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJU em data de 02 de setembro de 1977. ementário, volume 1068, página 118. RTJ, volume 84-03, página 773. *FUNCIONÁRIO PÚBLICO. DEMISSÃO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, - A pretensão punitiva da Administração Pública, no que diz respeito a faltas disciplinares não definidas também como crime, mas sujeitas à pena de demissão, prescreve em quatro anos. Interpretação extensiva do inciso II, letra a, do artigo 213 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, cujo espírito é mais amplo do que a letra, e abarca,*

*constituição adotou o preceito da prescritibilidade de ilícitos que acarretam danos ao erário, portanto, de graves conseqüências, evidente que prescrevem também todos os demais ilícitos, destituídos dessas seqüelas, mas prejudiciais ao bom andamento dos serviços.*¹¹⁶

Ademais, mostra-se importante que mais uma vez se reitere que, em razão de tal princípio de prescritibilidade, no que atine a prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública, embora ao início se tenha considerado-a a partir das linhas gerais delimitadas pelo Direito Penal, tal concepção não se mostra a mais adequada. Tanto é assim que ODETE MEDAUAR manifesta haver diferenças significativas, asseverando que:

As duas expressões aparecem quando se cuida da prescrição da pretensão punitiva da Administração. Qual delas melhor expressa o sentido da prescrição no âmbito do poder disciplinar?

*Como bem pondera o Prof. Hélio Helene, 'no Código Penal distingue-se a prescrição antes de transitar em julgado a sentença e a prescrição depois de transitar em julgado a sentença, que correspondem ... à extinção da ação penal e a extinção da condenação, ambas reunidas hoje sob o nome de extinção da punibilidade. Há que se atentar a que prescrição de penalidade disciplinar, depois de aplicada, só pode dar-se em raríssimos casos, a bem dizer, em caso de desídia da Administração, hipótese que não se pode ter como normal. Há como é óbvio, grande diferença entre aplicação da pena, no Direito Penal e aplicação da pena disciplinar. Esta se exaure em atos administrativos (portaria de suspensão, decreto de demissão, etc.) para cuja prática não depende da presença do punido, nem do estabelecimento de relação processual com ele. Portanto, o legislador brasileiro com a expressão 'prescrição da falta disciplinar' quis abranger ambas as hipóteses: impossibilidade de aplicação de pena e impossibilidade de execução de pena já aplicada, após o decurso do lapso prescricional. Estabelece a lei a extinção da faculdade de aplicar penalidades, em virtude do decurso do tempo.'*¹¹⁷

sem limitação por omissão, todas as faltas, que não crimes, sujeitas à pena de demissão. Mandado de Segurança concedido. Decisão obtida junto ao site do Supremo Tribunal Federal: www.stf.gov.br. Acesso em data de 15 de setembro de 2004;

¹¹⁶ Importa destacar que o comando do art. 37, § 5º, da Constituição Federal de 1988, delimitou como imprescritíveis, tão-somente às ações de ressarcimento, mas não as eventuais sanções a serem aplicadas em razão de tais práticas lesivas ao erário;

¹¹⁷ MEDAUAR. Odete. *Prescrição e administração pública*, p. 85;

Poder-se-ia dizer até que há uma diferença de natureza ôntica entre o ilícito ou infração administrativa e o ilícito ou a infração penal. Dá-se tal circunstância, a nosso sentir, nem tanto pelo fato da pena, para o efeito de sua concretização, receber tratamento diferenciado na esfera criminal e na esfera administrativa, dado que a presença física do punido é essencial para o cumprimento da pena criminal, o que, no âmbito administrativo, não há a mesma identidade de exigência, como realçado acima. O ponto fulcral da diversidade está no fato de que nas lindes do Direito Penal consolidou-se, por força de ditame legal expresso, dois espaços distintos de possibilidade de prescrição da sanção penal, quais sejam o da pena em abstrato e o da pena em concreto. No caso do Direito Administrativo, o que se torna visível é um sentido de uniformidade na possibilidade prescricional. Ou seja, o decurso do tempo impõe a impossibilidade do exercício do poder punitivo da Administração Pública no seu todo. Ou seja, tanto na aplicação da sanção, quanto na sua execução, sem diferenciação alguma em sua objetividade.

4.3. MOMENTO INICIAL DO PRAZO

Outro aspecto a ser melhor explicitado, de molde a demonstrar que a pretendida semelhança guarda distinções substanciais, refere-se ao termo inicial da prescrição administrativa em relação à prescrição criminal. De qualquer modo, de início, importa que se alerte que não há como identificar ilícito penal com ilícito administrativo. Mesmo que a lei, eventualmente, diga que: (...) *os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime*¹¹⁸, tratam-se de ilícitos singularmente diversos.

Importa destacar que ilícito administrativo e ilícito penal, na sua constituição essencial, não configuram ilícitos do mesmo gênero, dado que, no mínimo, se mostram qualitativamente diversos. Ademais, tomando-se em conta o próprio conceito de autoridade processante, não se há de confundir a autoridade administrativa com a

¹¹⁸ Art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, a qual dispõe sobre o regime jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

autoridade policial judiciária. Há, também, que se realçar que a sede materializada da acusação mostra-se totalmente diversa, na medida em que, no mínimo, o processo administrativo é o gênero do qual o inquérito policial é, sob um certo sentido, uma das espécies.

Nessa senda, no que se refere ao prazo inicial de instauração do processo disciplinar, importa delimitar se tal prazo inicia: à semelhança da lei penal, da data da prática do ato; ou se inicia da data em que a autoridade responsável pela punição toma ciência. Tal definição resulta de extrema importância, na medida em que o servidor que tenha praticado um crime seria mais beneficiado que um servidor que praticou apenas uma falta; no que se refere ao curso do prazo prescricional. Portanto, a utilização, como *dies a quo* do prazo prescricional, como sendo o da data do fato, pode, em tese, permitir o advento mais seguro da prescritibilidade da sanção, porquanto não dependeria da ciência do fato por parte da autoridade administrativa, dado que, em tese, entre a data do fato e o do seu conhecimento pela autoridade, poderão decorrer dias, senão meses, até anos.

Face aos dois termos iniciais possíveis, *ad argumentandum tantum*, recolhe-se que na doutrina tem preponderado como regra mais adequada à adstrita ao momento do conhecimento do ato por parte da autoridade. Tal percepção dá-se sobretudo em razão da necessidade permanente de preservar-se ao interesse público.

ODETE MEDAUAR, por seu turno, entende que:

A despeito da força dos argumentos de Cretella Júnior, vigora, na legislação em geral, o sistema do conhecimento da falta. Pondere-se, em favor deste sistema, que as condutas tipificadas como crime, de regra, revestem-se de caráter mais ostensivo que as infrações disciplinares, havendo maior probabilidade de conhecimento na data em que se consumaram. Além do mais, o próprio Código Penal, no art. 111, IV, prevê, para crimes que podem permanecer ocultos por certo tempo, o curso do prazo prescricional a partir da data do conhecimento do fato. Por outro lado como observa Carlos S. de Barros Júnior, 'não se pode cotejar ilícito penal e ilícito administrativo disciplinar, como repressões de faltas mais ou menos graves, porquanto entre uma e outra não há que estabelecer tal comparação quantitativa. Elas não configuram ilícito do mesmo gênero, mais ou menos grave, mas, qualitativamente diferentes, de natureza e fins diversos. E, ainda: os efeitos de uma condenação criminal são muito

*mais graves que os de uma pena disciplinar, podendo chegar à privação da liberdade.*¹¹⁹

Ante tal perspectiva, ODETE MEDAUAR formula que:

*A nosso ver a prescrição corre a partir da ciência de qualquer autoridade, mesmo que não seja responsável pelo órgão onde a falta ocorreu. Isso porque os Estatutos de funcionários, em geral, contem dispositivo que atribui a autoridade ou a funcionário o dever de comunicar toda irregularidade de que tiver ciência e de tomar providências para a devida apuração.*¹²⁰

[...]

*Entendemos que ao empregar a expressão ‘conhecimento da falta’ ou ‘conhecimento da irregularidade’ o legislador refere-se a fato ou ato que possa vir a ser caracterizado como falta. Ou melhor: o início do curso prescricional conta-se do conhecimento de fato, ato ou conduta que já transparecem como falta ou que possam, em razão das apurações, ser caracterizados como falta. Não há que se falar em, primeiro, ter certeza da prática de falta para a partir de então correr o prazo prescricional. Entendimento diverso levaria, na prática, à inexistência de prescrição, e à desconsideração dos procedimentos de natureza disciplinar, o que não é correto sob o ponto de vista da doutrina e da legislação vigente, em geral. Em decorrência, há fluxo prescricional antes da autoria conhecida.*¹²¹

Por tais argumentos, na senda do entendido por ODETE MEDAUAR, se consagra, a partir de tal concepção, a idéia de que basta qualquer notícia ou registro para que, até mesmo na ausência de indícios sérios, possa o servidor público ver-se submetido a um procedimento disciplinar. Não se necessita, nem mesmo, ter-se certeza da existência da própria falta, isso sob a alegação de que, caso fosse necessário ter-se tal certeza da ocorrência da falta noticiada, poder-se-ia dar causa a inexistência de prescrição.

Tal ideologia, aliás, restou acolhida pela Lei nº 9.748, de 29 de janeiro de 1999. De ofício, ou a requerimento de interessado, este último, inclusive, até mesmo de forma oral, constituem-se nas formas legalmente previstas para dar azo a processo administrativo, no âmbito da Administração Pública federal, orientação esta que se

¹¹⁹ MEDAUAR, O. Obra citada, p. 85 a 86;

¹²⁰ MEDAUAR, O. Obra citada, p. 86;

¹²¹ MEDAUAR, O. Idem, ibidem;

torna paradigma referencial em ausência de legislação própria a cada ente federativo, ou seja, em caso de inexistência de legislação estadual, ou municipal, específicas.

Ainda é ODETE MEDAUAR quem bem sintetiza a regra geral a ser adotada, no que se refere ao início do prazo para a instauração do processo administrativo disciplinar, importando tal data na condição de *dies ad quo* para fixação do início do prazo prescricional, ao lecionar que:

(...) o início do curso prescricional conta-se do conhecimento de fato, ato ou conduta que já transparecem como falta ou que possam, em razão das apurações, ser caracterizados como falta ou que possam, em razão das apurações, ser caracterizados como falta. Não há que se falar em, primeiro, ter a certeza da prática de falta para a partir de então correr o prazo prescricional. Entendimento diverso levaria, na prática, à inexistência de prescrição, e à desconsideração dos procedimentos de natureza disciplinar, o que não é correto sob o ponto de vista da doutrina e da legislação vigente, em geral. Em decorrência, há fluxo prescricional antes da autoria conhecida.
¹²²

Em razão de tal entendimento, a data do conhecimento do fato, ato ou conduta a ser submetida a processo administrativo disciplinar, funciona como mecanismo de garantia da segurança jurídica do próprio servidor faltoso. Garantia, na medida em que tendo sido delimitada data precisa, o prazo prescricional inicia-se a correr a partir de momento certo e insofismável, impedindo que a incerteza de tal termo possa vir a prejudicar o faltoso, mesmo que ainda não se tenha conhecida à autoria do ilícito.

4.4. PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA E CONDUTA HAVIDA COMO CRIME

No âmbito do processo administrativo sancionador, muitas são as diretrizes recolhidas junto ao Direito Penal, dado que: (...) *o direito administrativo, em sua face sancionatória, comunga dos mesmos princípios gerais de aplicação das normas penais, (...)*¹²³, pelo fato de que tais esferas jurídicas originam-se, em sua especificidade, na matriz única que configura o poder punitivo do Estado.

¹²² MEDAUAR, O. Obra citada, p. 86;

¹²³ BACELLAR FILHO, R. F. Obra citada, p. 37;

No caso do fenômeno prescricional, também as diferenças mostram-se singulares. Tanto é assim que RENATO SOBROSA CORDEIRO destaca que:

18. No âmbito do direito repressivo (o direito administrativo punitivo o é) a prescrição afasta a pretensão punitiva do Estado, ocorrendo a extinção do direito de punir. A relação jurídica objeto da prescrição civilista, seja ou não ordinária, resta adstrita aos direitos patrimoniais, daí por que atinge as ações pessoais e reais (...)

19. As diferenças conceituais entre prescrição civil e prescrição penal refletem-se em seus efeitos. Em seara cível, por exemplo, não há solução de continuidade para o curso da prescrição na ocorrência do falecimento da pessoa, a teor do que dispõe o art. 165 do CC: "A prescrição iniciada contra uma pessoa continua a correr contra o seu herdeiro" Já em sede repressiva, a morte extingue a punibilidade (mors omnia solvit) considerado o princípio constitucional da individualização da pena, que não passará da pessoa do condenado.¹²⁴

Talvez muito mais por influência de preceitos gerais de Direito Público, dada a inquestionável discrepância entre o poder da Administração Pública em cotejo com a pessoa do administrado, que, perante uma relação marcada pela possibilidade de imposição de uma sanção, é tomada em conta a longa reflexão que deu azo à aplicação das sanções penais, considerado, além das lições de natureza doutrinária, todo o seu processo de elaboração jurisprudencial. Retira-se, por decorrência, desse acervo de informações, diretrizes que, atentas aos pressupostos constitucionais protetivos ao cidadão em geral, não podem deixar de restarem considerados no âmbito da aplicação e execução das sanções administrativas disciplinares.

Nesse passo, importa destacar a existência de marcante diferença entre o ilícito administrativo e o ilícito penal. Por tal sentido, esclarece JOSÉ CRETELLA JÚNIOR que:

O ilícito administrativo', consubstanciado na falta disciplinar, que pode ou não erigir-se, também, em 'ilícito penal', consiste na violação de regras peculiares a grupos diferenciados da sociedade, como magistrados, advogados, médicos, engenheiros, professores, estudantes, todos funcionários ou a estes equiparáveis, ao passo que o 'ilícito penal' consiste na violação, de regras gerais, aplicáveis, sem exceção, a todo cidadão, funcionário público ou não.¹²⁵

¹²⁴ CORDEIRO, Renato Sobrosa. *Prescrição administrativa*, página 108;

¹²⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. *Prescrição e falta administrativa*, p. 63 a 64;

Portanto, verifica-se, de imediato, que o ilícito administrativo configura uma forma peculiar de ilicitude, mostrando-se submetida a limites específicos, geralmente decorrentes das condições e circunstâncias especiais tituladas pelo agente da conduta em si, as quais o diferenciam, no espaço abstrato da realidade jurídica, das demais pessoas em geral.

Contudo, a atuação ilícita no âmbito do Direito Administrativo, para efeito de sua qualificação como falta, exige expressa previsão legal e atuação informada por motivação livre, não podendo ser reconhecida a partir de mera imputação objetiva, já que: *Juridicamente, o ato ou omissão do funcionário não se erige em ilícito administrativo, a não ser que, previsto e reprimido por disposição estatutária própria (elemento legal), tenha sido levado a termo materialmente ou, em alguns casos, tenha tido começo de execução (elemento material), por agente público, dotado de vontade livre e consciente (elemento moral).*¹²⁶

Ponto de marcante diversidade entre a sanção administrativa e a sanção penal, diz com a possibilidade de sua imposição. (...) *ao passo que a repressão do ilícito penal é regida pelo princípio da legalidade, a autoridade que exerce o poder disciplinar pode aplicar, discricionariamente, sanções disciplinares, em virtude de infrações aos deveres da profissão, a princípios de honra, de dignidade, de ética, mesmo que não haja expressa disposição estatutária precisa a respeito. A Administração age dentro das chamadas normas elásticas, flexíveis ou plásticas.*¹²⁷

De qualquer modo, o ilícito penal-administrativo permite caracterizá-lo a partir de dois prismas distintos. Por primeiro, configura-se como uma figura heterogênea, ou seja, tanto configura falta administrativa, quanto configura crime. Por segundo, os efeitos de sua prática produzem efeitos de alcance duplice, tanto afetando à Administração Pública, quanto afetando à sociedade. Explicitando tais circunstâncias, assevera JOSÉ CRETELLA JÚNIOR que:

¹²⁶ CRETELLA JÚNIOR, J. Obra citada, p. 63;

¹²⁷ CRETELLA JÚNIOR, J. Idem, ibidem;

*O ilícito penal administrativo é um fato ilícito, capitulado nas leis penais e nas leis administrativas. É um crime, um delito, por vezes, uma contravenção, ou, de um modo mais genérico, ilícito ou infração que, ao mesmo tempo que afeta a sociedade, afeta a Administração. O ilícito administrativo puro, entretanto, afeta específica e diretamente o serviço público, a hierarquia, a ordem interna da Administração. Não transcende a órbita administrativa.*¹²⁸

Firmadas tais premissas, a título de compreensão necessária ao exame do tema, resta necessário que se destaque, desde já, que no sistema jurídico brasileiro vigora a regra da prescribibilidade. Tanto é assim que GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL explicita que:

31. No Direito brasileiro, são prescritíveis todas as hipótese de punibilidade, salvo as expressamente ressalvadas nos textos constitucionais referidos.

Não há crime, entre nós, por mais hediondo que seja, não há pena, sequer a mais intensa, que não se sujeitem ao princípio da prescrição — salvo as referidas exceções expressas.

*Mesmo as pretensões de punição das culpas por crimes de latrocínio ou de estupro, das penas máximas cominadas nos crimes contra a pessoa, a honra, a propriedade, as instituições — todas, salvo nas hipóteses de ressalva expressa — perecem, como se assinalou, pela prescrição.*¹²⁹

Ademais, tal orientação de conteúdo heurístico, acabou por influenciar ao próprio legislador. Tanto é assim que a Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999, em seu art. 1º, § 2º, disciplina que: *Quando o fato objeto da ação punitiva da administração também constituir crime, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal.* Ou seja, a possibilidade jurídica de prescrição da ação punitiva estatal é fator constantemente reafirmado, de molde que não surja dúvida alguma em relação à sua existência. Mesmo que a referência ao evento prescricional esteja diretamente associada aos limites estatuídos, neste aspecto, ao Direito Penal.

De há muito, portanto, não repugna aceitar-se a vinculação entre Direito Administrativo e Direito Penal, para o efeito de melhor compreender e alcançar uma fórmula mais adequada de sacionar tanto ao particular, quanto ao administrado. O que,

¹²⁸ CRETELLA JÚNIOR, J. Idem, ibidem;

¹²⁹ VIDIGAL, Geraldo de Camargo. *Prescrição no direito administrativo*, p. 306;

entretanto, nunca é demais que se repita, é a circunstância de que tal meio de imposição de sanção deve estar sempre submetido aos limites da lei.

No que atine à prescrição, quando a prática do ilícito administrativo também configura crime, em nada impede que se reconheça a prescritibilidade do poder de sanção administrativa. A prescritibilidade da sanção penal, por seu turno, é inequivocamente disciplinada, de modo que resulta desnecessário qualquer comentário a seu respeito; até porque, a temática ora abordada diz, de forma direta, com o Direito Administrativo e não com o Direito Penal.

A partir de tais constatações, mostra-se relevante destacar que, no sentido de reconhecimento da prescritibilidade da sanção administrativa, o Supremo Tribunal Federal, nos autos do mandado de segurança nº 20.069, na escorreita expressão do Ministro MOREIRA ALVES, assentou que:

Essa circunstância, por si só, bastaria para demonstrar que, no direito administrativo positivo do Brasil, a regra geral, em matéria de prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública no que diz respeito a sanções disciplinares, é a da sua prescritibilidade.

Ademais, se até as faltas mais graves - e por isso mesmo também definidas como crimes - são, de modo genérico, suscetíveis de prescrição no plano administrativo, não há como pretender-se que a imprescritibilidade continue a ser o princípio geral, por corresponder ao escopo da sanção administrativa, ou seja, o interesse superior da boa ordem do serviço público.

Não só em razão de variadas manifestações doutrinárias, como também em razão de sólido entendimento jurisprudencial, o modelo de uniformização de tais semelhanças, no caso de infrações disciplinares capituladas também como crime, deu azo a muitos estatutos legais que adotam tal diretriz. No caso da prescrição relativa aos ilícitos disciplinados pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, refere o seu art. 142, § 2º, que se tratando da ação disciplinar: (...) *Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.* Do mesmo modo, nos termos do grafado pelo art. 1º, § 2º, da Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999: (...) *quando o objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se-á pelo prazo previsto na lei penal.* No caso deste

último dispositivo, resta destacado que tal regra, nos termos do art. 5º do mesmo diploma legal, não se aplica a infrações de natureza funcional e a processos e procedimentos de natureza tributária.

Do conjunto de tais circunstâncias, de imediato, emerge relevante perplexidade, a qual se constitui na medida em que, do cotejo entre determinados estatutos legais, cria-se a possibilidade do tonalizar o fenômeno prescricional com peso e efeito diferenciado. A regra administrativa grafada pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 fixa, como dia inicial ao curso do prazo, o momento em que o fato tornou-se conhecido pela autoridade administrativa (artigo 142, § 1º). Já a disciplina da Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999, nos termos e seu art. 1º, fixa, como lapso inicial do prazo, *a data da prática do ato, ou, no caso de infração permanente ou continuada, o dia em que tiver cessado*. Indubitavelmente, para efeito da delimitação do início do curso prescricional, tal dicotomia assume proporções relevantes.

No que se refere à lei penal, sabe-se que o critério referente ao *dies a quo*, com conteúdo de regulação geral de início do prazo prescricional penal, resta delimitado nos termos do estabelecido pelo art. 111, do Código Penal, o qual disciplina:

Art. 111. a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:
I — do dia em que o crime se consumou;
II — no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;
III — nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência;
IV — nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.

Em face de tais circunstâncias, de imediato e na comparação com o regramento penal, percebe-se que há uma inadequação estrutural da disciplina relativa à prescrição na esfera administrativa, na medida em que são adotados critérios distintos e de forma injustificada de fixação dos prazos de início de contagem do lapso extintivo da pretensão punitiva, os quais poderão dar margem até a grave injustiça. Há por conseqüência uma distonia que poderá propiciar tratamento desigual.

Ante tal perspectiva, portanto, mostra-se necessário que se busque um critério de orientação informada pela necessidade de uma compreensão que se constitua num modelo marcadamente generalizador. Generalizador pela singela razão de buscar-se, a

partir de um critério igualitário, a conformação de uma certeza que, por sua vez, venha constituir-se num mecanismo material de consagração da segurança jurídica. Ou seja, pelo afastamento da variabilidade de critérios, torna-se possível assegurar-se uma certeza marcada pela uniformidade. Não haverá desigualdade. Não haverá eventual, injustiça. Haverá segurança jurídica.

Para tanto, o Supremo Tribunal Federal¹³⁰, buscando evitar tal compreensão marcada pela variabilidade de critérios, por equivocada, manifestou-se no sentido de que as regras do procedimento administrativo são específicas, em razão da autonomia das esferas administrativa, civil e criminal. Deu-se, portanto, um primeiro passo significativo. Erigiu-se, por força de tal construção jurisprudencial, um critério de diferenciação, marcado pela perspectiva da autonomia^{131 132}.

Desse modo, resultou consolidada a diretriz de que não há vinculação alguma entre o processo administrativo disciplinar e a eventual ação penal. Passou-se a reconhecer que a ilicitude administrativa, devidamente tipificada por norma integrante do acervo do Direito Administrativo, subssume-se aos limites do processo

¹³⁰ Brasil. Supremo Tribunal Federal. *PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. Demissão do serviço público após regular procedimento administrativo em que suas regras específicas foram observadas. Insubordinação do procedimento administrativo ao processo penal. Autonomia das responsabilidades civil, disciplinar e criminal e suas respectivas sanções. Lei 1.711/52, art. 200 e Decreto n. 59.310/66, art. 369. MS 20947 / DF – Distrito Federal. MANDADO DE SEGURANÇA. Relator: Min. PAULO BROSSARD. Julgamento: 19/10/1989. Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO. Publicação: DJU de: 10-11-89, pág. 16880. EMENT, vol. 1562-01, pág. 116;*

¹³¹ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 20.948-8. Distrito Federal. Relator: Ministro Francisco Rezek. Impetrante: Edson Francisco dos Santos. Autoridade coatora: Presidente da República. Data do Julgamento: 12 de outubro de 1989. *FUNCIONÁRIO PÚBLICO. PENA DISCIPLINAR. AUTONOMIA. Mandado de Segurança. Punição Disciplinar. I – ausência de ilegalidade formal no contexto da punição disciplinar. II – O procedimento disciplinar independe de inquérito de natureza penal. Mando de segurança indeferido.* In: Revista de direito Administrativo, volume 178, out./dez. 1989. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 43;

¹³² Brasil. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 20.947. Distrito Federal. Relator: Ministro Néri da Silveira. Impetrante: João Luciano de Lucena. Autoridade coatora: Presidente da República. Data do Julgamento: 12 de outubro de 1989. *FUNCIONÁRIO PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. PROCESSO DISCIPLINAR. Processo administrativo disciplinar. Demissão do serviço público após regular procedimento administrativo em que suas regras específicas foram observadas. Insubordinação do procedimento administrativo ao processo penal. Autonomia das responsabilidades civil, disciplinar e criminal e de suas respectivas sanções. Lei nº 1.711/52, art. 200, e Decreto nº 59.310/66, art. 369. Mando de segurança indeferido.* In: Revista de direito Administrativo, volume 178, out./dez. 1989. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 41;

administrativo, mostrando comum à esfera penal, tão-somente, o prazo prescricional, caso tal ilicitude também esteja prevista pela lei penal como crime. Nada mais, além disso. Ou seja, o início do prazo prescricional, face à autonomia do processo administrativo, será estabelecido pela regra de Direito Administrativo e não pela regra de Direito Penal. Contudo, embora reconhecida a significação do reconhecimento de tal autonomia, em muito pouco se avançou para o efeito de certeza e segurança.

Muito pouco se avançou porquanto esta proximidade legalmente forçada entre o Direito Penal e a esfera normativa adstrita às infrações situadas na órbita administrativa, podem produzir descompassos marcados por forte inadequação ao sentido e ao significado oriundos do Direito Administrativo. Como exemplo de tal inadequação, podemos referir os casos dos crimes funcionais contra a ordem tributária, nos termos do grafado pelo art. 3º, da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Ao tratar dos crimes praticados por funcionários públicos, disciplina tal estatuto legal que:

Art. 3º Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (Título XI, Capítulo I):

I - extraviar livro oficial, processo fiscal ou qualquer documento, de que tenha a guarda em razão da função; sonegá-lo, ou inutilizá-lo, total ou parcialmente, acarretando pagamento indevido ou inexato de tributo ou contribuição social;

II - exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida; ou aceitar promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente. Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

III - patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público. Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Ora, verifica-se que, tomando-se em conta a rigidez das sanções, o prazo prescricional, permeado pelas diretrizes estatuídas pelo Direito Penal, restará excessivamente exacerbado, no que, a partir de uma análise sistêmica, distoará, em muito, das sanções aplicadas na esfera do Direito Administrativo, em cujo sítio as sanções avançam em rigidez e tempo bem menores. Tanto é assim que SÍDIO ROSA DE MESQUITA JÚNIOR assevera que:

*Parece-nos que esse não é o melhor posicionamento, visto que em determinados casos o prazo da prescrição da sanção administrativa será aumentado, podendo estender-se até doze anos, tendo em vista que a Lei nº 8.137/90 comina penas máximas de cinco anos de reclusão para determinados crimes e de oito anos de reclusão para outros. Assim, aplicando a regra do art. 109, inciso III, do Código Penal, a prescrição se operará em doze anos. Para o Direito Penal Econômico não constitui prazo muito longo o que ora apresentamos, mas o mesmo é muito extenso se considerado em sede do Direito Econômico.*¹³³

Vê-se, a partir de tal reflexão, que o critério adotado pela lei, em presença de faltas administrativas também previstas como crimes, há de sofrer imprescindíveis temperamentos, sob pena de, em sede de prescrição administrativa, descaracterizar-se totalmente o parâmetros e os paradigmas que incumbem, tão-somente, ao Direito Administrativo fixar.

Ora, de tal *equiparação* nem tudo resulta negativo. É consabido que reconhecida a prescrição do ilícito na esfera criminal, resulta inviável a punição disciplinar à semelhança do crime, na medida em que *o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva afasta qualquer efeito civil, administrativo, processual, etc, que decorreria do processo ou da sentença condenatória*¹³⁴. É lógico, contudo, que tal espectro não alcança às eventuais faltas residuais, nos termos da súmula 18 do

¹³³ MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. *A prescrição na Lei 8.884/94, com redação dada pela MP 1708/98 (Lei 9.873/99)*, p. 15;

¹³⁴ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. RCL 611 / Distrito Federal. Reclamação nº 1998/0095310-8. Relator: Ministro WALDEMAR ZVEITER Órgão Julgador: Corte Especial. Data do Julgamento: 18/10/2000. Data da Publicação/Fonte: DJU de 04.02.2002, página 248. Decisão recolhida junto ao site do STJ: www.stj.gov.br, em 14 de agosto de 2004. **RECLAMAÇÃO. ILÍCITO ADMINISTRATIVO E PENAL. MESMA CONDUTA. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA NA ESFERA PENAL. INEXISTÊNCIA DE FALTA RESIDUAL. IMPOSSIBILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO, SOB O PRETEXTO DE DAR A CONDUTA TIPIFICAÇÃO DIFERENTE, PROSSEGUIR NO PROCESSO ADMINISTRATIVO. INTELIGÊNCIA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 244 DA LC 75/93. I – O reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva afasta qualquer efeito civil, administrativo, processual, etc, que decorreria do processo ou da sentença condenatória. O parágrafo único do art. 244 da Lei Complementar n.º 75/93 prevê: "A falta, prevista na lei penal como crime, prescreverá juntamente com este." Reconhecida esta em função do tipo penal ao qual o representante do Parquet – titular da ação penal, enquadrando a conduta, classificação aceita pelo Juiz competente, não pode, a mesma conduta, continuar a ser investigada no âmbito administrativo. O dispositivo acima mencionado estabelece tratamento específico ao procedimento administrativo disciplinar, quando a conduta se subsumir, também, em tipo penal, certo que afirmado, pela própria Comissão de Inquérito do Ministério Público, inexistir conduta ou falta residual a ser apurada. II – A decisão pelo prosseguimento do processo administrativo está a negar eficácia àquela tomada no âmbito desta Corte. Ação Penal 112/DF, onde reconhecida a prescrição e determinado o arquivamento dos autos, conforme o Regimento Interno do STJ.. III – Reclamação conhecida e julgada procedente;**

Supremo Tribunal Federal, a qual disciplina que: *Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público.*

Tal circunstância decorre do fato de que, no dizer de JOSÉ CRETELLA JÚNIOR: *Nesse caso, o Judiciário entra no exame do crime, absolvendo ou condenando, mas exime-se de apreciar a falta funcional, considerada resíduo, ou falta residual. Interdito a apreciar a falta, o Poder Judiciário respeita o pronunciamento administrativo.*¹³⁵ Portanto, no caso de que após julgado o crime contra a Administração Pública reste conduta, ou parte da conduta já julgada, que caracterize ilícito administrativo, tão-somente, deverá a Administração Pública proceder à análise e a eventual aplicação de sanção, aplicando-se, no que atine a tal *resíduo*, a regras firmadas pelo Direito Administrativo, inclusive àquelas que disciplinam o fenômeno prescricional.

Outra circunstância que também se mostra benéfica ao servidor faltoso, diz com os casos em que haja na esfera criminal redução da pena, por efeito de aplicação de sanção específica e individualizada ao fato julgado. Em tais circunstâncias, a prescrição haverá de ser contada a partir da pena *in concreto*, possibilitando-se, com isso, que o prazo prescricional, na esfera administrativa, reste reduzido, beneficiando, com tal redução, o servidor infrator¹³⁶. Tal adequação decorre da circunstância de que devendo

¹³⁵ CRETELLA JÚNIOR, J. Obra citada, p. 66;

¹³⁶ Brasil Superior Tribunal de Justiça. MS 8560 / Distrito Federal. MANDADO DE SEGURANÇA 2002/0095719-8. Relator: Ministro FONTES DE ALENCAR. Relatora p/ Acórdão: Ministra LAURITA VAZ. Órgão Julgador: Terceira Seção. Data do Julgamento: 12/05/2004. Data da Publicação/Fonte: DJU de 01.07.2004, página 170. Decisão recolhida junto ao site do STJ: www.stj.gov.br, em 14 de agosto de 2004. ADMINISTRATIVO. PROCESSO DISCIPLINAR. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA TAMBÉM TIPIFICADA COMO CRIME DE CONCUSSÃO. EXTINÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL DECLARADA NA AÇÃO PENAL. ART. 142, § 2.º, DA LEI 8.112/90. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RELATIVAMENTE AO ILÍCITO ADMINISTRATIVO. OCORRÊNCIA. FALTA RESIDUAL. ART. 117, XII, DA LEI 8.112/90. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. OCORRÊNCIA. 1. Nos termos do art. 142, § 2º, da Lei n.º 8.112/90, o prazo prescricional previsto na lei penal aplica-se à infração disciplinar também capitulada como crime. 2. Tendo o TRF da 1ª Região, em sede de apelação criminal, reduzido para o mínimo legal a pena imposta ao ora Impetrante pela prática do delito de concussão, o prazo prescricional deve ser regulado pelo disposto no art. 109, inciso V, do Código Penal (04 anos). 3. Na hipótese, verifica-se a ocorrência da prescrição relativamente ao ilícito administrativo previsto no art. 117, IX, porquanto em 06/09/1996 (140 dias após da instauração de novo processo disciplinar - art. 152, caput, c.c. o art. 169, § 2.º, da Lei 8.112/90) o prazo prescricional voltou a correr e, não tendo sofrido qualquer outra interrupção, esgotou-se em 06/09/2001. 4. Ainda que se admita a existência de falta residual (Súmula nº18 do STF)

ser observado o prazo fixado pela lei penal, caso atribuída à falta administrativa pena inferior à fixada pela lei, tal deverá ser o paradigma temporal para a contagem do prazo prescricional.¹³⁷

Não se pode deixar de perceber que o fenômeno prescricional, na esfera do processo disciplinar, toma contornos próprios, na medida em que, por força da regulação legal positivada, o lapso prescricional, à exceção de norma expressa, tem seu início a contar da data do fato, ou do ato a sofrer sanção e não da ciência da autoridade com poderes para instaurar a sede persecutória administrativa, ou que venha, eventualmente, a tomar ciência da falta perpetrada. Contudo, em presença da cognominada infração-crime, erige-se, por força da necessidade de coerência interna do sistema, e até mesmo sob a ótica de um sentimento de justiça, o critério que faz prevalecer a data do fato. Tanto é assim que JOSÉ CRETELLA JÚNIOR preleciona que: *Na infração-crime, a prescrição é contada 'a partir do fato', tenha ou não a autoridade administrativa tido ciência do evento, o que se dá,*¹³⁸ (...). Isto por que: *Quem fixa o 'dies a quo' é o legislador estatutário, que remete o aplicador da pena às regras do direito penal: 'a falta também prevista na lei como crime prescreverá juntamente com este'. Nem poderia deixar de ser assim, porque só a União pode legislar sobre direito penal.*¹³⁹

Tal circunstância, relativa à fixação do prazo prescricional, mostra-se extremamente importante, na medida em que se tratando de falta administrativa pura, o prazo inicial para o início do lapso extintivo será, de regra, a data em que a autoridade toma ciência da infração, por força do determinado pela grande maioria das regras de

na hipótese do inciso XII do art. 117 da Lei 8.112/90, deve a prescrição regular-se pelo art. 142 daquele diploma legal, que prevê o prazo de cinco anos para a Administração Federal aplicar a pena de demissão. 5. Ordem Concedida para tornar sem efeito o ato administrativo praticado pela Autoridade Impetrada e determinar a conseqüente reintegração do Impetrante;

¹³⁷ Nesse sentido, esclarece José Cretella Júnior que: *Na esfera do Poder Judiciário, depois de transitada em julgado a sentença condenatória, ainda no exemplo dado do abandono de cargo, a prescrição é regulada pela sanção imposta, ocorrendo nos mesmos prazos fixados para a prescrição antes do trânsito em julgado da sentença final, prazos que se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.* CRETELLA JÚNIOR, J. Obra citada, p. 67;

¹³⁸ CRETELLA JÚNIOR, J. Obra citada, p. 68;

¹³⁹ CRETELLA JÚNIOR, J. Idem, p. 69;

natureza estatutária. Diante de tais circunstâncias, resulta possível a consolidação de uma situação iníqua, na medida em que a lei acaba por beneficiar o funcionário que comete um crime, em detrimento de um funcionário que comete, tão-somente, uma mera falta administrativa. Tanto é assim que:

Em síntese, dos fatos ocorridos na esfera administrativa, ambos paralelos, um configurando 'crime' outro 'não-crime', podem levar — e levam — ao seguinte resultado prático: o funcionário, autor de crime, pode não ser demitido, porque correu a prescrição 'a partir do fato', ao passo que o funcionário, autor de mero ilícito administrativo, pode ser demitido a 'qualquer tempo', porque o início da fluência do prazo prescricional é 'a partir da ciência do fato', pela autoridade, além do que a abertura do processo administrativo interrompe sempre a prescrição.¹⁴⁰

Nessa perspectiva, buscando uma solução adequada à circunstância, assiste razão a JOSÉ CRETELLA JÚNIOR ao destacar que:

Ora, se a 'sanção', como 'categoria jurídica', é sempre ligada à 'prescrição' e esta é 'vinculada ao tempo', o princípio informador do instituto prescricional não pode deixar de ser senão este: a prescrição começa a correr 'a partir do fato'. Por quê? Porque o tempo vai apagando aos poucos a imagem do evento e do quadro da época. O fato e as circunstâncias que o cercaram se esmaecem na memória dos que o presenciaram, as provas materiais e as testemunhas percam o significado.¹⁴¹

Por isso, para o efeito de garantir segurança jurídica aos eventuais funcionários infratores, importa que se parta sempre, para o fim de fixar o início do curso do prazo prescricional, a data em que o fato foi cometido e não da data em que possa vir a autoridade ter ciência do evento danoso.

Contudo, sob um ângulo global de apreciação, no que se refere à prescrição penal aplicada à falta administrativa, verifica-se que sua efetivação guarda forte ambigüidade. Tanto que poderá exacerbar o prazo prescricional, no caso de crimes que recebam penas com grande período de punição, como também poderá beneficiar o servidor faltoso, na medida em que, restando reduzida a pena, a prescrição deverá ser

¹⁴⁰ CRETELLA JÚNIOR, J. Obra citada, p. 70 a 71;

¹⁴¹ CRETELLA JÚNIOR, J. Idem, p. 69;

considerada a partir da sanção criminal fixada em concreto, com o que poderá dar azo até a prazo prescricional inferior ao fixado pela regra legal administrativa.

Em presença de tal circunstância, não só visando-se alcançar uma certeza de justiça material, mas até como meio de assegurar segurança jurídica aos servidores em geral, tomando-se em conta a indiscutível autonomia do Direito Administrativo, mostra-se aconselhável que, na medida do possível, o legislador passe a revogar os dispositivos que encaminham a regulação da prescrição administrativa para as regras de Direito Penal.

4.5. RESSARCIMENTO DO ILÍCITO

Outra circunstância que demonstra a não semelhança entre a esfera punitiva penal e a esfera punitiva administrativa, diz respeito ao ressarcimento de dano oriundo de prática criminosa perpetrada por servidor público.

Tal perplexidade toma vulto, ainda, na medida em que o ressarcimento de prejuízo ao erário, nos termos do grafado pelo art. 37, § 6º, da CF, ao não vincular, necessariamente, ao responsável direito pela lesão o dever de ressarcir, dá azo, por força de interpretação sistemática, a uma situação dúbia.

Diz o art. 91, inciso I, do Código Penal, que: *Art. 91. São efeitos da condenação: I — tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime.* Tal determinação legal resulta como efeito da condenação criminal. Não resulta, portanto, como efeito de condenação cível. Ou seja, a responsabilidade pelo evento danoso resta configurada a partir de uma conduta tipificada como crime, tão-somente. De tal sorte, independentemente do dano causado, só no caso do agente restar condenado pelo crime é que se poderá exigir-lhe a reparação do dano. Tal vinculação, aliás, decorre da dissociação que o ordenamento jurídico nacional procede em relação à responsabilidade civil em relação à responsabilidade penal.¹⁴² Entretanto, circunstância a ser realçada é a que atine à certeza do direito. Conforme grafado pelo dispositivo

¹⁴² Diz o artigo 935 do Código Civil que: (...) *a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.*

legal referenciado, a condenação criminal torna certa a obrigação de indenizar ao dano causado pelo crime.

Em sede de mesma temática, o Código de Processo Penal estabelece a possibilidade de ressarcimento por dano oriundo de prática criminosa, por duas vias distintas. Como execução da sentença condenatória transitada em julgado, e como possibilidade de ajuizamento de ação civil, tanto face ao autor do crime, quanto em face do responsável civil. Importa destacar que tais possibilidades jurídicas de obtenção de indenização, o legislador às constrói a partir do instituto da ação civil. Tal diploma legal disciplina que:

Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

Art. 64. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento de dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for o caso, contra o responsável civil.

Por outro lado, estabelecem os artigos 932 e 935, ambos do Código Civil, respectivamente, que:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

[...]

III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

Como se verifica de todos esses dispositivos, no que atine à prescrição da pretensão de ressarcimento, exsurge forte perplexidade. Se considerarmos o regrado pelo art. 37, § 5º, da Constituição Federal, novamente duas circunstâncias resultam problemáticas. No caso do dano perpetrado por qualquer agente, servidor ou não, o prazo prescricional será o estabelecido pela lei, excepcionadas às ações de ressarcimento. Contudo, face à primeira hipótese, resulta inescusável indagar: qual lei?

Por segundo, na forma do explicitado pelo Código Penal, é efeito da condenação o dever de ressarcir o dano. Contudo, no caso do explicitado pelo Código de Processo Penal, tal dever poderá ser procedido por mera execução de sentença condenatória, com trânsito em julgado, ou por força de ajuizamento de ação cível, pretensão esta última que deverá ser dirigida contra o autor do crime, ou contra o seu responsável civil.

Ora, nos termos do disciplinado pelo artigo 1º do Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932, qualquer direito de crédito ou dívida passiva a serem suportados pela Administração Pública, em seus três espaços de atuação, prescreve em cinco anos, tomando-se em conta o fato de que, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, a responsabilidade civil estatal é de natureza objetiva.

Já na forma do determinado pelo artigo 205 do Código Civil: *A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.* Em presença de tal circunstância, portanto, tomando-se em conta não o servidor público como autor do crime, mas sim a Administração Pública, a título de responsável civil, ter-se-ia a duplicação do prazo.

O Supremo Tribunal Federal, em presença de perplexidade semelhante, assentou, na forma do lançado nos autos do Recurso Extraordinário nº 78.237¹⁴³, que o lapso prescricional visando postulação indenizatória, inicia-se a partir do trânsito em julgado de decisão condenatória do autor do ilícito, já que a partir de tal decisão ter-se-ia então a certeza, entre outras, da responsabilidade civil pelo ato perpetrado. Contudo, tal decisão não responde a perplexidade decorrente da interpretação cumulativa dos artigos 37, § 6º, da Constituição Federal, e do artigo 64 do Código de Processo Penal, na medida em que resulta possível atribuir-se, até mesmo em razão da responsabilidade civil objetiva da Administração Pública, tal responsabilidade ao Estado.

¹⁴³ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 78.237. Estado do Paraná. Recorrente: Estado do Paraná. Recorrido: Elsa Echelmeier. Relator: Ministro Luiz Gallotti. Ementa: *Responsabilidade civil do Estado por morte, de que foi autor um soldado da Polícia, em serviço. Prescrição. Corre da condenação do homicida, com trânsito em julgado.* Data do julgamento: 26 de abril de 1974. Publicado junto ao site: www.stf.gov.br, acessado em data de 21 de dezembro de 2004;

JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, tentando dar solução a tal problema, refere que, no caso de dívidas passivas da União, em razão de:

*(...) interpretação sistemática da legislação vigente (Constituição Federal, art. 37, § 6º; Código Penal, art. 91, I; Código de Processo Penal, arts. 63, 64, 'caput' e parágrafo único; Código Civil, art. 1.521) deixa bem claro que a natureza jurídica da sentença penal condenatória transitada em julgado é a de título executivo judicial, que marca o início da contagem do prazo prescricional, permitindo o ajuizamento da respectiva ação, contra o autor do delito ou contra o responsável civil, hipótese que não se confunde com a prevista no art. 1º do Decreto nº 20.910/32 que estabelece início de prazo prescricional diverso, a partir do ato ou fato, já que a razão de pedir é a responsabilidade objetiva do Estado.*¹⁴⁴

Nesse caso, é de indagar-se: e a prescrição a atingir tal pretensão de reparação, em que regra há de estar fundada? Tal questionamento resulta inafastável, na medida em que os caminhos, apesar da compreensão majoritária da doutrina, tratam de interesses reflexos diversos, na medida em que não só às vontades que estão associadas a cada uma das pretensões reparatórias, como também a possibilidade de sua disponibilidade, mostram existir, de modo concomitante, caminhos distintos.

Outro ponto controvertido emerge do momento azado para a exigência de tal reparação. Tomando-se em conta do disposto pelo Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932, resulta limitada a responsabilidade objetiva da Administração Pública em reparar os danos causados pelos seus prepostos à prescrição no prazo de cinco anos.

Contudo, há de indagar-se: cinco anos a contar de que termo? No caso de atos ilícitos oriundos de prática criminosa, resulta assentado que tal lapso dá-se, tão-somente, a partir do trânsito em julgado da sentença penal condenatória¹⁴⁵, a qual, assumindo a concretude de um título executivo, só a partir de tal termo passará a ser

¹⁴⁴ CRETELLA JÚNIOR. José. *Prescrição no direito administrativo – dívida ativa da união, de qualquer natureza*, p. 73 a 74;

¹⁴⁵ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 78.237. Paraná. Relator: Ministro Luiz Gallotti. Recorrente: Estado do Paraná. Recorrida: Elsa Echelmeier. Primeira turma. Julgado em 26 de abril de 1974. Ementa: *responsabilidade civil do Estado por morte, de que foi autor um soldado da Polícia, em serviço. Prescrição. Corre da condenação do homicida, com trânsito em julgado*. Publicado junto ao site: www.stf.gov.br, acessado em data de 21 de dezembro de 2004;

exigível e a submeter-se ao lapso prescricional, a título de dívida passiva da Administração Pública.

Isso porque, é da data da condenação do criminoso, com trânsito em julgado, que surge a *actio nata*, porquanto é a partir de tal evento que o direito, por força de preceito legal, torna-se certo (art. 91, inciso I, do Código Penal). Portanto, até mesmo a dívida ativa da Administração Pública haverá de submeter-se a tal disciplina, caso reste admitida como paradigma.

Desse modo, para efeito de ressarcimento do dano, o prazo prescricional que haverá de submeter-se a Administração Pública não se restringe à data do ato ou do fato, como pretende fazer crer uma leitura apressada do art. 1º, do Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932. já que tratando-se de ilícito penal tal regra não pode restar aplicada de forma objetiva. Portanto, no dizer de JOSÉ CRETELLA JÚNIOR:

*(...) a proposição 'prescreve em cinco anos toda e qualquer ação contra a União, referente às dívidas passivas de qualquer natureza, devendo o prazo da prescrição correr da data do ato ou fato do qual se origina a mesma ação' deverá conter a ressalva 'exceto quando se trata de ilícito penal, quando o prazo da prescrição correrá do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.'*¹⁴⁶

Da mesma forma, como já realçado acima, dá-se também em relação às dívidas ativas da Administração Pública, diga-se no que se refere aos três entes federados, já que:

*(...) regra geral, conforme os dispositivos legais em vigor, prescrevem em cinco anos, a contar do ato ou fato de que se originaram, com exceção da hipótese de se originarem de ato ilícito (administrado ou funcionário, por ação ou omissão dolosa, causando dano patrimonial ao erário), pois, nessa hipótese, o trânsito em julgado da sentença condenatória é que será o marco inicial da contagem do prazo prescricional.*¹⁴⁷

Por fim, há de ressaltar-se que, para efeito da prescrição administrativa, há de discernir-se a respeito da diferença marcante que há entre responsabilidade penal e civil do servidor público, e responsabilidade civil solidária da Administração Pública.

¹⁴⁶ CRETELLA JÚNIOR. J. Obra citada, p. 74;

¹⁴⁷ CRETELLA JÚNIOR. J, Idem, ibidem;

No caso da responsabilidade penal e civil do agente causador do dano, vigoram as regras acima realçadas. Qual seja, em decorrendo a responsabilidade pela indenização vinculada a ato criminoso, o lapso temporal será o determinado pela prescrição ordinária, com início a contar do trânsito em julgado da decisão condenatória. Contudo, nada impede que a vítima, ou os seus sucessores, intente, da data do fato delituoso, desde logo, o pedido de ressarcimento. Tanto é assim que YUSSEF SAID CAHALY destaca que:

Uma coisa, com efeito, é a responsabilidade, 'penal e civil', do agente público, autor direto da lesão imanente à prática delituosa, o qual está, pois, em tese, sujeito a ação criminal e, de modo primário alternativo, também a ação ou a execução civil. Pode, neste caso, a vítima, ou seus sucessores, intentar, desde logo, contra o funcionário, ação de indenização, tendente a obter, ao cabo de processo de conhecimento, sentença que lhe sirva, ou que lhes sirva, de título executivo. A prescrição, aí, é ordinária (art. 177 do CC) e, entrando a correr da data do ato ilícito, encobre apenas a eficácia da conseqüente pretensão ao título executório judicial (art. 584, I, do CPC). Noutras palavras, a prescrição é da ação.

Contudo, outra é a circunstância atinente à responsabilidade civil solidária da Administração Pública, já que a Administração Pública não pratica crime algum, não estando, portanto, sujeita, a um processo-crime. Por tais circunstâncias, também destaca YUSSEF SAID CAHALY que:

Outra coisa, muitíssimo diversa, é, porém, a responsabilidade 'civil' solidária da pessoa jurídica de direito público interno, a cujos quadros pertença o funcionário ofensor, a qual — escusaria sublinhá-lo — não está exposta a nenhum processo crime. O caminho da vítima, ou de seus sucessores, contra ela, é único e consiste na ação civil de reparação de dano 'ex delicto', fundada, em princípio, no art. 107, 'caput', da Constituição, cuja amplitude prescinde da alegação de culpa. Tal pretensão tem sua eficácia limitada a prazo 'especial' de prescrição, que é o estatuído no art. 1º do Decreto 20.910/32, e, como tal, computável da data do ato ilícito. Consumada esta prescrição daquela ação de conhecimento, ao lesado já não sobra outro instrumento processual, de qualquer espécie, para fazer concreta a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público, ainda quando seja indubitosa, dos pontos de vista penal e civil, a do seu agente. Não há aqui simetria com a responsabilidade 'pessoal' do funcionário, pela intuitiva razão de que, não havendo pensar em ação criminal contra a pessoa jurídica, não o há em eventual sentença penal condenatória que, em relação a ela, como sujeito passivo, pudesse servir de título executivo judicial, em favor do credor, ou credores. "Exatamente porque a responsabilidade criminal é pessoal, a

execução civil decorrente do dano causado pelo delito recai 'exclusivamente' sobre o patrimônio do próprio condenado'.¹⁴⁸

Não se há, portanto, de confundir a responsabilidade pessoal do agente delituoso, com a responsabilidade objetiva da Administração Pública, face aos atos ilícitos perpetrados pelos seus servidores, no que atine ao fenômeno prescricional. Eleita a via da responsabilização direta, não se há que falar em prescrição administrativa, subordinando-se o evento prescricional aos parâmetros da prescrição civil ordinária. Contudo, objetivada a pretensão de responsabilização da Administração Pública, estar-se-á perante regime jurídico diverso, qual seja o da prescrição administrativa, submetendo-se, portanto, ao lapso temporal de cinco anos, na forma do regrado pelo Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932.

Nessa senda, o princípio da segurança jurídica resulta dependente da vontade do lesado. Se é certo o direito à indenização, a escolha do caminho na busca de tal satisfação econômica será fator de fundamental relevância para a obtenção da proteção jurídica alvitrada.

¹⁴⁸ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*, p. 238 e 239;

5. DO INTERESSE COMO MÓVEL

5.1. PRESCRIÇÃO E INTERESSE SOCIAL

Mesmo em se tratando do fenômeno da prescrição na esfera privada, resulta inquestionável que tal instituto é informado pelo interesse social. Mas como se poderia perceber uma vinculação direta entre prescrição e interesse social. Tal interesse, como consabido, é marcado, fundamentalmente, pela pretensão necessária a obter-se a paz social. Ocorre que a compreensão de um conteúdo atinente à paz social só pode dar-se a partir de um conceito associado a uma idéia abstrata, ou a uma expectativa consolidada na vida cotidiana de determinada comunidade. De tal sorte, para o efeito de que não nos percamos em reflexões de natureza meramente formais, mostra-se aconselhável que busquemos a compreensão da idéia de paz social a partir de sua visão empírica.

Entre as categorizações possíveis, não podemos desconsiderar que a idéia de paz social configura-se, entre outras perspectivas, como um ideal coletivo a ser alcançado. Contudo, sob um determinado ponto de vista meramente material, dificulta-se a sua localização. Neste intento, produz-se uma opacidade no que atine à sua identificação como sendo uma finalidade que se possa perceber e reconhecer de forma concreta e imediata na vida cotidiana. Ademais, tomando-se em conta a idéia de interesse social, a qual se caracteriza também por uma certa fluidez, não se torna possível situá-la de forma rígida, porquanto é permanentemente submetida a sofrer a influência de um conjunto de fatores oriundos do processo histórico. Exige-se, portanto, que o seu desenvolvimento se construa a partir de uma dinâmica marcada pela contingencialidade.

Em face de tais dificuldades, importa que no âmbito das indagações aqui procedidas, estructuremos a delimitação de tal conceito no próprio plano discursivo que a *ciência jurídica* constrói. Isto resulta facilitado em razão da vocação fortemente adstrita a uma visão dogmática edificada a partir de um conjunto de conceitos por ela próprios formulados. Portanto, o deslocamento da possibilidade de compreensão de tal idéia para o âmbito da Ciência do Direito, constitui-se, a seu início, basicamente, num

procedimento metodológico, visando apoiar-se em critérios pré-justificados, para o efeito de permitir gerar uma pretensão de consistência necessária à compreensão dos efeitos jurídicos de tal aspiração.

Por outro lado, na busca de tal compreensão, mostra-se, também, necessário agregar-se a tal formulação, como fator de natureza complementar, o conceito de certeza. Contudo, um problema de percepção imediata surge em razão de tal hipótese. Tal problema decorre que a pretendida certeza pode resultar explicitada por uma multiplicidade de significados, já que se trata de expressão ambígua. Ante tal perspectiva, para o fim de afastarmos a perplexidade inicial, surge nova necessidade metodológica, qual seja a de delimitar-se tal conceito.

Tais pressupostos não se dão por mero diletantismo, mas sim no fito de manter-se a consistência temática. Assume-se, portanto, como viável e possível, a concepção de que, para o Direito, a prescrição deve atender, entre outros objetivos, o de garantir uma certeza que tenha como característica primordial a de pôr fim a um eventual conflito jurídico infundável. Ou seja, a partir do reconhecimento do fenômeno prescricional, assume-se que é certo que qualquer conflito situado na esfera jurídica deve cessar. O que facilita tal compreensão é o fato de que ela não se mostra dissociada do mundo jurídico cotidiano, na medida em que, por força de lei, tem a prescrição a força jurídica de extinguir a possibilidade de manutenção de uma discussão marcada por argumentos voltados a conseqüências informadas por pretensões divergentes.

Portanto, mesmo diante de uma situação conflitiva consolidada por interesses contrapostos, resulta a certeza jurídica como uma garantia para a obtenção da almejada paz social, já que faz cessar o conflito.

Para o efeito de que tal certeza assuma a condição de garantia, o discurso jurídico assume a condição de lugar adequado à formulação de pretensões argumentativas direcionadas a solução definitiva da controvérsia. A partir de tal território, as pretensões dissonantes passam a ser problematizadas em relação ao conjunto de normas que integram o ordenamento jurídico positivado, o qual assume a condição de uma estrutura que visa solucionar a controvérsia, reorganizando e

diferenciando os argumentos deduzidos, de modo a construir uma solução para o conflito.

Entre as normas que visam uma solução para o conflito, situam-se as regras que disciplinam a prescrição. Portanto, a prescrição assume a condição de regra solucionadora do conflito, constituindo-se numa via de resolução que não pode ser afastada pelos contendores, com o que, também, se constitui em modo de garantia da paz social.

Assume a prescrição, então, uma tríplice função, qual seja: a de conceito estratégico para a consecução da paz social; a de fundamentação do discurso jurídico; e a de objetivação da certeza formal de extinção do conflito. A partir desta tríplice formulação, torna-se possível à prescrição assumir a condição de meio jurídico consistente na obtenção de proteção ao interesse social. Isto porque a pacificação das controvérsias, por força de sua extinção procedimentalizada como meio de solução dos conflitos, até mesmo no âmbito de um discurso jurídico dogmatizado, gera certeza configuradora da tranqüilidade necessária ao desenvolvimento das potencialidades, interesses e anseios da sociedade na sua expressão concreta.

Tal condição de mediação possibilita a recuperação da tranqüilidade do cidadão e equilíbrio nas relações sociais, já que, como adverte SÍLVIO RODRIGUES:

Sem a prescrição, a pessoa deveria manter-se em estado de intranqüila atenção, receando sempre um litígio baseado em relações de há muito transcorridas, de prova custosa e difícil, porque não só a documentação de sua constituição poderia haver-se extraviado, como a própria memória da maneira como se estabeleceu estaria perdida. Com efeito. Mister que as relações jurídicas se consolidem no tempo. Há um interesse social em que situações de fato que o tempo consagrou adquiram juridicidade, para que sobre a comunidade não paire, indefinidamente, a ameaça de desequilíbrio representada pela demanda. Que esta seja proposta enquanto os contendores contam com elementos de defesa, pois é do interesse da ordem e da paz social liquidar o passado e evitar litígios sobre atos cujos títulos se perderam e cuja lembrança se foi.¹⁴⁹

Tanto é assim que a pretensão a uma proteção ao interesse social assume condição de significativa relevância, buscando-se, como finalidade precípua, a impossibilitação da perpetuidade de conflitos. Como *obstáculo*, portanto, a prescrição

¹⁴⁹ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: parte geral*, v. 1, p. 327;

deve buscar, como conseqüência de sua atuação, a pacificação concreta das controvérsias, a ponto de que, no dizer de CLENÍCIO DA SILVA DUARTE: *As situações irregulares consolidam-se com o decurso do tempo, não sendo mais passíveis de qualquer retificação, seja para melhor, seja para pior.* Isto porque, no dizer do mesmo parecerista:

*6. o decurso do tempo [...] consolidou as irregularidades no enquadramento de que se trata, convertendo as situações de fato em situações de direito, insuscetíveis, a esta altura dos acontecimentos, de qualquer retificação. A prescrição, que tanto corre a favor como contra o Poder Público, instituída no Direito em benefício da paz social, impõe a certeza das relações jurídicas, para que não se eternizem situações dúbias.*¹⁵⁰

Como decorrência concreta oriunda do fenômeno prescricional, gera-se a estabilidade das relações sociais, na medida em que o conflito resulta findo. Estancado o litígio, a sociedade deixa de ressentir-se da controvérsia, consolidando-se então a paz social.

Visando a tal benefício, também a Administração Pública deve restar limitada aos objetivos sociais de certeza e segurança inerentes à ordem jurídica positivada, dado que o Estado também deve perseguir objetivos que redundem na harmonia da sociedade. Tanto é assim que, conforme realça CAIO TÁCITO: (...) *a faculdade de agir outorgada ao administrador não é construída no vácuo, mas em função de determinados objetivos sociais que não podem ser ignorados ou subvertidos pelo agente.*¹⁵¹

Outros aspectos que se mostram associados à prescrição administrativa, dizem respeito à circunstância de que, pela negligência do titular do direito, há de suportá-la como se fora uma forma de penalidade indireta. Isto porque pela sua inação, tanto o administrado, quanto a própria Administração Pública demonstram o seu desinteresse com a necessária cooperação social, assumindo uma postura negligente,

¹⁵⁰ Parecer. Processo nº 225/73. Departamento Administrativo do Pessoal Civil, em 25.01.1974. Consultor Jurídico Clenício da Silva Duarte;

¹⁵¹ TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*, p. 53;

procrastinando ante o seu dever de evitar a manutenção de um estado caracterizado pela antijuridicidade, o que acaba por gerar permanente insegurança.

As idéias de segurança, certeza e ordem agrupam-se como razões necessárias à existência de qualquer ordenamento jurídico, mostrando-se como seu sítio mais natural o âmbito de regulação formatado no seio dos Estados Democráticos de Direito. Isto porque geraria forte contradição o acolhimento de um determinado sistema normativo, de configuração jurídica, que se mostrasse dissociado de preceitos garantidores de segurança, de a certeza e de ordem, não se constituindo tais diretrizes em seus desideratos permanentes, ou que pudessem restar impunemente burlados.

Não só o administrado, como primordialmente a Administração Pública, hão de restarem vinculados a tais paradigmas, sob pena de possibilitar-se a consolidação de um sistema normativo de regulação, não só contrário ao conteúdo essencial de grande parte dos Estados contemporâneos, mas manifestamente lesivo aos interesses dos cidadãos e da sociedade como um todo.

Tanto é assim que GERALDO ATALIBA destaca, após elencar os princípios básicos grafados pelo texto constitucional, no rol daqueles que integram os direitos fundamentais e às garantias individuais e coletivas, que:

Assim se vê que certeza, confiança, lealdade, autorização, consentimento, segurança, previsibilidade, representatividade — república, enfim —, dão consistência e dimensão densas ao chamado princípio da certeza do direito. De fato, lei prévia é conhecida pelo cidadão antes que tome suas decisões, antes que determine seu comportamento em assuntos que possam sofrer direta ou indireta influência da ação dos poderes públicos. É na linha destas diretrizes, respeitando esta tônica, caminho no rumo assim estabelecido, que se dará interpretação às normas de direito público, acomodando a ação do Estado às exigências capitulares do princípio republicano.

*Destarte, como chave de abóbada do sistema, ele confere-lhe unidade e coerência em todas as suas manifestações, propiciando harmonia até às suas repercussões periféricas.*¹⁵²

No caso da prescrição administrativa, sabe-se que, pelas circunstâncias especialíssimas que orientam o agir da Administração Pública, mesmo no caso desta última atuar sob o pálio do princípio da auto-tutela e, portanto, informada pelos critérios

¹⁵² ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*, p. 187;

de conveniência e de oportunidade, em razão da segurança, da certeza e da ordem jurídicas, vê-se obstada a agir em confronto com tais axiomas, dado que sua atuação não pode, por descaso a tais referenciais, afrontar a estabilidade das relações jurídicas.

Como bem destaca IRINEU PAZ DE LIMA¹⁵³:

A Prescrição no Direito Administrativo guarda a mesma similaridade com esse fenômeno do direito comum, tendo em vista a sua necessidade para a segurança e estabilidade das relações que se instauram entre a Administração Pública e os administrados ou com os seus servidores, pois, para tanto se faz necessário considerar que o decurso do tempo pode impedir a correção administrativa ou judiciária, bem como a possibilidade de se requerer junto à administração Pública.

Em face de tais paradigmas, importa que se tenha claro em que consistem tais parâmetros de segurança, certeza e ordem na sua vinculação estrita com o fenômeno prescricional. Esclarecendo tal desiderato, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO¹⁵⁴ afirma que:

(...) O fundamento da prescrição administrativa é o mesmo da prescrição comum: o princípio da segurança e da estabilidade das relações jurídicas. [...] o direito não pode ficar à mercê de eternas pendências, provocando uma situação de instabilidade no grupo social. O tempo é necessário para proporcionar essa estabilização. Desse modo, se o titular de um direito fica inerte para exercê-lo, surge, em certo prazo, situação oposta que passa a impedi-lo do exercício. Ou seja, a inércia do titular do direito cria situação favorável a terceiros, que acabam por se beneficiar daquela situação de inércia. É a essa situação que se denomina prescrição.

Em conseqüência, no direito administrativo também é preciso assegurar a estabilidade dessas relações, sobretudo entre a Administração e o administrado, daí a criação da prescrição administrativa. Esse é o fundamento do instituto.

Portanto, no que atine à prescrição administrativa, abstraída a sua condição imediata de fenômeno extintivo, caracteriza-se, também, pelas *feições* de meio de instrumentalização, embora de forma mediata, da certeza e da segurança do Direito. Como já realçado acima, tal efeito ou conseqüência decorre da estabilização da relação jurídica conflituosa, por força de sua extinção. Ou seja, na medida em que a

¹⁵³ LIMA, I. P. de. Obra citada, p. 185;

¹⁵⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, p. 731;

possibilidade de manutenção da contenda desaparece, dissolve-se a situação de dúvida e, por conseqüência, de incerteza, promovendo a pacificação das partes envolvidas.

Importa que se advirta que tal forma de obtenção da paz social não implica vínculo com a idéia de uma justiça material, porquanto tal critério, dada a sua natureza ideal, importa em mero ajustamento formal do litígio. Tal referência se mostra necessária, visto que a extinção da relação belicosa está plasmada por uma vontade objetiva, não se buscando pela sua implementação reconhecer qualquer circunstância associada a um ideal de justiça. Ou seja, a cessação do conflito dá-se a partir da incidência de uma norma que não considera, ou coteja, para a emanção de sua força de regulação, as razões materiais do dissenso invocadas pelas partes, visualizando-as, tão-somente, como pontos integrantes da discussão controvertida.

5.2. PRESCRIÇÃO E SEGURANÇA DAS RELAÇÕES SOCIAIS

A instabilidade, não só sob o ponto de vista da vida biológica dos indivíduos, como também no que pertine à existência dos grupos sociais, é fator a ser permanentemente afastada. A falta de estabilidade no âmbito das relações sociais tem a força de um evento perturbador, atingindo não só ao indivíduo, mas à própria coletividade como um todo. De tal sorte, qualquer forma de instabilidade é fator de desequilíbrio, gerando receio permanente. No caso da instabilidade decorrente da insegurança jurídica, além da sensação de intranqüilidade, cria-se um ambiente de descrédito na ordem jurídica e nas instituições que devem por ela zelar, como também acaba por colocar em dúvida a sua efetiva atuação em presença dos conflitos que costumeiramente quebram a harmonia necessária à adequada convivência social.

No caso de tal instabilidade, a prescrição assume, fundamentalmente, por sua força extintiva dos conflitos, marcada por feições de conteúdo genérico, a condição de vetor de pacificação e de tranqüilização da sociedade. Isto porque, ante a persistência de eventuais litígios não solucionados, atua independentemente dos interesses em confronto, para o efeito de, tão-somente, fazer cessar o conflito. Ante tal circunstância,

resulta manifesto que o tempo e o Direito, portanto, associam-se de modo a possibilitar a pacificação da sociedade. Neste sentido, alerta EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR¹⁵⁵ que:

A vida do ser humano, nos seus mais variados matizes, não prescinde da intermediação do fator tempo. Esse domina o homem, quer na vida biológica, como nas suas relações com a sociedade e no campo profissional. Mas não é só. As relações jurídicas também não o dispensam.

A atuação do fenômeno temporal, no âmbito jurígeno, opera de maneira multifária. Inicialmente, constitui nota demarcadora da aquisição de direitos, como no nascimento, fato gerador da personalidade, no implemento das maioridades civil, criminal e política; outras vezes estatui os limites de vigência das normas retoras de conduta, bem como da eficácia das avenças convoladas entre os indivíduos (termos inicial e final); ainda se pode utiliza-la como motivo de extinção de determinadas faculdades jurídicas.

PONTES DE MIRANDA¹⁵⁶, por seu turno, bem explicita esta circunstância atinente à segurança das relações sociais, ao referir que: (...) *na ciência jurídica, escoimada de teorias generalizantes, 'prescrição é a exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação'. Serve à segurança e à paz públicas, para limite temporal à eficácia das pretensões e das ações.*

Funciona a prescrição, portanto, como uma garantia criada pela ordem jurídica, com capacidade de proporcionar segurança e paz social. Tanto é assim que, ainda, PONTES DE MIRANDA¹⁵⁷ destaca que: *Os prazos prescricionais servem à paz social e à segurança jurídica.* Em tal perspectiva, a prescrição deixa de caracterizar-se, exclusivamente, pelas suas feições de fator extintivo, mostrando-se como fenômeno capaz de, pela extinção da possibilidade de uma permanente manutenção de um confronto, resultar num mecanismo de consolidação da paz social.

¹⁵⁵ NOBRE JÚNIOR, E. P. Obra citada, p. 161;

¹⁵⁶ MIRANDA, F. C. P. de. Obra citada, p. 100;

¹⁵⁷ MIRANDA, F. C. P. de. Idem, p. 101;

Inscribe-se a segurança jurídica, portanto, como um pressuposto à ordenação da sociedade onde, em decorrência do acolhimento da atuação do fator temporal, dá azo à pacificação da conflituosidade inerente ao grupo social na sua cotidiana dinâmica.

Ademais, visando à harmonia social pela cessação dos conflitos, pode-se atribuir ao transcurso do tempo, como elemento de geração do fenômeno prescricional, um sentido de limite para os males sociais sempre advindos dos litígios. Tanto é assim que CAIO TÁCITO assevera que:

A ordem jurídica contempla entre seus pressupostos, a par da busca da justiça e da equidade, os princípios da estabilidade e da segurança.

O efeito do tempo como fator de paz social conduz a que, salvo direitos inalienáveis e imperecíveis por sua própria natureza — como, por exemplo, os direitos da personalidade ou da cidadania — as pretensões (e as ações que as exercitam) tenham, como regra, um limite temporal.

Tanto é assim que SAN TIAGO DANTAS preleciona que:

Esta a influência do tempo, consumido do direito pela inércia do titular, serve a uma das finalidades supremas da ordem jurídica, que é estabelecer a segurança das relações sociais. Como passou muito tempo sem modificar-se o atual estado de coisas, não é justo que se continue a expor as pessoas à insegurança que o direito de reclamar mantém sobre todos, como uma espada de Dâmocles.¹⁵⁸

Entretanto, tal visão que quase se uniformiza, encontra resistência, no âmbito do Direito Público, quando surge a possibilidade de que a prescrição, e até a decadência, possam obstar a atuação revogadora da Administração Pública, em presença de eventual ato nulo. Nesse sentido, SÉRGIO OLIVEIRA NETTO destaca que:

(...) se o ato for nulo, a declaração da sua nulidade será imprescritível, e não sujeita a prazos decadenciais (Lei nº 8.112/90, art. 114); se for anulável, deverá ser anulado no prazo de cinco anos, salvo se comprovada má-fé ou mesmo se do ato não decorrerem 'efeitos favoráveis para os destinatários', hipótese em que poderá ser anulado a qualquer momento (lei nº 9.784/99, art. 54), e ressalvadas as respectivas ações de

¹⁵⁸ DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*, Parte Geral, p. 397 a 398;

ressarcimento em razão da prática de ato ilícito que, por força de mandamento constitucional, também são imprescritíveis (CF, art. 37, § 5º).

Não restando espaço, portanto, para a invocação do princípio da segurança jurídica, que propugnaria em favor do reconhecimento da decadência ou da prescrição do direito de se efetuar a revisão do ato inquinado de ilegalidade.¹⁵⁹

Destaca ainda SÉRGIO DE OLIVEIRA NETTO¹⁶⁰ que:

(...) nem mesmo a premissa metajurídica da segurança jurídica, poderia ser evocada para se justificar uma suposta existência, à revelia de lei específica, de prazos prescricionais ou decadenciais para se consumir a eliminação de um ato nulo.

Porque às relações estabelecidas somente é lícito delegar estabilidade imutável, salvos eventuais exceções, se forem concretizadas em consonância com as leis ao tempo vigentes, por certo que não poderá ser reputado de ato jurídico perfeito. [...] Do contrário, seria a própria segurança jurídica que restaria prejudicada, por estar aberta a possibilidade de sedimentação de situações consolidadas ao arrepio da lei, sem o devido calço legal. [...] a ilegalidade corroborada pela mera alegação do decurso do tempo, com exceção das ressalvas pontuais existentes, desacreditaria o próprio Estado de Direito, que tem como esteio e escudo a ordem jurídica estabelecida.

Contudo, com o advento de novos ares a integrar a doutrina jurídica contemporânea, o princípio da segurança jurídica passou a ser entendido muito além da visão que tradicionalmente o consolidou. Caracterizado, fundamentalmente, por um dogmatismo associado de forma irrestrita ao princípio da legalidade estrita, o princípio da segurança jurídica, embora sempre tenha sido vocacionado à proteção dos interesses que estejam em total adequação aos textos legais, acabou por retratar uma certa distonia entre a sua essência protetiva e a regra jurídica formalmente produzida pelo Estado.

Circunstâncias oriundas de comportamentos reconhecidos como lastreados, principalmente, pela boa fé dos administrados, aos quais, por decorrência de tal constatação, passaram a exigir uma proteção mínima à da confiança decorrente de tal postura subjetivamente alicerçada, acabaram por forçar e a exigir a garantia de uma

¹⁵⁹ OLIVEIRA NETTO, Sérgio. *Inexistência de prazo decadencial para a declaração de nulidade de ato administrativo na Administração Pública Federal*. p. 8 a 9;

¹⁶⁰ OLIVEIRA NETTO, S. *Idem*, p. 9;

maior estabilidade para as situações jurídicas, mesmo àquelas que na sua origem pudesse apresentar algum vício por decorrência de ilegalidade. Em razão dessa nova visão, a própria idéia de Estado de Direito passou por mutações marcadas por uma maior flexibilização de suas estruturas normativas, diminuindo, sob certa ótica, a força, até então irresistível, atribuída ao princípio da legalidade estrita. Nesse passo, portanto, assumiram, ambos os princípios, a condição de subprincípios, de molde a, por força dessa nova concepção, passarem a integrar o conceito de Estado, não mais limitado pela submissão inafastável ao direito positivo, mas com a maleabilidade assegurada por um novo modelo de ordenação político-social, qual seja a do Estado Democrático de Direito.

Tal mutação de compreensão possibilitou uma evolução tão significativa, a ponto de ALMIRO DO COUTO E SILVA¹⁶¹ manifestar que:

Um dos temas mais fascinantes do Direito Público neste século é o do crescimento da importância do princípio da segurança jurídica, entendido como princípio da boa-fé dos administrados ou da proteção da confiança. A ele está visceralmente ligada a exigência de maior estabilidade das situações jurídicas, mesmo daquelas que na origem apresentam vícios de ilegalidade. A segurança jurídica é geralmente caracterizada como uma das vigas mestras do Estado de Direito. É ela, ao lado da legalidade, um dos subprincípios integradores do próprio conceito de Estado de Direito.

O acolhimento do princípio da segurança jurídica, nos termos dessa nova visão, possibilitou, mormente pela força integradora da democracia como fator de busca permanente da equalização e uniformização das diferenças, que se utilizasse tal princípio como forma de instrumento de obstaculização da atividade da Administração Pública, em específico nas circunstâncias em que a sua inação a caracterizava por um período dilargado de tempo, desde que incorrendo qualquer conduta informada por má-fé dos administrados interessados, ou eventualmente *beneficiados* por tal inação administrativa.

¹⁶¹ SILVA, Almiro do Couto e. *Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da administração pública com relação a seus atos administrativos*, p. 24;

Transpondo tais princípios para a esfera das relações disciplinadas pelo: (...) *direito público, a prescrição funciona também como fator de estabilidade na relação dos administrados com a Administração Pública, e vice-versa.* ¹⁶²

Entretanto, o princípio da segurança jurídica não se mostra como um obstáculo intransponível, cedendo passo, tão-somente, nas circunstâncias que caracterizam má-fé dos administrados ou de todos àqueles que firmam qualquer espécie de negócio jurídico com a Administração Pública. Tanto é assim que, no caso das alienações de bens públicos sem a observância do determinado pela lei, surge uma forma distinta de imprescritibilidade. Tal forma poder-se-ia qualificá-la como forma material estrita de imprescritibilidade. Diz-se estrita, em razão de estar diretamente associada à natureza do bem público a ser protegido. Nesse sentido, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO preleciona que:

A imprescritibilidade significa que os bens públicos são insuscetíveis de aquisição por usucapião, e isso independentemente da categoria a que pertençam.

Houve, é bem verdade, inúmeros questionamentos a respeito dessa característica especial de bens públicos. Contudo, o direito brasileiro sempre dispensou aos bens públicos essa proteção, evitando que, por meio de usucapião, pudessem ser alienados como o são os bens privados, quando o possuidor mantém a posse dos bens por determinado período.

Atualmente, a Constituição estabelece regra específica a respeito, dispondo, no art. 183, § 3º, que os imóveis públicos não são adquiridos por usucapião, norma, aliás, repetida no art. 191, relativa a imóveis públicos rurais.

*Desse modo, mesmo que o interessado tenha a posse de bem público pelo tempo necessário à aquisição do bem por usucapião, tal como estabelecido no direito privado, não nascerá para ele o direito de propriedade, porque a posse não terá idoneidade de converter-se em domínio pela impossibilidade jurídica do usucapião.*¹⁶³

Tal destaque, portanto, ressalta da circunstância de que não se há de confundir tal espécie de imprescritibilidade com o instituto da prescrição administrativa. A mencionada *imprescritibilidade* inerente aos bens públicos decorre daquilo que a

¹⁶² MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Da prescrição intercorrente no processo administrativo disciplinar*, p. 58;

¹⁶³ CARVALHO FILHO, J. dos S. *Obra citada*, p. 835 a 836;

doutrina qualifica como *alienabilidade condicionada*¹⁶⁴, por decorrência expressa do grafado pelos artigos 100 e 101 do Código Civil.¹⁶⁵ Portanto, no caso em tela, a prescrição, no que atine à segurança social, independe de uma leitura fundada no princípio da segurança jurídica, a partir de sua emanção constitucional, mas sim de uma determinação legal expressa voltada a regular circunstância distinta das que venham a, eventualmente, envolver prescrição e interesse da Administração Pública, como também, o fenômeno da prescrição administrativa, no que atine à sua essencialidade de fenômeno em-si.

5.3. PRESCRIÇÃO E INTERESSE PÚBLICO.

Não há dúvida alguma de que entre os conceitos mais referidos, quando se invoca qualquer circunstância associada à atuação da Administração Pública, o conceito de interesse público assume destaque relevante. Contudo, o que seria esse interesse público. O consagrado HELY LOPES MEIRELLES¹⁶⁶, tratando da natureza e dos fins da Administração Pública, refere que:

Em última análise, os fins da Administração consubstanciam-se na defesa do 'interesse público', assim entendidas aquelas aspirações ou vantagens licitamente almejadas por toda a comunidade administrada, ou por uma parte expressiva de seus membros.

Ou seja, para HELY, interesse público caracteriza-se como uma aspiração, como uma vantagem lícita desejada e, portanto, como um desejo de toda a comunidade administrada. De tal sorte, nada se percebe como incontroverso, ante a fragilidade do conceito, cujo conteúdo limita-se à esfera das aspirações e desejos lícitos de uma determinada comunidade. Ante tal perspectiva é de indagar-se: como se pode saber de

¹⁶⁴ CARVALHO FILHO, J, dos S. Idem, p. 833;

¹⁶⁵ Dizem os artigos 100 e 101 do Código Civil: Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar; Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei;

¹⁶⁶ MEIRELLES, H. L. Obra citada, p 82;

modo inequívoco quais são os desejos e as aspirações lícitas de uma determinada comunidade? À evidência. Tal concepção não passa de mera idealidade. Não há em tal visão um sentido com um mínimo de concretude pragmática que possa assegurar um mínimo de operacionalidade objetiva.

Por seu turno, tratando dos princípios informativos do Direito Administrativo, DIOGENES GASPARINI diz que interesse público é aquele: (...) *que se refere a toda sociedade. É o interesse do todo social, da comunidade considerada por inteiro.* (p. 13). Após analisar as lições de De Plácido e Silva, de Renato Alessi e de Celso Antônio Bandeira de Mello, DIOGENES GASPARINI¹⁶⁷ formula um conceito negativo de interesse público, asseverando que:

É fácil de ver, portanto, que não se caracteriza como de interesse público o relativo a certo grupo de pessoas, a uma família, a uma sociedade civil, mercantil ou industrial, a um sindicato. Estes podem ter, como comumente têm, um interesse expressivo que, no entanto, não chega a ser interesse público, dado não ter pertinência com toda a sociedade. Nem poderia ser de outro modo, uma vez que todo o poder emana do povo e, por evidente, em seu nome e benefício será exercido (art. 1º, parágrafo único, da CF), isto é, há de ser exercido em prol da coletividade (povo) por inteiro.

Ora, a alegação de pertinência a toda a sociedade, associada tal circunstância ao poder emanado do povo, vinculando-o ao benefício popular. Portanto, a exemplo da concepção esposada por HELY, em nada esclarece o conteúdo de um interesse como sendo público. Mostra-se tal entendimento equivocado pela parcialidade de seu conteúdo. Ademais, o que podemos identificar como sendo o povo?

Não tratando de forma direta o conteúdo conceitual de interesse público, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO¹⁶⁸ preleciona, ao tratar do princípio da supremacia do interesse público, que:

As atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado em benefício da coletividade. Mesmo quando age em vista de algum interesse estatal imediato, o fim último de sua atuação deve ser voltado para o interesse público. E se, como visto, não estiver presente esse objetivo, a atuação estará inquinada de desvio de finalidade.

¹⁶⁷ GASPARINI, D. Obra citada, p. 14;

¹⁶⁸ CARVALHO FILHO, J. dos S. Obra citada, p. 18 a 19;

*Desse modo, não é o indivíduo em si o destinatário da atividade administrativa, mas sim o grupo social num todo. Saindo da era do individualismo exacerbado, o estado passou a caracterizar-se como o **Welfare State** (Estado/bem-estar), dedicado a atender o interesse público. Logicamente, as relações sociais vão ensejar, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas, ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público.*

Trata-se, de fato, do primado do interesse público. O indivíduo tem que ser visto como integrante da sociedade, não podendo os seus direitos, em regra, ser equiparados aos direitos sociais.

Benefício da coletividade, para CARVALHO FILHO, é o que caracteriza o interesse público, devendo sempre prevalecer tal interesse face ao interesse privado. A individualidade há de ser vista então como fator integrado ao social. Este social, por seu turno, passa a ser o sítio cujos direitos, nele residentes, devem sempre prevalecer a título de interesses sociais. Há, portanto, em tal percepção, uma justificação de natureza circular, a qual inviabiliza a sua idéia central, a título de fundamento. De tal sorte, há de indagar-se: como se poderia ter conhecimento a respeito do conteúdo de tais interesses sociais? Ou, quem explicita tais interesses sociais¹⁶⁹?

Sem dúvida alguma, a nosso sentir, tais interesses só podem ser tidos como explicitados a partir de uma sede formal de manifestação fundada na Constituição. Contudo, tal pressuposto não resolve a questão, já que resulta possível questionar-se a respeito da forma pela qual a legitimidade efetiva da Constituição, de modo pontual e referido a cada caso concreto, como manifestação dos interesses sociais na sua concretude, será viabilizada. Isto em razão da forte idealidade que caracteriza tal perspectiva.

Em realidade, a impossibilidade de identificação plena do conteúdo do interesse social, para efeito de caracterização do interesse público, resta produzida pela circunstância de que tal conceito é construído pela mediação de um determinado pensamento jurídico. Ou seja, pela abstração referida a uma idéia de compreensão do

¹⁶⁹ Questão relevante de tal proposição resulta, também, da necessidade, a título de pressuposto, da demonstração e consolidação incontroversa da legitimidade desse alguém que deverá proceder à explicitação de tais interesses, sob pena de tal explicitação resultar viciada por interesses contrários ao postulado interesse público;

Direito busca-se explicitar a realidade da vida. Ademais, muitas são as formas de compreender o fenômeno jurídico.

De qualquer modo, não se pode afirmar que o interesse público caracteriza-se, tão-somente, com o que venha a interessar exclusivamente à comunidade, estando, de modo visceral, em contrário ao interesse individual. Tal pressuposto é de todo insubsistente. Ponto nodal da questão há de ser remetido à análise material do conteúdo inerente aos valores que devam informar a atividade da Administração Pública, aos quais não se pode afirmar ou atribuir, com um mínimo de racionalidade, que não possam restar aplicados a um interesse, circunstancialmente particular. Tal constatação, portanto, de imediato, esfacela o senso comum irrefletido, fundado na concepção circular de que o interesse só se caracterizaria como público a partir de sua vocação exclusiva para o atendimento do coletivo. Tal senso constrói-se a partir de uma perspectiva totalizadora que se não exclui, entre outros, a própria figura do administrado, no mínimo não o considera como peça essencial a tal compreensão, o que, por óbvio, resulta inaceitável. Desse modo, importa que se tenha claro que:

Em primeiro lugar, é preciso esclarecer que o interesse público não está na oposição ao interesse particular. Não é essa a lógica. Do mesmo modo, também é redutora a visão liberal da questão, quando se define o interesse público como a soma dos interesses particulares atendidos. Trata-se, certamente, de um modo prático, relativamente eficaz, de lidar com o problema, pois pode supor-se que quanto maior é o atendimento dos interesses particulares melhor será o nível de realização do interesse público. Mas não podemos acolher como satisfatória a explicação liberal do interesse público, porque existe na questão uma dimensão filosófica essencial, relacionada com os valores que produzem as regras do jogo. Frequentemente, o interesse público está simbolizado em determinados interesses particulares, o que evidencia a inexistência de oposição entre as duas instâncias.¹⁷⁰

Isso não quer dizer que o interesse particular seja o principal dos pontos de apoio para a compreensão do interesse público. Tal visão reducionista acarretaria a mesma má compreensão estruturada a partir da visão contrária. O que se mostra válido, contudo, é que a partir de uma associação construída para a identificação e compreensão de qualquer agressão a um dos valores coletivos de uma determinada

¹⁷⁰ CHAPARRO, Carlos. *A luz do interesse público não está nos códigos*, p. 2;

sociedade, torna possível a delimitação da existência, ou não, de agressão ao interesse público. Entretanto, tal agressão não necessita ter efeitos lesivos ao coletivo, podendo referir-se ao espaço de um interesse individual. O interesse público, portanto, há de restar dissociado da tradicional visão reducionista que o se tem colocado.

Portanto, para que se lhe possa identificar, basta que se tenha claro que, antes de qualquer coisa, os valores estatuídos por uma determinada sociedade, em um determinado momento histórico, são o que poderão indicar o que realmente importa àquela sociedade, ou não. Até por que:

O interesse público não está no fato isolado. Mas o fato isolado simboliza o interesse público, porque manifesta a agressão a um valor ou princípio estabelecido com bom pela sociedade – e aí, no valor agredido e não no fato, estão as raízes do interesse público. Até o traduz. Mas não está na deontologia a luz do interesse público. Onde está o interesse público, então? Está na instância da ética, nos valores que a deontologia procura preservar.¹⁷¹.

É certo que a técnica jurídica, dado materializar as suas normas através de estruturas de linguagem própria, deverá construir meios adequados de acolher tais valores, já que seu desiderato final é sempre o de alcançar uma *decisão juridicamente adequada*. Contudo, só logrará tal escopo a partir do momento em que, além dos direitos fundamentais grafados pela Constituição, acolha, em suas formulações, os valores supralegais ou pré-positivos oriundos de uma determinada sociedade. Nesse sentido, KARL LARENZ¹⁷² orienta, alertando para o fato de que:

A ciência jurídica labora [...] com base em modos de pensamento como a analogia, comparação de casos, conformação de tipos e ‘concretização’ de critérios ‘abertos’ de valoração, que possibilitam essa abordagem. A passagem a uma ‘Jurisprudência de valoração’ requer que a metodologia clarifique e especificidade destes modos de pensamento e a sua relação com os instrumentos tradicionais do pensamento e a sua relação com os instrumentos tradicionais de pensamento (elaboração de conceitos, construção jurídica, subsunção).

¹⁷¹ CHAPARRO, Carlos. Obra citada, p. 2;

¹⁷² ¹⁷² LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 167;

A partir de tais pressuposições a respeito de um conceito de interesse público, torna-se possível admitir que a prescrição administrativa assume a condição de um referencial de identificação de tal interesse. A par de receber um reconhecimento jurídico que a legitima e, por força de sua inserção na estrutura normativa positivada, torna-se elemento necessário à paz e à própria ordem social. Diante de tal perspectiva, a prescrição administrativa dá azo a que se lhe atribua à força de um motivo que serve para identificar um interesse público justificado. É claro que aqui admite-se a prescrição administrativa como um referencial de natureza heurística. Tal compreensão se estrutura na medida em que os lineamentos ofertados pela doutrina, à força de estipularem os limites de categorização conceitual do interesse público, mostraram-se excessivamente opacos a um entendimento passível de generalização.

Em tal visão, o acolhimento da prescrição administrativa como um referencial apto à concretização do interesse público, toma em conta à circunstância de que: *Há, pois, um interesse de 'ordem pública' no afastamento das incertezas em torno da existência e eficácia dos direitos, e este interesse justifica o instituto da prescrição, em sentido genérico.*¹⁷³ Portanto, a prescrição mostra-se diretamente associada à idéia de interesse público na medida em que esta, de modo reflexivo, lhe outorga, por força de sua essencialidade ôntica, não só as feições de segurança, mas de uma certa indisponibilidade em benefício não restrito a interesse exclusivamente privado. É claro, entretanto, que tal indisponibilidade há de estar associada à prescrição, tão-somente, no sentido de sua caracterização a partir das feições de instituto garantidor do próprio interesse público, de modo que a sua compreensão também possa ser determinada a partir da compreensão do interesse público. É importante que se advirta que não há um círculo vicioso nesta perspectiva, na medida em que a prescrição administrativa e o interesse público podem, portanto, restar determinados e identificados independentemente um do outro.

Ademais, não se pode olvidar que o interesse público e a sua eventual disponibilidade pelo administrador, constrói-se a partir de referenciais marcados pela estrita referibilidade a um mandamento legal expresso, o qual, na dependência das

¹⁷³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol I, p. 437;

circunstâncias que envolvem a cada caso concreto poderá, ou não, permitir o exercício de tal prerrogativa. Tal disponibilidade resulta referida, dado que essa também é a lógica que direciona a compreensão do fenômeno da prescrição administrativa.

Em razão de tal compreensão, a liberdade possível para o exercício das prerrogativas inerentes à prescrição administrativa, tanto no que atine ao administrado, quanto ao que atine à Administração Pública, só pode ser pensada a partir daquilo que, de modo mediato, a legitima, qual seja o ordenamento jurídico.

Como conseqüência, o exercício das práticas informadas pelos respectivos interesses em conflito, por força do interesse público, transformam a eventual alegação da prescrição administrativa muito mais numa tarefa do que num mero exercício de asseguramento de interesses unilaterais. Tal tarefa, contudo, deverá sempre estar vinculada ao ordenamento jurídico positivado.

Tal tarefa, como o acima referenciado, está, portanto, determinada, circunscrita e delimitada pela lei, de modo que, primordialmente, ao contrário da esfera privada, onde a vontade, na maioria dos casos, é o norte das ações e das intenções, a Administração Pública está submetida à lei, de modo que a vontade do administrador, bem como, de forma mediata, a vontade do administrado, não são exercitadas segundo os seus interesses pessoais, mas sim permanentemente subordinadas ao interesse público, o qual tem como marca distintiva a sua indisponibilidade, criando-se, por decorrência de sua supremacia, a figura ambivalente do poder-dever da Administração Pública de atuar em sua proteção. Tal circunstância resulta bem explicitada por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO:

*Precisamente por não poder dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes é atribuída por lei, os **poderes** atribuídos à Administração têm o caráter de poder-dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder pela omissão. Assim, a autoridade não pode renunciar ao exercício das competências que lhe são outorgadas por lei; não pode deixar de punir quando constate a prática de ilícito administrativo; não pode deixar de exercer o poder de polícia para coibir o exercício dos direitos individuais em conflito com o bem-estar coletivo; não pode deixar de exercer os poderes decorrentes da hierarquia; não pode fazer liberalidade com o dinheiro público. Cada vez que ela se omite no exercício de seus poderes, é o interesse público que está sendo prejudicado.*¹⁷⁴

¹⁷⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*, p. 70;

Contudo, tal poder-dever é limitado no tempo. Admitir-se a sua não limitação seria negar-lhe em sua própria essencialidade, na medida em que tal interesse deixaria de existir em função da sociedade e passaria a existir, tão-somente, no interesse da própria Administração Pública. De molde que, nesse passo, é a prescrição administrativa que virá a por limites a tal exercício, assegurando a paz e a ordem públicas.

5.4. PRESCRIÇÃO E ORDEM PÚBLICA

Se visualizarmos todos os agrupamentos humanos, veremos que a idéia de ordem caracteriza-se como um fator comum a tais segmentos. É certo que tal fenômeno formula-se e formulou-se sob a ótica de prismas variados, construídos a partir da liberdade inerente a cada sistema, como conteúdo conformador de cada visão de mundo, a qual buscava e busca a instituição de uma totalidade que assegure uma certeza de adesão, capaz de evidenciar um sentido. Por isto:

A idéia de mundo aponta para uma totalidade. Não é, entretanto, a totalidade que une a multiplicidade das coisas. É uma perspectiva sobre a totalidade. Não é uma procura simples da totalidade, mas é procura, na medida em que já, previamente, está de posse da certeza da totalidade. É uma certeza de adesão e não tanto de evidência. É a certeza da posse do sentido do mundo como totalidade.

*A visão de mundo não se estabelece, assim, sobre a evidência teórica, ainda que dela se utilize, mas sobre a evidência de sentido, isto quer dizer, sobre a adesão ao sentido do homem e da história, ao sentido do mundo, que se revela num horizonte de valoração. Ao sentido está ligado o valor. Sentido, quer dizer referência a valor, dentro de uma visão de mundo. É uma tomada de posição dentro da ordem universal do mundo.*¹⁷⁵

Mas a evidência de sentido há de restar delimitada. Tal necessidade decorre da circunstância de que as investigações, ora procedidas, se mantenham adstritas a seu fio condutor, qual seja à esfera jurídica. Nesta perspectiva, portanto, o sentido de ordem não pode permanecer como mera *tomada de posição dentro de uma ordem universal*

¹⁷⁵ STEIN, Ernildo José. *História e ideologia*, p. 51;

de mundo, conforme o acima realçado, mas sim a partir de um referencial jurídico. Nesse sentido, DE PLÁCIDO E SILVA explicita que por ordem pública:

*(...) entende-se a situação e o estado de legalidade normal, em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto. Não se confunde com a ordem jurídica, embora seja uma consequência desta e tenha sua existência formal justamente dela derivada.*¹⁷⁶

Nesse passo, tomando-se em conta a idéia de ordem não só como um *horizonte de valoração* instituído a partir de uma visão de mundo marcada como totalidade, mas a partir das referências de legalidade e de normalidade, percebe-se que a prescrição administrativa também se mostra como instrumento adequado à perfectibilização de tal ordem.

Tal percepção torna-se possível a partir de dois planos de observação distintos, embora concorrentes. O primeiro, na razão de que o fenômeno prescricional, no atinente à sua manifestação de concretude positiva, decorre de previsão estrita em lei. O segundo como decorrência de uma circunstância de implicação lógica imediata, qual seja: em presença de norma legal observada, respeitada e acatada por determinado grupo social, a constatação de uma situação de normalidade social e institucional resulta como decorrência lógica.

Em razão de tais circunstâncias, a prescrição administrativa assume então a condição de instituto de ordem pública¹⁷⁷, atuando como elemento de certeza, garantia e segurança da própria ordem social, na medida em que impede que se perpetue uma situação de insegurança. Tal peculiaridade é destaca por GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL¹⁷⁸, o qual alerta para o fato de que:

¹⁷⁶ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*, p.1101;

¹⁷⁷ *A prescrição é instituto de ordem pública, imposta pela necessidade de estabilidade, certeza e segurança das relações jurídicas, pelo que não pode ser previamente renunciada.* CRETELLA Júnior. José. *Prescrição de direito e ações contra a Fazenda Pública*, p. 7;

¹⁷⁸ VIDIGAL, G. de C. *Obra citada*, p. 306;

28. O direito prescricional é de ordem pública; é odiosa a ressurreição de uma lide, após inércia prolongada de quem devida promover os atos indispensáveis ao curso do processo.

Precária é apreciação de litígio baseada em relações há muito transcorridas, cuja prova se torna problemática, pois a própria memória dos fatos esmaece com o decurso do tempo.(...).

Mas tal ordem, certeza e segurança não se diluem na simples consolidação decorrente de seus efeitos naturais, como se destinadas a uma atuação de mera tarefa autoreflexiva, voltadas, como singulares guardadoras de lugar daquilo que representam, exaurindo-se na consolidação de um mecanismo de autoreprodução de tais garantias; exige-se-lhes um efeito concreto.

Ora, tal efeito concreto, a par de outros institutos jurídicos, exsurge por força do fenômeno prescricional, tornando possível a transcendência de tais efeitos primários, alvitrando-se mais do que cada uma dessas garantias promete. Busca-se muito mais do que a pacificação dos conflitos informados pela singularidade específica de cada um dos seus conteúdos concretos, busca-se, também, o resguardo e a proteção do interesse social.

5.5. PRESCRIÇÃO E INTERESSE JURÍDICO-SOCIAL

Entre os sistemas idealizados e construídos pelo homem, tanto o Direito quanto a sociedade refletem não só a engenhosidade de seu criador, como também o produto de décadas de permanente convivência sob normas de organização e de regulação social. Tais normas constituem-se como *elementos* de disciplina das relações sociais, transcendendo ao indivíduo em si, de molde a construir uma ordem social. Contudo:

Nenhuma ordem social se esgota porém nesta ordem do ser. Entram necessariamente na sua composição também considerações de dever ser. Não se pode dizer só que é assim; em relação a certo setor da ordem social teremos de dizer que o seu sentido só se apreende como um 'dever ser assim'. A convivência humana é uma realidade ética, que acorda considerações de dever ser.

*Na ordem social encontramos uma bipolaridade, ou uma tensão, entre ser e dever ser, que nos vai acordando para a complexidade do fenômeno jurídico.*¹⁷⁹

No caso do Direito brasileiro não é diferente. A complexidade da tecitura constitutiva da sociedade e a necessidade de que se estruturem formas adequadas de pacificação dos conflitos sociais, exigem de todas as esferas jurídicas de regulação, a partir da compreensão de nossa realidade em sua contingencialidade, a preservação de valores mínimos, mas necessários para a proteção dessa mesma sociedade. Neste intuito, o Estado e a Administração Pública passam a exercitar papéis relevantes, de modo que, na percepção de RENATO SOBROSA CORDEIRO¹⁸⁰:

(...) às novas missões que a Administração Pública recebe do modelo constitucional adotado, passam-se em revista os principais institutos a ela inerentes nas relações subjetivas instrumentais e finais com o administrado. Quanto maior o grau de intervenção do Estado na atividade privada, tanto maiores serão, sem dúvida, as formas de salvaguarda das garantias individuais.

Tal circunstância dá-se, ainda sob a ótica de RENATO SOBROSA CORDEIRO, em razão da vinculação temática conformada entre o direito Administrativo e os preceitos de ordem constitucional, cuja abrangência avança, hodiernamente, no sentido precípua de tutelar, primordialmente, aos direitos e garantias individuais, de modo que: *A evolução das relações sociais e políticas impõe às relações jurídicas novo desenho, com o fim de colmatar novas questões a traços mais contemporânea, reinterpretando-se conceitos.*¹⁸¹

Nessa senda, acresce de importância a proteção aos interesses jurídico-sociais. Entre os meios possíveis de promoção da proteção de tais interesses, encontra-se a prescrição administrativa. Isso porque: *A inércia fere o alto interesse social em que se estabeleça, nas relações entre os homens, um clima de segurança e harmonia.*¹⁸² De

¹⁷⁹ ASCENSÃO, J. de O. Obra citada, p. 21;

¹⁸⁰ CORDEIRO, R. S. Obra citada, p. 106;

¹⁸¹ CORDEIRO, R. S. Idem, ibidem;

¹⁸² VIDIGAL, G. de C. Obra citada, p. 306;

tal sorte, os interesses da coletividade acabam restando protegidos pela prescrição. Tal fenômeno extintivo, na sua modalidade atinente ao Direito Administrativo, resulta por assegurar a segurança jurídica, princípio que, entre às suas características principais, mostra-se como um dos fiéis fiadores dos interesses de toda a sociedade, na medida em que: *Ao invés de representar pena ao inerte, funda-se a prescrição no princípio da segurança jurídica, a reputar como atentatório da paz social que as relações jurídicas perdurem, insolúveis e definitivamente, no tempo.*¹⁸³

Na busca permanente de proteção aos interesses jurídico-sociais, tem-se dado privilégio exagerado ao princípio da legalidade. Não que a lei não deva ser observada. Ao contrário, tão-somente com a observação permanente do regramento legal positivo é que a sociedade poderá manter-se estável a ponto de permitir a adequada evolução e desenvolvimento dos indivíduos e das instituições sociais.

Entretanto, há de atentar-se a certo temperamento na sua aplicação. O princípio da legalidade não pode ser erigido como o único receptáculo de normas com capacidade de dar solução a todo sorte de conflitos que surgem na dinâmica da vida em sociedade. Portanto, não só o cidadão, mas primordialmente a Administração Pública, hão de atentar para a necessidade inafastável de observar-se, concomitantemente ao princípio da legalidade, o princípio da segurança jurídica. De qualquer modo, tal agir nem sempre tem sido observado. Tanto é assim que ALMIRO DO COUTO E SILVA¹⁸⁴ adverte que:

A dificuldade no desempenho da atividade jurídica consiste muitas vezes em saber o exato ponto em que certos princípios deixam de ser aplicáveis, cedendo lugar a outros. Não são raras as ocasiões em que, por essa ignorância, as soluções propostas para problemas jurídicos têm, como diz Bernard Schwartz, 'toda a beleza da lógica e toda a hediondez da iniquidade'.

A Administração Pública brasileira, na quase generalidade dos casos, aplica o princípio da legalidade, esquecendo-se completamente do princípio da segurança jurídica. A doutrina e jurisprudência nacionais, com as ressalvas apontadas, têm sido muito tímidas na afirmação do princípio da segurança jurídica.

¹⁸³ NOBRE JÚNIOR, E. P. Obra citada, p. 222;

¹⁸⁴ SILVA, Almiro do Couto e. *Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo*, p. 62;

Ao dar-se ênfase excessiva ao princípio da legalidade da Administração Pública e ao aplicá-lo a situações em que o interesse público estava a indicar que não era aplicável, desfigura-se o Estado de Direito, pois se lhe tira um dos seus mais fortes pilares de sustentação, que é o princípio da segurança jurídica, e acaba-se por negar justiça.

Firmada a convicção de que o princípio da legalidade não deve erigir-se no modelo único de resolução das controvérsias sociais, exigindo-se a presença e a consideração do princípio da segurança jurídica, surge a figura da prescrição administrativa como um modo possível de conformação de tal ideal. Ou seja, por força de tal fenômeno extintivo, a Administração Pública, fiel observadora da lei deverá, no fito de evitar lesão irreparável a um escopo de justiça, visar e assegurar à segurança dos administrados.

Como já realçado acima, a prescrição administrativa, instituto jurídico adstrito, de forma inafastável, à sua anterior previsão legal, deverá restar compreendido a partir de um sentido que lhe outorgue as feições e os efeitos decorrentes da necessária segurança jurídica, fazendo cessar os conflitos por força de sua intervenção oportuna e adequada, de molde a, fundamentalmente, pacificar as dissonâncias ocorrentes no seio da sociedade.

Tal segurança jurídica decorrente da prescrição administrativa advém de um sentido de extinção da controvérsia. De tal sorte, nos limites do que aqui se indaga, os interesses jurídico-sociais subsumem-se à ordem social pela via institucionalizada da prescrição administrativa, a qual objetiva uma ordem, sedimenta uma solução e acumula referências necessárias para construção de alternativas vocacionadas à solução dos conflitos sociais.

5.6. PRESCRIÇÃO E FIXAÇÃO DAS RELAÇÕES INCERTAS

Da convivência cotidiana e diuturna, muitas são as relações que se entabulam entre os indivíduos. Em face de tais relações, afastadas às de natureza puramente social, limitando-nos à esfera restrita das relações de natureza jurídica, percebendo-se que tais vínculos buscam instituir-se como um lugar que possibilite garantia e certeza para os múltiplos interesses que integram o patrimônio individual de cada pessoa. Entre

outras e tantas circunstâncias possíveis, direitos a prestações, tanto em seu conteúdo positivo, a exigir a atuação de alguém, como em seu conteúdo negativo, a exigir uma abstenção, mostram-se como a face mais comum dessa busca de viabilidade direcionada à obtenção de uma solução adequada.

Na esfera estrita das relações jurídicas, além das relações triviais acima realçadas, há aquelas que, informadas pela categoria designada genericamente por direitos potestativos, dão azo à submissão de uma ou mais vontades a uma vontade alheia. Não há em tais circunstâncias um direcionamento da solução da controvérsia, a partir de uma mera pretensão a prestação, mas sim a partir de um manifesto estado de sujeição. Por decorrência de tal situação, em especial e fundamentalmente em razão da severidade de seu conteúdo e efeito, tais direitos, por decorrência da força coativa que os caracterizam, e por conseqüência as relações deles originadas, devem submeter-se de modo irrestrito aos ditames da lei.

Importa destacar que, mesmo na variabilidade dos direitos que estruturam a base das relações submetidas à regulação jurídica em seus multifários contornos, a arquitetura da relação jurídica é sempre informada por um conjunto de pressupostos que se repetem em sua base material de conformação mais singela. Tanto é assim que ORLANDO GOMES¹⁸⁵ explicita que:

Toda relação, humana ou material, compõe-se de dois elementos: a) um fato; b) um vínculo. Esse fato, que estabelece um vínculo entre homens ou a submissão de uma coisa à vontade individual, torna-se jurídico, se a lei lhe confere 'efeitos', formando o que já se chamou expressivamente de esqueleto da relação jurídica.

Toda relação social, ou de fato, que produz conseqüências jurídicas, é relação jurídica.

Ante tal perspectiva, torna-se possível então visualizar a prescrição administrativa como um modo juridicamente relevante de fixar relações jurídicas. Ademais, na medida em que resulta incontroverso que das relações jurídicas, ante a possibilidade quase infinita dos interesses que a integram, a certeza não se mostra como um elemento que, necessariamente, esteja sempre presente. Portanto, não só no

¹⁸⁵ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, p. 116;

caso das relações jurídicas sobre as quais não paira nenhuma dúvida ou incerteza, mas primordialmente em relação às relações jurídicas incertas, a prescrição vem atuar como um fator de cessação de tal estado marcado por eventuais controvérsias.

Tal circunstância assume relevo significativo no âmbito do Direito Público e, em especial, na esfera das relações jurídicas disciplinadas pelo Direito Administrativo. Tanto a Administração Pública quanto o administrado poderão estar a titular pretensões a respeito das quais a certeza não seja a tonalidade mais marcante. Portanto, a prescrição administrativa, caracterizada pela sua força extintiva, surge como uma forma legal de fazer cessar qualquer forma de incerteza ou dúvida.

Isso se torna possível, na medida em que a prescrição administrativa, tomada em conta a partir de sua conformação como resposta a qualquer espécie de conflito juridicamente relevante, não só por estar previamente integrada a estrutura do ordenamento jurídico, por força de expressa previsão legal, ou como princípio acolhido pelo sistema a partir de um referencial plasmado pela Constituição Federal, afasta qualquer incompatibilidade pré-existente, gerando, por força de seu poder extintivo, a supressão da situação de dúvida e de incerteza, a partir de uma decisão, nela arrimada, que põe fim ao conflito.

Importa destacar que tal supressão do conflito, a partir de uma decisão estruturada nos ditames concretizados pela via da prescrição administrativa, não pressupõe a situação ideal de uma obtenção de consenso entre os interesses em conflito. O que se busca é a cessação pura e simples da situação de incerteza que está a marcar determinada relação jurídica. Portanto, não se pode deixar de reconhecer no fenômeno prescricional, como fator marcante de suas peculiares feições, a busca, por força de uma decisão, tanto judicial quanto administrativa, da absorção de toda e qualquer insegurança.

Para que melhor se compreenda tal assertiva, merece realçar que a vocação primordial da decisão aqui acolhida como modelo é, tão-somente, a de *absorção da insegurança* resultante de eventuais relações jurídicas marcadas pela dúvida ou pela incerteza. Nesse sentido, esclarece TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR¹⁸⁶ que:

¹⁸⁶ FERRAZ JÚNIOR, T. S. Obra citada, p. 43 a 44;

(...) a finalidade imediata da decisão está na ‘absorção de insegurança’, no sentido de que, a partir das alternativas incompatíveis, enquanto premissas relativamente inseguras da decisão, novas alternativas são obtidas, sem necessidade, em princípio, de um retorno constante às incompatibilidades primárias, tendo em vista decisões subseqüentes.

[...]

A ‘absorção da insegurança’ não significa, por outro lado, necessariamente, obtenção de consenso, nem como pressuposto nem como conseqüência imediata da decisão. Sua função específica não é a diminuição ou a eliminação de incompatibilidades.

Por tal razão, a prescrição administrativa apresta-se, também, a fazer cessar a incerteza, a dúvida e toda e qualquer espécie de controvérsia que possa vir a marcar relações jurídicas informadas pela conflituosidade. Se o administrado deixou de exercitar o seu direito de buscar prestação fundada em dívida passiva da Administração Pública Estadual, por exemplo, por prazo superior a cinco anos, a prescrição administrativa exsurge, forte no grafado pelo art. 1º do Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932. Por força do evento prescricional, portanto, põe-se fim à pretensão obstada pela prescrição, consolidando como certo e indubitoso, independentemente da vontade ou entendimento de ambas as partes, que tal pretensão não pode mais restar exercitada, *absorvendo* toda e qualquer *insegurança* que possa advir de tais circunstâncias.

Que se destaque, contudo, que tal absorção de insegurança importa, primordialmente, na cessação do conflito. Não há, portanto, a pretensão à obtenção de satisfação dos interesses individuais de cada uma das partes ou a obtenção de seu consenso a respeito de uma forma específica de composição de sua dissensão. A certeza e a cessação da insegurança dão-se, portanto, tão-somente, pela supressão do conflito em razão do evento prescricional.¹⁸⁷

¹⁸⁷ Nesse sentido, de modo a melhor elucidar tal circunstância, basta que se verifique o conteúdo do aresto, abaixo transcrito em sua ementa, oriundo do STF, senão vejamos: *Prescrição Quinquenal. Decreto nº. 20.910/32, Art. 1º. Estabilidade no serviço público (Art. 177, parágrafo 2º, da C.F. de 1967). É prescritível a pretensão à estabilidade. O prazo prescricional tem início, ao menos, no momento em que a administração pública nega ao servidor esse direito. Hipótese em que isso teria ocorrido, por força de decreto estadual, insuscetível de interpretação pelo Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário conhecido e provido. RE 102534 / SP – São Paulo. Relator: Min. SYDNEY SANCHES. Julgamento: em 15/04/1986. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJU em 30/05/86, pág. 9277. Ementário, volume nº 1421-02, pág. 352.* Nesse decisório, além da irrelevância da existência ou não do direito postulado, a inércia, como fator impeditivo da discussão, deu-se pela inação do servidor público, face à norma constitucional atributiva do direito pretendido e a assunção de uma conduta

Em realidade, as decisões judiciais, como de resto todas as decisões que resultam como produto de um determinado procedimento institucionalizado, no fito específico de por fim a um conflito, no caso de alcançarem tal desiderato extintivo pela via de reconhecimento do fenômeno prescricional, em razão da própria estrutura da ordem jurídica nacional, revelam uma peculiaridade oriunda de sua própria essência, qual seja a de que:

Essa peculiaridade, em oposição a outros meios de solução de conflitos (sociais, políticos, religiosos etc.), revela-se na sua capacidade de 'terminá-los' e não de 'soluciona-los'. [...] decisões não eliminam conflitos no sentido de que a questão dúbia jamais perde esse seu caráter. Que significa, pois, a afirmação de que as normas 'terminam' conflitos? Isso significa, simplesmente, que a norma (a lei, a norma consuetudinária, a decisão do juiz etc.) impede a continuação de um conflito: ela não o termina por meio de uma solução, mas o soluciona, pondo-lhe um fim.¹⁸⁸

Portanto, a prescrição administrativa, entre tantas outras peculiaridades a tal instituto inerentes, atua pela necessidade de *estabilidade, certeza e segurança das relações jurídicas*, conforme explicita JOSÉ CRETELLA JÚNIOR¹⁸⁹, gerando-se, de tal atuação, a indispensável segurança jurídica, na medida em que, por força de tal evento, cessa todo e eventual conflito.

5.7. PRESCRIÇÃO E ABUSO DO ESTADO

Entre os elementos que caracterizam o Estado de Direito, na compreensão da possibilidade de limitação ao poder do próprio Estado e, por conseqüência, da própria Administração Pública, o compromisso com a democracia configura uma das mais importantes garantias ao cidadão e ao administrado em geral, na medida em que a sua

negativa ao reconhecimento da pretensão, no caso, titulado pelo servidor. De tal sorte, ante a circunstância fática conformada, a prescrição, após o seu regular reconhecimento, vem pacificar a controvérsia, suprimindo a possibilidade de conflito;

¹⁸⁸ FERRAZ JÚNIOR, T. S. Obra citada, p. 64 a 65;

¹⁸⁹ CRETELLA JÚNIOR, J. Obra citada, p. 69;

vinculação com o ideário democrático legitima a sua própria existência. Conforme assenta JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO¹⁹⁰:

O Estado constitucional não é nem deve ser apenas um Estado de direito. Se o princípio do Estado de direito se revelou como uma “linha Maginot” entre “Estados que têm uma constituição” e “Estados que não têm uma constituição”, isso não significa que o Estado Constitucional moderno possa limitar-se a ser apenas um Estado de direito. Ele tem de estruturar-se como ‘Estado de direito democrático’, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A articulação do “direito” e do “poder” no Estado constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. O princípio da soberania popular é, pois, uma das traves mestras do Estado constitucional. O poder político deriva do “poder dos cidadãos”.

Nunca se pode esquecer que no espaço de exercício de poder por parte do Estado Democrático de Direito, o poder não é absoluto. Tal submissão ao Direito erige-se como garantia ao cidadão e ao administrado, em geral. Tal perspectiva dá azo a que se perceba, entre outros efeitos, a submissão do Estado ao Direito, gerando-se e possibilitando-se um sentimento de segurança. Desse modo, ninguém poderá ser atingido por qualquer atividade estatal sem que tal agir esteja assentado sob o pressuposto fundamental de sua submissão à ordem jurídica.

Tal pressuposto decorre da circunstância de que o Estado deve estar sempre voltado aos interesse da sociedade como um todo, mesmo no momento em que passa a disciplinar as relações sociais, já que, conforme explicita JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO:

O Estado, embora se caracterize como instituição política, cuja atuação produz efeitos externos e internos, não pode deixar de estar a serviço da coletividade. A evolução do Estado demonstra que um dos principais motivos inspiradores de sua existência é justamente a necessidade de disciplinar as relações sociais, seja propiciando segurança aos indivíduos, seja preservando a ordem pública, ou mesmo praticando atividades que tragam benefício à sociedade.¹⁹¹

¹⁹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 91 a 92;

¹⁹¹ CARVALHO FILHO, J. dos S. *Obra citada*, p. 27;

Ora, entre os mecanismos criados pelo Direito para resguardar o cidadão, em face de eventuais atividades da Administração Pública, a prescrição administrativa mostra-se como um dos modos essenciais a tal proteção. Dessa forma, se até o Estado é limitado pelo Direito e se, no corpo de regulação de uma determinada ordem jurídica, a prescrição assume a condição de limitação ao agir de qualquer interessado, por força do reconhecimento de tal evento, a prescrição assume a condição de instituto assegurador da própria segurança jurídica. Contudo, mesmo com o reconhecimento do evento prescritivo por parte da Administração Pública, de tal percepção poderá resultar dano aos interesses e às pretensões do administrado em geral, dado que:

Cresce ultimamente no âmbito da Administração Pública a utilização dos institutos da prescrição e da decadência. Os administradores e agentes públicos ao aplicarem estes institutos, na maioria das vezes, não se preocupam em fazer um estudo mais aprofundado destes, não conhecendo seus conceitos, deixando-se levar a par da novidade.

*Em nome da tão aclamada 'estabilidade das relações jurídicas' invocam estes institutos, demonstrando, talvez, um reflexo da nossa Constituição Garantida, que resguarda o cidadão, através de uma série de mecanismos, de eventuais abusos praticados pelo Estado.*¹⁹²

O que importa realçar é a circunstância de que a prescrição assume a condição de controle da própria atuação da Administração Pública, buscando, entre outros desideratos, a atenuação da força lesiva oriunda de algumas de suas ações. Isso por que: *No campo do direito público, a prescrição funciona também como fator de estabilidade na relação dos administrados com a Administração Pública, e vice-versa.*¹⁹³

Caso não fosse possível reconhecer-se a submissão do Estado e, por decorrência, da Administração Pública, à força do evento prescricional, o Estado poderia abusar de suas prerrogativas, servindo-se até, como sói acontecer, do caminho assegurado pelas largas portas da argumentação apoiada no dúbio e impreciso conceito do interesse público, no fito de manter, por força de tal abuso, em permanente

¹⁹² CAETANO. Fabiano de Lima. *Prescrição e decadência no âmbito da Administração Pública e sua relação com o poder de império: alguns apontamentos*, p. 1;

¹⁹³ MATTOS, M. R. G. de. *Obra citada*, p. 58;

instabilidade as relações, eventualmente, marcadas por alguma espécie de irregularidade. Nesse sentido, CLENÍCIO DA SILVA DUARTE¹⁹⁴ alerta que:

10. Não tem sentido que o Estado mantenha em suspense, durante dez anos, situações funcionais, para, depois, desfaze-la, sob pretexto de irregularidade, que, em última análise, teria sido praticada pelas autoridades que deveriam velar pelo cumprimento das leis, num compasso de espera inédito na história da ineficiência de alguns serviços públicos.

11. Se, nesta altura dos acontecimentos, tais situações fossem despeitos, desprezando-se todos os prazos de prescrição que correm inclusive, como se sabe, também contra a Administração Pública, as vítimas desse procedimento contrário ao Direito seriam esses servidores que, de qualquer modo, ficaram em situação de expectativa infundável, sem que nenhuma responsabilidade se lhes pudesse atribuir pelas irregularidades capituladas.

Mas a só submissão da Administração Pública a um regime democrático de direito não é garantia da devida proteção à segurança jurídica do Administrado. Há de evitar-se, de forma concreta, qualquer abuso por parte do Estado. Exige-se, antes de tudo, que se tenha bem claro os contornos dessa nova concepção, mormente ante ao fato de que muito se tem confundido o Estado Democrático de Direito como sendo àquele no qual simplesmente se aplica à lei. ALMIRO DO COUTO E SILVA bem explicita esses novos contornos, na medida em que destaca que:

Há hoje pleno reconhecimento de que a noção de Estado de Direito apresenta duas faces. Pode ela ser apreciada sob o aspecto material ou sob o ângulo formal. No primeiro sentido, elementos estruturantes do Estado de Direito são as idéias de justiça e de segurança jurídica. No outro, 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

¹⁹⁴ DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DO PESSOAL CIVIL. Parecer. Processo nº 225/73. Funcionário Público. Enquadramento. Prescrição. *As situações irregulares consolidam-se com o decurso do tempo, não sendo mais possíveis de qualquer retificação, seja para melhor, seja para pior.* Consultor Jurídico: Clenício da Silva Duarte. Revista de Direito Administrativo, vol. 116, p. 369;

*proteção da boa fé ou da confiança (Vertrauensschutz) que os administrados têm na ação do Estado, quanto à sua correção e conformidade com as leis.*¹⁹⁵

Entretanto, por força da complexidade das variáveis que interagem em tal sistema, conforme o acima destacado, torna-se excessivamente complexa a identificação do referencial objetivo de orientação ao agir estatal, acabando-se por supervalorizar a lei como fator de demarcação para tal atuação, tão-somente. Portanto, a adequação das atividades da Administração Pública passa a ser considerada justificada, também, a partir de sua adequação ao texto conformado pela regra legal, sem excluir-se, contudo, os paradigmas contemporâneos plasmados pelo Estado Democrático de Direito.

Tal circunstância resultou reforçada pelo advento da Constituição Federal de 1988. Nos termos do preceituado pelo art. 37 do estatuto fundamental, inseriu-se como princípio a ser obedecido pela Administração Pública, entre outros ali previstos, o princípio da legalidade. A partir de tal referência normativa, fortaleceu-se, mais ainda, a concepção de cunho estritamente legalista, o que, na esteira dos avanços percorridos pelo Direito Administrativo, exige uma leitura menos estrita de tal mandamento constitucional.

Isso porque tal perspectiva revelou-se frágil, na medida em que: *A tolerada permanência do injusto ou do ilegal pode dar causa a situações que, por arraigadas e consolidadas, seria iníquo desconstituir, só pela lembrança ou pela invocação da injustiça ou da ilegalidade originária*¹⁹⁶. Nessa nova perspectiva, portanto, consolidou-se um paradoxo, revelando-se, a partir de tal constatação, a necessidade de uma dessabsolutização de tal compreensão de feições puramente legalistas.

Fator fundamental para a releitura dos enunciados gerais que disciplinam a atividade do Estado, de molde a possibilitar uma mutação de compreensão, a idéia de segurança jurídica assumiu, quase que como a título de uma síntese, a condição de diretriz maior, afastando a superada concepção da preponderância do critério da legalidade estrita sobre qualquer outra diretriz, já que: (...) *quando se diz que em*

¹⁹⁵ SILVA, A. do C. e Obra citada, p. 46;

¹⁹⁶ SILVA, A. do C. e. Idem, p. 47;

*determinadas circunstâncias a segurança jurídica deve preponderar sobre a justiça, o que se está afirmando, a rigor, é que o princípio da segurança jurídica passou a exprimir, naquele caso, diante das peculiaridades da situação concreta, a justiça material.*¹⁹⁷

Ademais, por força do princípio da segurança jurídica, o qual resulta concretizado, entre outros institutos, pela prescrição administrativa, permitiu-se e possibilitou-se, fundamentalmente em razão da cessação do conflito instaurado entre a Administração Pública, que o administrado, ou o servidor, atribuissem um sentimento de confiança, não só ao Estado em si, mas também na própria Administração Pública.

Mas não se pode esquecer que nem sempre foi assim, já que tal circunstância imantada de confiança e de garantia, em sua origem, paradoxalmente, não restou gerada pela mera aplicação da lei. Tanto é assim que ALMIRO DO COUTO E SILVA¹⁹⁸ alerta para o fato de que:

Só há relativamente pouco tempo é que passou a considerar-se que o princípio da legalidade da Administração Pública, até então tido como inconstratável, 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.

Plasmado sob a influência do ideário liberal, o princípio da legalidade começou a mostrar-se em descompasso com as exigências oriundas do Estado contemporâneo. A complexidade das relações submetidas à sua regulação e normatização específica, no fito de melhor organizar a sociedade, passou a exigir muito mais do que a simples e mecânica aplicação da lei. Contudo: *A dificuldade no desempenho da atividade jurídica consiste muitas vezes em saber o exato ponto em que certos princípios deixam de ser aplicáveis, cedendo lugar a outros.*¹⁹⁹ Ante tal dificuldade, portanto, assumiram maior relevância as idéias de segurança, certeza e harmonia, afastando, ou, no mínimo,

¹⁹⁷ SILVA, A. do C. e. Obra citada, p. 47;

¹⁹⁸ SILVA, A. do C. e. Idem, ibidem;

¹⁹⁹ SILVA, A. do C. e. Idem, p. 62;

buscando afastar as *desilusões* que a simples aplicação do princípio da legalidade não conseguia afastar.

Mas não é só a inadequação da concepção legalista de uma Administração Pública primordialmente submetida à lei que está a exigir uma atenuação do princípio da legalidade. Há também um *esquecimento* da circunstância de que a lei deve, além de assegurar certeza e garantia às relações jurídicas que disciplina, atuar no sentido de proteger o administrado contra o Estado. De modo que:

*Faz-se, modernamente, também, a correção de algumas distorções do princípio da legalidade da Administração Pública, resultante do esquecimento de que sua origem radica na proteção dos indivíduos contra o Estado, dentro do círculo das conquistas liberais obtidas no final do século XVIII e início do século XIX, e decorrentes, igualmente, da ênfase excessiva no interesse do Estado em manter íntegro e sem lesões o seu ordenamento jurídico.*²⁰⁰

Nesse passo, portanto, o instituto da prescrição administrativa assume feição significativa. Formado o conflito após longo decurso de tempo, não se pode pretender solvê-lo pela imediata aplicação da lei, sem que restem consideradas um conjunto de circunstâncias que delimitam cada caso concreto, e que resultam da cristalização de condutas, de anseios e de expectativas por parte daqueles que restaram acolhidos no âmbito de uma situação jurídica que, por peculiaridades específicas, acabou consolidando-se em descompasso com alguma regra legal, pura e simplesmente.

Assim, nos dias de hoje, mostra-se possível admitir-se que a mera aplicação da lei pode acabar por consolidar uma forma de abuso do Estado, sendo que a prescrição administrativa, por decorrência de tal situação, surge como fator de impedimento de tal atitude marcadamente prepotente.

É óbvio que, como fator de mediação da seletividade do critério mais adequado, busca-se sempre, substancialmente, a implementação de uma atuação vocacionada a uma pretensão de regulação, por parte da Administração Pública, onde a consideração do interesse público caracteriza-se como trajeto inafastável, dado que seria inadmissível qualquer espécie de agressão a tal desiderato, já que tal diretriz nunca

²⁰⁰ SILVA, A. do C. e. Obra citada, p. 54;

poderá implicar numa concepção adstrita a um tudo ou nada, esmagando todas as razões e interesses que se mostrem em desacordo com eventual critério eleito.

De qualquer forma, a prescrição administrativa admite, entre suas características estruturais, um sentido de cessação de instabilidade das relações jurídicas, o qual, como se sabe, assume uma condição de valor. A partir de tal tipologia, a prescrição administrativa passa a funcionar como um fenômeno articulador de todas as circunstâncias juridicamente relevantes alcançadas por um determinado período de tempo, submetendo-se-lhes à extinção. De tal sorte, a possibilidade de uma atuação abusiva da Administração Pública resulta atingida em sua vitalidade, fazendo com que o Estado, como também o administrado, subordinem-se a seus ditames, sob a força de sua função modificadora da situação jurídica em espécie. Põe-se fim a possibilidade de uma manutenção permanente do conflito resultante de uma vontade irracional de aplicação perpétua da lei, a qualquer momento e a qualquer tempo. Cessa, por conseqüência, qualquer forma de instabilidade, instaura-se o primado da segurança jurídica. Neutraliza-se a incerteza.

6. DA PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA

6.1. DIREITO POSITIVO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Para o efeito de que se possa melhor compreender o instituto da prescrição administrativa, impende que se proceda a uma ruptura. Tal ruptura inicialmente mostra-se factível a partir de diversos critérios necessários ao compromisso de efetivá-la. Contudo, caso se pretenda fragmentá-la, ao invés de logarmos encontrar o sentido específico da prescrição administrativa, vamos, tão-somente, limitarmos-nos a um mero exercício de rememoração. Desse modo, portanto, como, aliás, resulta do intento primordial das presentes indagações, vamos, ao início, examinar os detalhes marcantes de cada uma das regulações que se sucederam no tempo, até os dias de hoje. Importa, entretanto, que mais uma vez se destaque que a intenção de tal exame não está associada a uma análise do universo que caracteriza a prescrição administrativa no sistema jurídico nacional, através do exame de toda a legislação que disciplina tal fenômeno extintivo, mas sim, fundamentalmente, em desvelar o significado de tal instituto, servindo-se, num plano paralelo do princípio da segurança jurídica, no fito de que tal diretriz funcione como um indicador daquilo que, muitas vezes, não se consegue visualizar.

É, hodiernamente, aceita, quase pela totalidade dos juristas nacionais, a circunstância de que a Administração Pública sempre buscou privilegiar aos seus interesses a partir das largas portas que identificam os motivos de ordem pública. Ou seja, todos os seus benefícios e privilégios sempre buscaram romper as resistências contra eles alegadas, a partir da assertiva de que a Administração Pública sempre esteve voltada, em suas exigências e em seu proceder a motivos de ordem pública. Tal perspectiva sempre resultou esgrimida, na medida em que na história do Direito Público nacional, tais privilégios e prerrogativas nem sempre se mostraram adequados aos fins aos quais o Estado alegava buscar.

A primeira legislação que tratou da prescrição em nosso país, fê-lo de modo geral; até porque, embora já delineados os contornos entre o público e o privado, não

se poderia, ainda, pretender identificar a existência de um Direito Administrativo, nos termos em que hoje se encontra estruturado tal ramo do saber jurídico. Tal legislação, como ao início referido, tratava-se das Ordenações Filipinas, as quais, em seu Título 79, de seu Livro IV, estabelecia²⁰¹, de modo geral, a possibilidade de invocar-se a prescrição em prazo de trinta anos, a contar do dia em que a obrigação deveria ser cumprida, norma esta que era aplicável à Fazenda Pública. Acrescia tal regramento regras singulares e reveladoras de um pensamento muito bem delineado.

Assentava que, passados os trinta anos necessários ao advento do evento extintivo, o obrigado não mais poderia ser demandado, face a negligência presumida com que havia se portado o credor, ou titular do direito lesado. Contudo, tal regramento já trazia em seu bojo um princípio ético com vigor suficiente para afastar o fenômeno prescricional, qual seja o fato de ter agido o devedor com má-fé, quando então, comprovada o agir marcado por tal vício, tal legislação passava, em tal caso, a admitir a imprescritibilidade, sob a argumentação de que não poderia restar beneficiado aquele que havia se locupletado de modo indevido.

Tal regulação admitia, ainda, a possibilidade de interrupção do lapso prescricional, tanto pela citação, quanto por qualquer outra forma em Direito admitida, quando então, ocorrida tal exceção, o prazo iniciava seu curso novamente e de forma integral. De outra banda, tal legislação resguardava, de modo absoluto, do curso

²⁰¹ *Se alguma pessoa for obrigada à outra em alguma certa cousa, ou quantidade, por razão de algum contracto, ou quasi-contracto, poderá ser demandada até trinta annos, contados do dia que essa cousa ou quantidade haja de ser paga, em diante. E passados os ditos trinta annos, não poderá ser mais demandado por essa cousa, ou quantidade; por quanto por a negligencia, que a parte teve, de não demandar em tanto tempo sua cousa, ou divida, havemos por bem, que seja prescripta a aução, que tinha para demandar. Porém esta Lei não haverá lugar nos devedores, que tiverem má fé porque estes taes não poderão prescrever per tempo algum, por se não dar ocasião de peccar, tendo o alheo indevidamente. Porem, se a dita prescripção for interrompida por citação, feita ao devedor sobre essa divida, ou per outro qualquer modo, per que per Direito deva ser interrompida, começara outra vez de novo correr o dito tempo. E se aquelle a que for a cousa, ou quantidade devida, for menor de quatorze annos, não correrá contra elle o dito tempo até que tenha idade de quatorze annos cumpridos. E tanto que chegar a ella, correrá contra elle. E postoque o dito tempo corra contra o maior de quatorze annos, e menor de vinte e cinco, poderá elle pedir restituição contra sua negligencia, que teve em não demandar dentro de dito tempo, até chegar a idade de vinte e cinco annos; com tanto que do tempo, que elle chegar a idade de vinte e cinco annos, até quatro annos cumpridos, em que fara vinte e nove annos, a peça e impetre. E pedida e impetrada a restituição, podera haver e cobrar toda sua divida, como se nunca o dito tempo de trinta annos corresse contra ele. E quanto aos bens obrigados a outrem em geral, ou em especial, se guarde o que temos dito no Título 3: Que quando se rende a cousa, que he obrigada, sempre passa com seu encargo.*

prescricional, os menores de quatorze anos cumpridos. Entre àqueles que, dos quatorze aos vinte e cinco mostrassem-se negligentes, poderiam demandar, no sentido de obterem a restituição do prazo, para o efeito de ser-lhes restituído tal lapso em detrimento de sua negligência. Contudo, o direito à restituição só poderia ser postulado por aqueles que, no prazo de quatro anos, após terem completado vinte e cinco anos, ingressassem com a demanda, até completarem a idade de vinte e nove anos, quando então poderiam postular o valor total de sua dívida, como se contra eles nunca tivesse corrido prazo prescricional algum.

Contudo, foi a partir da edição do Regimento da Fazenda, do ano de 1516, que, pela primeira vez estabeleceu-se, visivelmente já a título de privilégio, o prazo de cinco anos para o recebimento, por parte dos credores do erário, de dívida passiva de responsabilidade da Fazenda Pública.

Entretanto, por força do Alvará de 9 de maio de 1810, o Príncipe Regente, além de declarar antigas todas as dívidas contraídas pela Real Fazenda do Rio de Janeiro, até o ano de 1797, em razão de não terem sido habilitadas para pagamento perante o Conselho Fazendário Imperial, fixou o prazo de três anos, contados da data do mencionado alvará, para o efeito de serem postulados tais valores, sob pena de, em não o habilitando os respectivos credores, restarem tais crédito prescritos, não mais podendo restar ajuizada nenhuma ação em busca de seu adimplemento.²⁰²

Passados, praticamente, trinta e um anos do retro-referido alvará, foi promulgada a Lei nº 243, de 30 de novembro de 1841²⁰³, determinando, em seu art. 20,

²⁰² Dizia, no que aqui interessa, o referido alvará que: *E tendo consideração a todo referido, hei por bem, conformando-me com o parecer da referida consulta, ordenar: que todas as dividas contrahidas até o fim do anno de 1797 se considerem antigas, como fora assentado na extincta Junta de Revisão, e que todas as dividas desta natureza, cujas letras e documentos não forem apresentados no Conselho da minha Fazenda para as suas respectivas habilitações, dentro do prazo de tres annos contados da data do presente alvará se entenderão prescriptas, e sem acção os Credores para as pedirem jamais, como se não tivessem sido contrahidas, ou estivessem totalmente pagas;*

²⁰³ LEI Nº 243 — de 30 de Novembro de 1841. *Fixando a Despeza, e Orçando a Receita para o Exercício do anno financeiro de 1842 — 1843. Dom Pedro Segundo, por Graça de Deos, e Unanime Acclamação dos Povos, Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brasil, Fazemos saber a todos os Nossos Subditos, que a Assembléa Geral Decretou, e Nós Queremos a Lei seguinte. [...] Art. 20º Do 1º de Janeiro de 1843 em diante não terá mais lugar inscripção alguma da devida passiva fluctuante, mandada fundar pela Lei de 15 de Novembro de 1827, á excepção daquellas que nessa epoca se acharem em liquidação, ou penderem de processo*

que, a partir de 01 de janeiro de 1843, passasse a vigorar o que era determinado pelos artigos 209 e 210 do Regimento da Fazenda, retornando, para efeito da contagem do lapso prescricional, então o prazo de 5 anos. Entretanto, tal regra legal inscreveu, além de diretrizes procedimentais específicas, modificação de importância singular, qual seja, regulou, para o efeito de prescrição, tanto as pretensões relativas às dívidas passivas da Fazenda Pública, quanto àquelas relativas à dívida ativa da *Administração Pública*. Destaca-se aqui a importância de tal inovação, na medida em que, hodiernamente, de forma injustificável, o legislador não buscou agregar, em um mesmo estatuto legal, a disciplina prescricional tanto em relação à dívida passiva da Fazenda Pública, quanto em relação à sua dívida ativa.

Em 12 de novembro de 1851, veio à lume o Decreto nº. 857²⁰⁴, o qual visava explicar o art. 20 da Lei nº 243, de 30 de novembro de 1841. Tal explicação buscava

judicial, ficando inteiramente prescriptas, e perdido para os credores o direito de requerer a liquidação e pagamento dellas. Da mesma data em diante ficão em vigor os Capitulos 209 e 210 do regimento de Fazenda, assim pelo que respeita à divida passiva posterior ao anno de 1826, existente até hoje e á divida futura, como pelo que respeita a toda divida activa da Nação. O Governo dará toda publicidade á disposição deste Artigo e dos referidos Capitulos.

²⁰⁴ DECRETO Nº 857 - de 12 de Novembro de 1851. Explica o art. 20 da Lei de 30 de Novembro de 1841 relativo á prescripção da divida activa e passiva da Nação. Considerando que o Art. 20 da Lei de 30 de Novembro de 1841, relativo á prescripção da divida passiva e activa da Nação, exige explicações claras e explicitas, que sirvão tanto para dirigir os executores, como para instruir as partes no que toca a seus direitos e interesses, Hei por bem Determinar o seguinte: Prescripção de 5 annos. Art. 1º A prescripção de 5 annos, posta em vigor pelo Art. 20 da Lei de 30 de Novembro de 1841, com referencia ao Capitulo 209 do Regimento da Fazenda, a respeito da divida passiva da Nação, opera a completa desoneração da Fazenda Nacional do pagamento da divida, que incorre na mesma prescripção. Art. 2º Esta prescripção comprehende: 1º o Direito que alguém pretenda ter a ser declarado credor do Estado, sob qualquer título que seja. 2º O direito que alguém tenha a haver pagamento de huma divida já reconhecida, qualquer que seja a natureza della. Art. 3º Todos aquelles, que pretenderem ser credores da Fazenda Nacional por ordenados, soldos, congruas, ou gratificações e outros vencimentos de empregos; por pensões, tenças, meio soldo e monte pio; por preço de arrematações e contractos de qualquer natureza, e pagamento de despesas feitas e serviços prestados; e por quaesquer reclamações, indemnisações, e restituções, deverão requerer o reconhecimento e liquidação de suas dividas, a expedição de despachos, ordens, e titulos para o pagamento, e fazer o assentamento das que o precisarem dentro dos 5 annos; e passado este prazo, ficará prescripto a favor da Fazenda Nacional todo o direito que tiverem. Art. 4º Todos aquelles que depois de haverem os seus despachos correntes para o pagamento, tiverem feito o assentamento, ou estiverem lançados na folha, não requererem que effectivamente se lhes pague o que lhes for devido dentro dos 5 annos, perderão o direito a esse pagamento em virtude da prescripção a favor da Fazenda Nacional. Art. 5º Quando o pagamento que se houver de fazer aos credores for dividido por prazo de mezes, trimestres, semestres ou annos, e se der a negligencia da parte dos mesmos credores, a prescripção se irá verificando a respeito d'aquelle ou d'aquelles pagamentos parciaes, que se forem comprehendendo no lapso dos 5 annos; de sorte que por se ter perdido o direito a hum pagamento mensal, trimestral, semestral, ou annual, não se perde o direito aos seguintes a respeito dos quaes ainda não tiver corrido o tempo da prescripção. Art. 6º Os 5 annos

tornar claros e explícitos a regulação referida, de molde a facilitar à compreensão de seus executores, quanto também instruir os administrados em geral, no que atine aos seus direitos e interesses.

Tal estatuto legal, à exceção de alguns de seus aspectos peculiares à sua época de vigência, também se mostrou de relevância significativa. Além de regular conjuntamente a prescrição em relação às dívidas passiva e ativa da Fazenda Pública, estendeu a compreensão do conceito de dívida para a concepção de crédito de qualquer natureza. Ademais, limitou em cinco anos o prazo para a postulação, em esfera administrativa, das pretensões que elencava, tanto para o reconhecimento, meramente administrativo, de tais pretensões, quanto para o requerimento do efetivo pagamento das dívidas reconhecidas. Configurou àquilo que hoje se conhece, por força de criação jurisprudencial, como fundo de direito, reconhecendo a prescrição a respeito, tão-somente, das parcelas não reclamadas no quinquídio. Estabeleceu vedações ao prazo prescricional no que se referem a todos aqueles sujeitos à tutela ou à curadoria.

para a prescrição começam a correr, para as dividas reconhecidas ou não até o ultimo de Dezembro de 1842, do dia 1º de Janeiro de 1843; e para as dividas posteriores, dadada da publicação dos despachos ou ordens definitivas para o pagamento. Art. 7º Os 5 annos não correm para a prescrição: 1º Contra aquelles que dentro d'elles, não puderem requerer nem por si nem por outrem: taes são os menores, os desassisados, e quaesquer outros que, privados d'administração de suas pessoas e bens, estão sujeitos á tutela ou curadoria. 2º quando a demora for occasionada por facto do Thesouro, Thesourarias ou Repartições, a que pertença fazer liquidação, e reconhecimento das dividas e effectuar o pagamento. Art. 8º A prescrição dos 5 annos he extensiva ás letras do Thesouro em virtude da disposição da Lei de 30 de Novembro de 1841, e do Art. 443 do Codigo Commercial, começando a correr os 5 annos da data do vencimento. Art. 9º A prescrição de 40 annos posta em vigor pelo citado Art. 20 da Lei de 30 de Novembro de 1841, com referencia ao Capitulo 210 do Regimento da Fazenda, a respeito da divida activa da Nação, opera a completa desoneração dos devedores da Fazenda Nacional do pagamento das dividas, que incorrem na mesma prescrição, de maneira que, passados os 40 annos, não pôde haver contra elles penhora, execução, ou outro qualquer constrangimento. Art. 10. Os 40 annos para a prescrição da divida activa começam a correr, para as dividas contrahidas até o ultimo de Dezembro de 1842, do dia 1º de Janeiro de 1843, e para as posteriores, desde o ultimo dia do prazo estabelecido para o pagamento por Lei, regulamento, ou contracto, huma vez que passem continuada e seguidamente sem interrupção. Art. 11. O curso dos 40 annos interrompe-se, impedindo a prescrição: 1º Pela citação, penhora, ou sequestro feito aos devedores para se haver pagamento. 2º Por qualquer outro procedimento judicial ou administrativo havido contra elles para o mesmo fim. 3º Pela concessão de espaço aos devedores, admitindo-os pagar por prestações. Art. 12. Aquelles que quizerem segurar o seu direito obstando á que corra para a prescrição o tempo consumido por demora e embaraços das Repartições, poderão requerer, e se lhes dará hum certificado da apresentação do requerimento e documentos com especificada declaração do dia, mez e anno. Joaquim José Rodrigues Torres, do Meu Conselho, Senador do Imperio, Ministro e Secretario d'Estado dos Negocios da Fazenda, e Presidente do Tribunal do Thesouro Nacional, assim o tenha entendido, e faça executar. Palácio do Rio de Janeiro em doze de Novembro de mil oitocentos cincoenta e hum, trigesimo da Independencia e do Imperio. Com a Rubrica de Sua Magestade o Imperador. Joaquim José Rodrigues Torres.

Reconheceu a responsabilidade da Administração Pública pela demora na liquidação, no reconhecimento de dívidas e na efetivação do pagamento, de modo a suspender o curso prescricional. Contudo, manteve prazo diverso e exacerbado no que se refere às dívidas ativas, em benefício da Fazenda Pública, configurando-o no largo período de quarenta anos, determinando à sua interrupção, contudo, em razão de citação, penhora ou seqüestro, ou em razão de qualquer procedimento judicial ou administrativo. Estabeleceu como forma de interrupção, o parcelamento da dívida ativa. Ademais, como garantia do direito, em razão de demora por parte da Administração Pública, determinou a expedição de um certificado de comprovação da apresentação de requerimento em tempo hábil. Portanto, à exceção da diversidade gritante de tratamento entre a Fazenda Pública e o administrado, no que se refere ao prazo prescricional, vê-se que tal regramento caracterizou-se como um estatuto digno de destaque.

Com a promulgação do Código Civil de 1916, através da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, a prescrição relativa às dívidas passivas a serem suportadas pela União, pelos Estados e pelos Municípios, no que atine à prescrição, em relação à Fazenda Pública, passaram a ser disciplinadas pelo grafado em seu art. 178, § 10, inciso VI, repetindo-se a orientação já anteriormente delimitada pela Lei nº 243, de 30 de novembro de 1841, de modo a estabelecer que prescrevem em cinco anos: *As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, e bem assim toda e qualquer ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, devendo o prazo da prescrição correr da data do ato ou do fato do qual se originar a mesma ação.*

Em tal perspectiva, novamente rompeu-se a vontade de disciplinar, em um mesmo estatuto, os lapsos prescricionais relativos às dívidas passiva e ativa da Fazenda Pública, dando-se início a modelo diverso de regulação, o que acabou por gerar dicotomia notoriamente inadequada, dado que, por força de interpretação generalizada, as dívidas ativas da Fazenda Pública passaram a receber regulação a partir do estatuto civil, situando-se-as a título de direito pessoal, em lapso, por primeiro, de trinta anos, e, por segundo, em vinte anos. Mantinha-se, portanto, novamente, uma diversidade muito grande em relação a tais prazos.

Em 25 de junho de 1930, foi promulgado o Decreto nº 5.761²⁰⁵, *iniciando-se os remendos*, já que, ao contrário do que tão bem disciplinava o Decreto nº 857, de 12 de novembro de 1851, em razão da revogação de tal estatuto pelo Código Civil, o qual se limitou, tão-somente, a fixar o prazo prescricional relativo às dívidas passivas da Fazenda Pública, nada dizendo a respeito dos casos de eventual demora, por parte da Fazenda Pública, no curso de procedimento de estudo, de reconhecimento ou de liquidação da dívida passiva fazendária; de modo que tal legislação veio suprir tal falta. Contudo, como se verifica do exame de tal estatuto, muitas foram às lacunas que surgiram a partir da vigência de tal regulação.

²⁰⁵ *DECRETO N. 5.761 - DE 25 DE JUNHO DE 1930. Regula a prescrição quinquenal. O Presidente da Republica dos Estados Unidos do Brasil: Faço saber que o Congresso Nacional decretou e eu sanciono a seguinte resolução: Art. 1º Não corre a prescrição de que trata o art. 178, § 10, VI, do Código Civil, durante a demora que, no estudo, no reconhecimento, na liquidação e no pagamento da dívida, tiverem as repartições ou funcionarios que della se occuparem. Paragrapho unico. Corre entretanto, durante o tempo em que o credor se retardar em satisfazer as informações que lhe forem reclamadas, relativas ao esclarecimento de seu direito. Art. 2º A prova de entrada do requerimento do credor, nos livros ou protocollo, das repartições publicas, com designação de dia, mez e anno, bem como o certificado do Correio, da remessa, em tempo, dos esclarecimentos reclamados, provam a data em que se interrompeu a prescrição. Art. 3º Quando o pagamento se dividir por dias, mezes ou annos, a prescrição attingirá progressivamente ás prestações, á medida que completarem o quinquennio. Art. 4º O disposto nos artigos anteriores não altera as prescrições de menor prazo, constantes de leis e regulamentos fiscaes. Art. 5º Revogam-se as disposições em contrario. Rio de Janeiro, 25 de junho de 1930, 109º da Independencia e 42º da Republica. WASHINGTON LUIS P. DE SOUSA. F. C. de Oliveira Botelho;*

Em 06 de janeiro de 1932, foi promulgado o Decreto nº 20.910²⁰⁶, o qual passou a disciplinar a prescrição administrativa, com a fixação do prazo de cinco anos para a cobrança das *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*. Como se vê, tal regramento limitou-se a disciplinar a prescrição no que se refere, tão-somente, às dívidas passivas, bem como todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Pública em geral, nada mencionando em relação às dívidas ativas tituladas pela Administração Pública. Além disso, manteve a suspensão do prazo em relação ao período de verificação da pretensão, negando tal benefício em razão de omissão de informações por parte do credor. De inovação, criou a figura da reclamação administrativa, à qual se submeteu ao prazo prescricional de um ano, a contar da data do ato ou do fato de que tenha se originado. Estabelecendo a possibilidade de uma única interrupção da prescrição, passando a correr novamente tal lapso, tão-somente, pela metade do prazo, determinou que, em face de processo anulado, a impossibilidade de argüir-se interrupção da prescrição em razão da citação.

²⁰⁶ *DECRETO N. 20.910 - DE 6 DE JANEIRO DE 1932. Regula a prescrição quinquenal. O Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, usando das atribuições contidas no art. 1º do decreto n. 19.398, de 11 de novembro de 1930, DECRETA: 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. Art. 2º Prescrevem igualmente no mesmo prazo todo o direito e as prestações correspondentes a pensões vencidas ou por vencerem, ao meio soldo e ao montepio civil e militar ou a quaisquer restituições ou diferenças. Art. 3º Quando o pagamento se dividir por dias, meses ou anos, a prescrição atingirá progressivamente as prestações à medida que completarem os prazos estabelecidos pelo presente decreto. Art. 4º Não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, ao reconhecimento ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la. Parágrafo único. A suspensão da prescrição, neste caso, verificar-se-á pela entrada do requerimento do titular do direito ou do credor nos livros ou protocolos das repartições públicas, com designação do dia, mês e ano. Art. 5º Não tem efeito de suspender a prescrição a demora do titular do direito ou do crédito ou do seu representante em prestar os esclarecimentos que lhe forem reclamados ou o fato de não promover o andamento do feito judicial ou do processo administrativo durante os prazos respectivamente estabelecidos para extinção do seu direito à ação ou reclamação. Art. 6º O direito à reclamação administrativa, que não tiver prazo fixado em disposição de lei para ser formulada, prescreve em um ano a contar da data do ato ou fato do qual a mesma se originar. Art. 7º A citação inicial não interrompe a prescrição quando, por qualquer motivo, o processo tenha sido anulado. Art. 8º A prescrição somente poderá ser interrompida uma vez. Art. 9º A prescrição interrompida recomeça a correr, pela metade do prazo, da data do ato que a interrompeu ou do último ato ou termo do respectivo processo. Art. 10. O disposto nos artigos anteriores não altera as prescrições de menor prazo, constantes das leis e regulamentos, as quais ficam subordinadas às mesmas regras. Art. 11. Revogam-se as disposições em contrário. Rio de Janeiro, 6 de janeiro de 1932, 111º da Independência e 44º da República. GETULIO VARGAS. Oswaldo Aranha.*

Firmou a estrutura jurídica designada, hodiernamente, por fundo de direito, como também determinou, no que se refere aos prazos prescricionais menores que cinco anos, a sua submissão ao estatuto legal específico que os determinou.

Em data de 19 de agosto de 1942, entrou em vigor o Decreto-lei nº 4.597²⁰⁷, o qual também dispôs a respeito da prescrição de ações contra a Fazenda Pública. No que se refere às suas inovações, tratou a respeito da competência judiciária relativa a às dívidas passivas do Estado, dos Municípios e do Distrito Federal. Incluiu sob sua regulação as ações relativas às dívidas passivas, bem como todo e qualquer direito ou ação contra as autarquias e as entidades e órgãos paraestatais criados por lei e mantidos mediante a arrecadação de tributos. Inscreveu a possibilidade de prescrição intercorrente, estatutando, também, a possibilidade de alegação e decretação da prescrição a qualquer tempo e em qualquer instância.

Esses, portanto, foram os regramentos legais que disciplinaram e — no que se refere aos estatutos em vigor — e disciplinam o fenômeno da prescrição administrativa em nosso país. Advirta-se, contudo, sob uma ótica de maior generalidade, como dito ao início, não é pretensão das presentes indagações, até para evitar injustificável equívoco metodológico, o exame de todos os estatutos em vigor.

De tal acervo normativo, recolhe-se, ao início, que a regulação da prescrição, em relação à Fazenda Pública, assumiu e assume, ainda hoje em dia, quase que uma

²⁰⁷ *DECRETO-LEI N. 4.597 - DE 19 DE AGOSTO DE 1942. Dispõe sobre a prescrição das ações contra a Fazenda Pública e dá outras providências. O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o artigo 180 da Constituição, DECRETA: Art. 1º Salvo o caso do foro do contrato, compete à Justiça de cada Estado e à do Distrito Federal processar e julgar as causas em que for interessado, como autor, réu, assistente ou oponente, respectivamente, o mesmo Estado, ou seus Municípios, e o Distrito Federal. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica às causas já ajuizadas. Art. 2º O decreto n. 20.910, de 6 de janeiro de 1932, que regula a prescrição quinquenal, abrange as dívidas passivas das autarquias, ou entidades e órgãos paraestatais, criados por lei e mantidos mediante impostos, taxas ou quaisquer contribuições, exigidas em virtude de lei federal, estadual ou municipal, bem como a todo e qualquer direito e ação contra os mesmos. Art. 3º A prescrição das dívidas, direitos e ações a que se refere o decreto n. 20.910, de 6 de janeiro de 1932, somente pode ser interrompida uma vez, e recomeça a correr, pela metade do prazo, da data do ato que a interrompeu, ou do último do processo para a interromper; consumir-se-á a prescrição no curso da lide sempre que a partir do último ato ou termo da mesma, inclusive da sentença nela proferida, embora passada em julgado, decorrer o prazo de dois anos e meio. Art., 4º As disposições do artigo anterior aplicam-se desde logo a todas as dívidas, direitos e ações a que se referem, ainda não extintos por qualquer causa, ajuizados ou não, devendo prescrição ser alegada e decretada em qualquer tempo e instância, inclusive nas execuções de sentença. Art. 5º Este decreto-lei entrará em vigor na data da sua publicação, revogadas as disposições em contrário. Rio de Janeiro, 19 de agosto de 1942, 121º da Independência e 54º da República. GÉTULIO VARGAS. Alexandre Marcondes Filho. A. de Souza Costa.*

feição de privilégio. Tal característica esta basicamente assentada em razões de resguardo a motivos de ordem pública, motivos estes que deveriam sempre ser o escopo fundamental a ser perseguido pelo legislador. Tal perspectiva resulta reforçada na medida em que, depois do Decreto nº 857, de 12 de novembro de 1851, o qual inaugurou a perspectiva da possibilidade de formular uma regulação da prescrição sob um prisma de regra geral, em relação à Fazenda Pública, tal concepção acabou sendo fragmentada, ante a singela constatação de que, nos dias de hoje, os prazos prescricionais, sob a ótica de um estatuto singular, passaram a ser ordenados, exclusivamente, em relação às dívidas passivas da Fazenda Pública, nada se referindo em relação às dívidas ativas.

Ademais, o legislador contemporâneo preocupou-se em tratar do fenômeno prescricional a partir da natureza do objeto jurídico a ser regulado. Por tais razões, acrescentou dispositivos relativos à prescrição em vários estatutos legais, inserindo tal fenômeno extintivo de forma tópica, qual seja, sob uma ótica marcada pela generalidade, em relação às normas estatutárias de regulação das carreiras públicas, em relação aos contratos firmados pela Administração Pública, como também em relação aos procedimentos administrativos. De tal sorte, houve uma fragmentação do fenômeno designado pelo nome prescrição administrativa. Em razão de tal diluição, impende que se busque identificar tal evento extintivo a partir de diretrizes previamente delimitadas, o que, no caso das presentes indagações será procedido em relação ao princípio da segurança jurídica.

Tal escolha dá-se, fundamentalmente, em razão da circunstância de que, por força de um conjunto amplo de regras tratando da prescrição administrativa, resulta, quase que como por efeito de uma força natural, um certo receio e uma certa perplexidade em relação a tal instituto. Nessa linha de raciocínio, portanto, não se mostraria razoável que buscássemos, tão-somente, analisar todos os regramentos que disciplinam, atualmente, a prescrição administrativa. Impõe-se, portanto, que busquemos compreender tal fenômeno a partir de sua inserção no âmbito de um Estado Democrático de Direito, remetendo-nos, basicamente, a questão da existência, ou não, de uma garantia, ou de um princípio de prescritibilidade. Provada a sua

existência, poder-se-á, na seqüência, constatar-se os limites que o ordenamento jurídico convalida a partir da tensão existente entre os interesses da Administração Pública e dos administrados. Não provada a sua existência, irremediavelmente estar-se-á, pela constatação da possibilidade de eventual imprescritibilidade, diante da hipertrofia dos interesses da Administração Pública, face a quaisquer outros direitos.

6.2. PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA: ESTRUTURA E SENTIDO

O instituto da prescrição administrativa presta-se a muitas análises. Contudo, nas indagações em tela, busca-se, fundamentalmente, a construção de uma reflexão em relação à prescrição administrativa, tomando-se em conta a sua vinculação com o princípio da segurança jurídica. Ante tal perspectiva, de imediato, poder-se-ia imaginar que tal reflexão resulta singela. Contudo, em se procedendo uma meditação a respeito das várias implicações decorrentes de tal cotejo, verifica-se que, nessa senda, aprestam-se questões de complexidade variada, tais como a existência, ou não, em nosso sistema jurídico, do princípio da prescritibilidade; o alcance e a extensão do princípio do interesse público; a força de inflexão dos paradigmas do Estado Democrático de Direito, o princípio da boa-fé do administrado; a natureza ontológica da própria prescrição administrativa, qual seja: a de valor, a de garantia, a de princípio informador. De tal sorte, é nesse caminho que deveremos buscar uma compreensão de tal fenômeno extintivo. De modo que, o que aqui se perquire não são as meras formas legais em que tal evento se mostra, mas sim a de uma busca de compreensão da essência de seu conteúdo.

Diante da limitação ao poder da Administração Pública, mostra-se necessário que se perquire, de início, qual seria o efeito concreto decorrente da prescrição administrativa. Quase que como um reflexo da opinião generalizada, resulta fundamental que se tenha em conta a sua finalidade pública, associada aos limites exigidos pelo bem-estar da sociedade, e a estrita submissão aos contornos da lei. Tal perspectiva consolida-se a partir dos paradigmas de conformação liberal, circunstância essa que, por si só, já se mostra problemática, na medida em que toda a estrutura

jurídica nacional, por força dos parâmetros constitucionais estatuídos a partir da Constituição Federal de 1988, assumiu uma orientação dogmática de conteúdo marcadamente social.

Em um nível de imediação mais restrita, em um exame preliminar, na busca das características marcantes do instituto da prescrição administrativa, na sua estreita relação com o ordenamento legal que disciplina a atuação da Administração Pública, pautada tal constatação com o princípio da segurança jurídica, a primeira perplexidade que se mostra reconhecida, como a sua feição mais singular, está associada a ausência de normas legais de disciplina dos prazos prescricionais, sob o prisma de uma ordenação de natureza geral. Ou seja, no âmbito do direito brasileiro, inexistem um estatuto, ou um conjunto ordenado de normas jurídicas, destinado a estabelecer regras gerais de base para a disciplina da prescrição administrativa no território do Direito Público brasileiro.

Tão-somente por tal constatação, emerge problema relevante a ser solvido, na medida em que as indicações pontuais a respeito de normas que explicitam o fenômeno prescricional em sedes específicas de regulação, ao invés de pacificarem os espíritos, promovem a incerteza e a sensação de uma certa desarmonia sistêmica, circunstância esta que acaba por dar azo, sob um certo prisma, a um viés marcado pela insegurança.

Ademais, o fato de haver em vários diplomas legais de Direito Público referências ao fenômeno prescricional, como realçado acima, em nada auxilia no que atine ao desejo de encontrar e identificar a essência de tal instituto, servindo tal situação, tão-somente, para muito mais confundir do que esclarecer a respeito da substância essencial do evento extintivo em tela.

Por conseqüência, do marcante silêncio em relação a prazos de ordenação do fenômeno prescricional, com alcance de natureza geral, tal como ocorre na normatização procedida, por exemplo, por parte do Código Civil, no que atine àquele ramo do direito pátrio, surge lacuna singular a abarcar o instituto prescricional junto aos espaços dominados pelo Direito Público. De modo que, por tal circunstância, oportuniza que se mantenha variada polêmica a respeito, mormente no que diz respeito à necessária igualdade entre às partes envolvidas em relação jurídica de natureza

pública, como também a respeito da legitimidade da Administração Pública no que se refere ao exercício de sua autonomia administrativa, no que atine à sua legitimidade.

De tal sorte, a prescrição administrativa passa a ser reconhecida de forma imprecisa, dado não estar retratada por um conjunto de concepções que buscam estatuir e permitir compreender-lhe o seu sentido genérico e essencial de forma inequívoca, tudo em razão de estar sendo categorizada a partir de variados perfis.

Em razão de tais circunstâncias, há até mesmo aqueles que, em presença de omissão legislativa, negam a possibilidade de sua existência, ao modo de um instituto de conteúdo meramente subsidiário, caracterizando-a, portanto, como mero evento adstrito à esfera restrita do direito processual, não se lhe reconhecendo, por tal concepção, o conteúdo de natureza autônoma, pelo qual se mostra, por exemplo, no âmbito do Direito Privado. Afeiçoado a tal concepção, para o pensamento de RAPHAEL PEIXOTO DE PAULA MARQUES²⁰⁸, a prescrição não opera no âmbito administrativo, haja vista a sua natureza meramente processual. Destaca tal autor que: Cumpre salientar, preliminarmente, que o instituto da prescrição administrativa não se confunde com o da prescrição civil e o da prescrição penal, pois estes dois se referem ao âmbito judicial. Ou seja, a prescrição administrativa caracteriza-se como fenômeno de conteúdo subordinado à esfera do direito processual, carecendo de autonomia material.

Tal compreensão não se mostra dissociada do entendimento manifestado por HELY LOPES MEIRELLES, o qual explicita que:

*(...) a prescrição, como instituto jurídico, pressupõe a existência de uma 'ação judicial' apta à defesa de um direito, porque ela significa a perda da respectiva ação, por inércia de seu titular. Mas impropriamente se fala em 'prescrição administrativa, para indicar o escoamento dos prazos de interposição para interposição de recurso no âmbito da Administração, ou para a manifestação da própria Administração sobre a conduta de seus servidores ou sobre direitos e obrigações dos particulares perante o Poder Público.*²⁰⁹

Percebe-se, portanto, do entendimento manifestado por tais doutrinadores que, em sua ótica, há impropriedade marcante em falar-se na existência de uma prescrição

²⁰⁸ MARQUES, R. P. de P. Obra citada, p. 21;

²⁰⁹ MEIRELLES, H. L. Obra citada, p. 383;

administrativa, sob o prisma do reconhecimento do instituto a partir de feições materiais, a exemplo de como tal fenômeno é tratado, entre outros ramos do saber jurídico, tais como pelo Direito Civil e pelo Direito Penal. O que se vislumbra, até aqui, portanto, é que ambos administrativistas associam o fenômeno prescricional, como já realçado acima, como figura residente na estrita esfera de dependência do direito processual.

Entretanto, forte perplexidade surge na medida em que nos damos conta de que na via procedimental administrativa, a exemplo no caso do procedimento administrativo sancionador, há procedimento de natureza estritamente administrativa, sem necessidade alguma de intervenção do Poder Judiciário. De modo que, por tal circunstância, exsurge dúvida significativa, salvante a hipótese de pretender categorizar tal evento a partir do acatamento de uma processualidade administrativa, o que aqui não se pretende, na medida em que tal agir implicaria no nosso afastamento em relação ao foco principal visualizado pelas presentes indagações, em razão de que em tal sede há conflito de pretensões, embora resulte inequívoco que, em tal sede, não há necessidade alguma de ação a ser ajuizada, por desnecessária.

Ora, em razão de tal peculiaridade, não se pode admitir como adequada à concepção que só visualiza a possibilidade do evento prescricional, no âmbito do Direito Administrativo, a partir de uma perspectiva situada na esfera do Direito Processual, local esse em que então não haveria problema algum em reconhecer-lhe a existência.

Por evidente, tal concepção não se mostra suficientemente passível de um sentido de universalização, até porque pela mera leitura do regramento legal que disciplina a atuação da Administração Pública, vamos encontrar normas jurídicas que diluem, de imediato, a pretensão da inexistência de uma prescrição administrativa genérica e de natureza material, ao contrário dos moldes identificados pelos doutrinadores retro-referidos.

Mas para que melhor se reflita a respeito de tal circunstância, basta que invoquemos o conceito de processo administrativo. Na lição de DIOGENES GASPARINI²¹⁰:

²¹⁰ GASPARINI, D. Obra citada, p. 781-782;

A locução 'processo administrativo' é formada pelo substantivo 'processo' e pelo adjetivo 'administrativo'. Enquanto 'processo' designa o conjunto de atos ordenados, cronologicamente praticados, e necessários a alcançar uma decisão sobre certa controvérsia; 'administrativo' indica, além da sede em que se desenvolve o processo, a natureza do litígio. Assim, tecnicamente pode-se definir o processo administrativo como 'o conjunto de atos ordenados, cronologicamente praticados e necessários a produzir uma decisão sobre certa controvérsia de natureza administrativa. De sorte que somente os processos administrativos que encerram um litígio entre Administração Pública e o administrado (recurso contra lançamento tributário) ou o seu servidor (aplicação de pena disciplinar) são merecedores dessa denominação.
(...)

Destarte, processo administrativo, em sentido prático, amplo, é o 'conjunto de medidas jurídicas e materiais praticadas com certa ordem e cronologia, necessárias ao registro dos atos da Administração Pública, ao controle do comportamento dos administrados e de seus servidores, a compatibilizar, no exercício do poder de polícia, os interesses público e privado, a punir seus servidores e terceiros, a resolver controvérsias administrativas e a outorgar direitos a terceiros.

Nessa ótica, portanto, exsurge visível à existência de um processo administrativo, diverso do processo descrito e assimilado pelas diretrizes da ciência do Direito Processual Civil ou Penal, na medida em que se mostra segura a presença de um objeto próprio caracterizado por uma controvérsia de natureza estritamente administrativa. Tanto é assim que, no deslinde de controvérsias conformadas a partir de tal objeto temático, são praticados um conjunto de atos tendentes a obter uma decisão situada na mesma esfera e conteúdo, corporificada e submetida a um conjunto de regras de natureza estritamente administrativa, sem que haja necessidade alguma de buscar-se instrumental procedimental em esfera diversa do estatuído pelo Direito Administrativo.

Importa, isto sim, que a partir da percepção da circunstância de que a decisão a ser prolatada no âmbito de um processo administrativo, afetando a direito titulado, ou pela Administração Pública, ou pelo administrado, gerando conseqüências juridicamente relevantes em favor ou contra a um determinado interesse, há de indagar-se, entre tantas outras questões possíveis, a respeito da possibilidade de que se tal atividade estaria, ou não submetida a algum critério de limitação temporal.

Isso porque, em se tratando de instituto situado dentro de uma esfera de poder que auto-executa às suas próprias normas, submetida, entre outros princípios constitucionais, aos princípio da legalidade e da eficiência administrativa, poder-se-á,

por tal reconhecimento, agredir-se, de forma direta, o princípio da segurança jurídica. Tudo porque, na medida em que a estabilidade das relações jurídicas conformadas com a presença da Administração Pública pode passar a ser regida pelo princípio da incerteza, o que, à evidência, resulta incompatível com o ordenamento jurídico nacional, enquanto sistema estruturado de garantias, como característica haurida junto ao Estado Democrático de Direito.

A partir de uma compreensão de conteúdo meramente informativa, oriunda da tecitura normativa objetivada pelo direito pátrio, percebe-se que tal compreensão resulta impossível. Partindo-se dos paradigmas estatuídos pela Constituição Federal, realçando-se a natureza de Estado de Bem Estar Social assumida pela República Federativa do Brasil, resulta incontroverso que há, portanto, no mínimo, um significado proibitivo à ausência de limitação do atuar da Administração Pública, como também, diga-se de passagem, à própria atuação do administrado.

Tal percepção, aliás, não escapa nem mesmo àqueles que negam a possibilidade de uma prescrição administrativa dissociada da esfera meramente processual. Tanto é assim que ODETE MEDAUAR²¹¹ refere que:

Sem a preocupação de discutir o objetivo de proteção do direito do funcionário ou particular, que também informa, a nosso ver, o procedimento sancionador, inegável que aí se regula precipuamente o exercício do poder atribuído à Administração. Quando a legislação respectiva menciona o termo 'prescrição' ou 'prescrever' ou quando tais obstáculos dizem respeito a prazos para apresentar reclamação ou recurso de particulares ou servidores na via administrativa, não se trata do mesmo instituto da prescrição tradicionalmente contraposta à decadência pela doutrina especializada.

O que se utiliza é a idéia essencial de uma figura que impede a atuação da Administração ou o uso da via administrativa pela passagem do tempo. Essa figura, em virtude daquela idéia essencial, tem sido denominada prescrição administrativa porque dotada de características próprias, sem envolver ação em juízo.

De tal compreensão, percebe-se que ODETE MEDAUAR configura sua conclusão a partir de uma realidade conformada por categorias havidas a partir de um sentido meramente marcado por uma razão situada sob a designação de idéia

²¹¹ MEDAUAR, O. Obra citada, p. 82 a 83;

essencial. Tal razão entretanto, na forma do acima explicitado pela eminente doutrinadora, é construída a partir de uma idealização do conceito de prescrição como possível só partir de outros ramos do conhecimento jurídico, que não o Direito Administrativo. Ou seja, a prescrição, enquanto tal, conforma-se como tal, tão-somente, na esfera do Direito Civil, por exemplo.

Contudo, de sua própria argumentação, pode retirar-se que, a nosso sentir, de modo inconsciente, ODETE MEDAUAR admite a possibilidade de uma prescrição administrativa. Isso é possível perceber-se na medida em que se identifica que tal autora reconhece a possibilidade de utilização da mencionada idéia essencial, com força de uma figura que impede a atuação da Administração em razão da passagem do tempo, mas que, na sua percepção, por si só não configura a existência de uma prescrição administrativa, a exemplo de um instituto autônomo, concreto, à semelhança do que ocorre na senda do Direito Civil.

Em realidade o que ocorre, por força de tal compreensão, é a submissão de tal perspectiva idealizadora do conceito de prescrição a uma relativização, limitando-se-á, fundamentalmente, à esfera do Direito Privado, o que, à evidência, é um grande equívoco. Ante tal perspectiva, resta gerada uma confusão entre razão idealizada e realidade. O que nos parece fundamental é atentar-mos que a mencionada idéia essencial referida por ODETE MEDAUAR caracteriza, independente de qualquer compreensão individual, um significado idêntico, independente do locus em que se possa encontrá-la, e com conseqüências idênticas, decorrentes da impossibilidade da prática de atos juridicamente relevantes tão-somente em razão do decurso do tempo, sem que, contudo, reste extinto o direito que os apóia.

Mas a questão da prescrição administrativa desborda para outros rumos. DIÓGENES GASPARINI²¹² esclarece que: A prescrição administrativa não se confunde com a 'decadência', dado que esta consubstancia a perda do próprio direito, por não ter sido utilizado pelo seu titular no prazo legalmente previsto para seu exercício. Destaca ainda que:

²¹² GASPARINI, D. Obra citada, p. 753;

Os direitos dos administrados diante da Administração Pública devem ser exercitados dentro dos respectivos prazos administrativos ou judiciais. O não-exercício do direito dentro de tais tempos desencadeia a prescrição, donde as duas espécies: 'prescrição administrativa e prescrição judicial'²¹³.

Diante de tais referências, percebe-se que tal doutrinador aceita a existência de uma prescrição administrativa, a qual contrapõe duas circunstâncias com tendência distintiva. A primeira no sentido de que há uma prescrição administrativa e uma prescrição judicial. A segunda, a partir da idéia de que há, também, distinção fundamental entre dois espaços distintos, o administrativo e o judicial, induzindo, contudo, a possibilidade de uma subordinação, a qual, a nosso sentir, mostra-se inaceitável. É, ainda, DIOGENES GASPARINI²¹⁴ que assevera que:

A reclamação administrativa, consoante previsto no Decreto federal n. 20.910/32, deve ser interposta no prazo de um ano, salvo outro prazo previsto em lei especial. A impugnação do instrumento convocatório da licitação deve ocorrer até cinco dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação. A interposição de recursos administrativos, também chamados 'recursos hierárquicos', contra atos da Administração Pública federal deve ocorrer no prazo de dez dias, conforme estabelece o art. 59 da Lei federal n. 9.784/99, chamada de lei do Processo Administrativo, salvo se norma específica não estabelecer outro, como ocorre com a Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, cujo art. 109, II, fixa o prazo de cinco dias úteis para a interposição do 'recurso de representação'. O descumprimento desses prazos impõe ao interessado a prescrição do direito de interpô-los, porque medidas iniciais ao exercício desses direitos. Não se trata, pois, de preclusão, que acontece no interior do processo administrativo.

Em se tratando do instituto da prescrição, chama a atenção o rumo tomado por GASPARINI, na medida em que, mesmo tratando-se de prescrição administrativa, admite que a Administração Pública possa rever o ato contestado, servindo-se de uma categorização *ad hoc* para tal compreensão, a partir da designação de que tal revisão configura uma resposta a uma 'denúncia' recebida. A partir de tal circunstância, a Administração Pública, mesmo em presença da prescrição administrativa, deve adotar as medidas necessárias à recomposição da ordem jurídica lesada, de modo a efetivar o conteúdo do princípio da ilegalidade. Tal atuação, contudo, só não poderá ocorrer no

²¹³ GASPARINI, D. Idem, p. 754;

²¹⁴ GASPARINI, D. Idem, ibidem;

caso de encontrar-se prescrita a via judicial, por decorrência do princípio da segurança jurídica e da estabilidade das relações jurídicas. Resta mantida, portanto, a idéia de subordinação.

Como se verifica de tal assertiva, mesmo tendo sido admitida, conceitualmente, a existência de prescrição administrativa, GASPARINI nega-lhe a própria essência, na medida em que vê possibilidade à Administração Pública, independentemente da ocorrência de prescrição administrativa, de atuar, sob o pálio do princípio da legalidade. Atua, em tais circunstâncias, por atribuição de força transcendente ao fenômeno prescricional, alimentando-se tal força da idéia da supremacia do poder administrativo fundado na pretensão de proteção ao interesse público, o qual, por tal concepção, deve sempre preponderar, sem que se possa deixar de visualizar grave afronta ao princípio da segurança jurídica.

Resta evidente que tais autores equivocam-se a partir de três premissas, estas dissociadas de logicidade, apresentando-se tal equívoco, portanto, a partir de pressuposições truncadas. Por primeiro, desconhecem que o processo de assimilação do fenômeno prescricional, por parte do Direito Público, ao qual ele é incorporado, mesmo em se tendo originando de formas externas, tais como as constituídas a partir do Direito Civil, não impede ao Direito Administrativo que construa formas particulares de organização de tal fenômeno, materializando, portanto, uma prescrição administrativa. Não se pode esquecer que o direito é uma ciência abstrata e não o resultado de uma geração espontânea por parte da natureza.

Por segundo, se a prescrição administrativa surge, inexoravelmente, dentro de um processo associado e atento aos princípios gerais do Estado Democrático de Direito, não se vislumbra razão pela qual ela não possa existir. Em realidade, a prescrição administrativa decorre da própria dinâmica do Direito Administrativo, na medida em que as suas formas de organização não repudiam a possibilidade de que, com o passar do tempo, alguns efeitos decorram em relação, entre outros, aos atos administrativos, independentemente da necessidade de qualquer forma de intervenção do Direito Processual.

Por terceiro, o reconhecimento da prescrição administrativa não desestabiliza o sistema. Ao contrário, por força do princípio da segurança jurídica, visando à estabilidade das relações jurídico-sociais, o estabiliza e lhe assegura credibilidade. Ou seja, a prescrição administrativa decorre de uma lógica que se desenvolve buscando a um equilíbrio final do sistema de Direito Administrativo, tal como outros institutos reconhecidos por tal ramo do conhecimento jurídico, sem que haja necessidade alguma de força supletiva externa.

Por conseqüência, da conjugação de tais fatores, não se mostra de imediato possível negar-se a existência de uma prescrição administrativa, independente de uma ação judicial a conferir-lhe existência concreta como pressuposto necessário à sua existência material e autônoma.

Hodiernamente, um dos motivos que embaraçam tal percepção, dá-se a partir da possibilidade de que tal reconhecimento pode tornar-se problemático, em razão da própria estrutura e natureza do Estado Democrático de Direito. Isto porque, em se admitindo a existência de uma prescrição administrativa e, por conseqüência, a impossibilidade de atuação da Administração Pública, ou do administrado, em razão unicamente do decurso do tempo, não mais se pode admitir qualquer atuação da Administração Pública, com desatenção ou desconsideração ao fenômeno prescricional, até mesmo impedindo providências necessárias à recomposição do ordenamento jurídico violado, o que, à evidência, geraria conflito direito com o princípio da legalidade.

Mas, ao mesmo tempo, a razão de tal conseqüência estaria adstrita ao fato de que tal atitude de desconsideração da prescrição, em sede estritamente administrativa, poderia ser compreendida como forte agressão ao princípio da confiança do administrado, mormente em razão de ofensa direta ao princípio da segurança jurídica a ser inflexivelmente observado. Isso porque, conforme destaca JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO²¹⁵:

²¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 250;

O homem necessita de 'segurança' para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da 'segurança jurídica' e da 'proteção da confiança' como elementos constitutivos do Estado de direito.

*Estes dois princípios — segurança jurídica e proteção da confiança — andam estreitamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio de proteção como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a **segurança jurídica** está conexas com elementos objetivos da ordem jurídica — garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito — enquanto a **proteção da confiança** se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. 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 nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios atos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante 'qualquer acto de qualquer poder' — legislativo, executivo e judicial.*

Portanto, sob tal ótica, a própria idéia de revisão unilateral de ato administrativo caracterizaria, em princípio, um modo de lesar o princípio da confiança do administrado, como também se constitui em uma afronta ao princípio da segurança jurídica.

Contudo, tais circunstâncias, por si só, não implicam que se deva desconhecer um fenômeno concreto, tornando-se necessário que se continue a buscar entender o fenômeno da prescrição em suas feições meramente administrativas. JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO²¹⁶, de modo explícito, atribui um sentido mais preciso ao fenômeno da prescrição administrativa, asseverando que:

(...) no caso da prescrição administrativa não há como confundi-la com a prescrição das ações judiciais. A prescrição administrativa se consuma na via administrativa, ao passo que a prescrição comum alcança o direito de ver a pretensão apreciada no Judiciário. Em ambos os casos, entretanto, a prescrição ocorre em razão da inércia do titular do direito, e é por esse fator comum que a matéria é tratada no direito administrativo.

Prescrição administrativa, podemos conceituar, é a situação jurídica pela qual o administrado ou a própria Administração perdem o direito de formular pedidos ou firmar manifestações em virtude de não o terem feito no prazo adequado.

²¹⁶ CARVALHO FILHO, J. dos S. Obra citada, p. 731;

Veja-se, pois, que a chamada prescrição administrativa atinge duas esferas jurídicas: a de um administrado que, por exemplo, perdeu o prazo para interpor recurso administrativo; e a da Administração que, também como exemplo, perdeu a oportunidade de punir um servidor, ou de rever determinado ato administrativo. Em todos esses casos, poderá dizer-se que a perda do prazo ocasionou a prescrição administrativa.

Para que se possa avançar nestas indagações, resulta possível que se assuma, ao menos para efeito metodológico, a posição de que a prescrição, no âmbito do Direito Administrativo, assume condição de singularidade e autonomia, diferenciando-se, portanto, do fenômeno prescricional reconhecido por outros ramos do Direito. Tal postura, aliás, transcende a condição oriunda de um mero artifício metodológico, na medida em que TEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI²¹⁷ reconhece que:

A matéria de prescrição, embora tenha base doutrinária, no direito civil, que precedeu o direito administrativo, em seu conjunto de princípios autônomos, tem, nesta última disciplina, singular importância, porque se desenvolve em esfera própria, obedecendo a preceitos peculiares e a prazos especiais, fixados nas leis próprias à vida administrativa. O que varia são os preceitos quanto aos prazos, à forma de interromper a prescrição e a outras peculiaridades que se encontram nas leis administrativas.

Desse modo, associada a essa pré-compreensão da possibilidade de existência de uma prescrição puramente administrativa, surge outro prisma de avaliação dizendo respeito à duplicidade possível de análise do fenômeno prescricional, tanto no que se refere aos titulares dos direitos em conflito, quanto mais especificamente no que se refere à Administração Pública e ao administrado. Não que a matéria, em sua pluralidade temática, não seja, ou não possa ser avaliada concomitantemente, mas sim em razão de que tal análise, comumente, deve ser tratada de modo estanque, sem que se perceba uma vinculação da problemática correspondente, de modo a tornar possível compreender o fenômeno em sua totalidade.

Tal percepção parcial e rígida encontra, de há muito tempo, diga-se de passagem, exceções. Nessa senda, embora, tão-somente, sob o prisma de natureza

²¹⁷ CAVALCANTI, Temístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*, vol. IV, p. 561;

patrimonial, JOÃO LEITÃO DE ABREU²¹⁸ já asseverava que: quanto ao direito administrativo, cumpre que o problema prescricional seja examinado sob duas faces: a das dívidas ativas e a das dívidas passivas das pessoas de direito público. Tal perspectiva, apesar de diretamente associada ao dado material econômico, abstratamente tomado como objeto do direito em discussão, já visualizava, portanto, a possibilidade, embora de forma mediata, de tomar-se em conta de que as circunstâncias inerentes à prescrição administrativa devem e podem ser examinadas a partir de um pressuposto da existência de uma duplicidade de interesses, isto no atinente às esferas intersubjetivas envolvidas.

Diante de tal perspectiva, um novo problema surge, qual seja a respeito da geração espontânea da incidência, ou não, do princípio da igualdade, face a tal dicotomia. Entretanto, a solução de tal contenda há de buscar um solo específico para a sua análise, na medida em que buscar compreender tal perspectiva a partir do fenômeno em si nos leva a um universo infinito de questões, dada à multiplicidade de circunstâncias em que poderia ser invocada a prescrição administrativa, porquanto a Administração Pública atua num espaço extremamente complexo, qual seja o da sociedade humana.

No que se refere ao conteúdo primordial investigado, é de destacar-se que múltiplas podem ser as abordagens necessárias à compreensão do fenômeno prescricional, sob os ditames do Direito Administrativo. Tal complexidade, contudo, resulta do próprio conceito de Direito Administrativo brasileiro, o qual, por si só, resulta, também, problemático. Tal complexidade mostra-se como uma das dificuldades situadas numa esfera de compreensão do próprio fenômeno jurídico, na medida em que este assume variadas combinações possíveis, a partir de uma autotematização associada a cada concepção nacional de sistema jurídico. Explicitando tal perplexidade, HELY LOPES MEIRELLES²¹⁹ destaca que:

A doutrina estrangeira não nos parece habilitada a fornecer o exato conceito do Direito Administrativo Brasileiro, porque a concepção nacional desse ramo do Direito Público

²¹⁸ ABREU, João Leitão de. *Da prescrição em direito administrativo*, p. 46;

²¹⁹ MEIRELLES, H. L. Obra citada, p. 28 a 29;

Interno é, na justa observação de Barros Jr., 'algo diversa, propendendo mais para uma combinação de critérios subjetivo e objetivo do conceito de Administração Pública, como matéria sujeita à regência desse ramo do Direito', o que levou o mesmo publicista a concluir que 'abrangerá, pois, o Direito Administrativo, entre nós, todas as funções exercidas pelas autoridades administrativas de qualquer natureza que sejam; e mais; as atividades que, pela sua natureza e forma de efetivação, possam ser consideradas como tipicamente administrativas.

Aplaudimos inteiramente essa orientação, porque o Direito Administrativo, como é entendido e praticado entre nós, rege efetivamente não só os atos do Executivo mas, também, os do Legislativo e do Judiciário, praticados como atividade paralela e instrumental das que lhe são específicas e predominantes, isto é, a de 'legislação' e a de 'jurisdição'.

O 'conceito de Direito Administrativo Brasileiro', para nós, sintetiza-se no 'conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado'.

Pelo acervo de tais argumentos, devemos então caracterizar o Direito Administrativo como receptáculo capaz de abranger todas as funções exercidas pelas autoridades com atribuições de conteúdo administrativo, independentemente da sua natureza, além de todas as outras atividades que, por sua substância e forma de concretização, possam vir a ser consideradas como atividade administrativa.

Impõe-se, portanto, desse modo, também a título de método, no escopo de afastar-mo-nos de uma fragmentação inviabilizadora do próprio esforço de compreensão, que se reserve um dos fenômenos mais significativos de tais atividades, no fito de submeter-mos-lhe à reflexão, situando-o diante do fenômeno da prescrição administrativa. Isto porquanto resultaria impossível, por caracterizar-se como cientificamente inadequado, buscar-mos aqui avaliar todas as circunstâncias, espaços e territórios possíveis de restarem submetidos ou atingidos pelo fenômeno da prescrição administrativa. Há de restar delimitado um objeto.

Para tanto, busca-se na complexa matéria da anulação dos atos administrativos, o território colimado para a análise do fenômeno prescricional. Tal escolha dá-se, não só pela importância de tal esfera de reflexão, mas, fundamentalmente, em razão de caracterizar-se como tema vitalizado por um conjunto significativo de opiniões divergentes.

Desse modo, no fito de dar possibilidade concreta às presentes indagações, as reflexões a respeito de uma prescrição puramente administrativa, passam a ser localizadas no âmbito da possibilidade de anulação de atos administrativos por parte da própria Administração Pública. Há que desvendar-se da existência de uma lógica de tal proceder, de modo a visualizarmos, caso existente, a funcionalidade própria do fenômeno estudado, a partir de um dos mecanismos formadores de sua noção, de sua idéia, de seu conceito e da sua própria formulação teórica.

6.3. PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA E ANULAÇÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS

Firmado o espaço limitado de questionamento, há de alertar-se desde já que, para o efeito de tal percepção, o Direito Administrativo assume, nas presentes indagações, a condição de matriz de coordenação e de regulação das interações entre prescrição administrativa, Administração Pública e administrado. A partir da formulação teórica do Direito Administrativo, portanto, é que deverão ser construídas as formas de organização das relações jurídicas submetidas à análise. Ou seja, a realidade será compreendida a partir, tão-somente, das inferências permitidas pelo Direito Administrativo, de modo que tais formas constituam a lógica capaz de formalizar o entendimento da prescrição administrativa em si²²⁰.

A partir de tais limites epistemológicos, não se vê obstáculo algum que tais reflexões possam iniciar-se pela análise da compreensão da possibilidade de anulação dos atos administrativos, pela própria Administração Pública, destacando-se, ao início, a percepção do STF, na forma pela qual restou consolidado o entendimento daquela Corte Superior. Neste sentido, a Suprema Corte nacional, nos termos de sua súmula nº

²²⁰ A adoção de tal postura epistemológica está fundamentalmente associada ao desiderato de romper, definitivamente, com o costumeiro hábito de buscar em outros ramos do conhecimento jurídico, em especial, no caso, no Direito Civil, paradigmas de regulação para a prescrição administrativa. É, por outro lado, importante que se destaque que não há, em tal postura, o intuito de regredir-se no modo de fazer ciência, voltando-se ao modelo de compreensão estanque dos fenômenos conforme o ramo do conhecimento que lhes examine. O que se busca, contudo, é a compreensão da prescrição administrativa a partir do Direito Administrativo, de modo que se possa desvelar a existência de um conjunto de reorganizações sucessivas procedidas por tal ramo do saber jurídico, as quais foram capazes de elaborar tal forma jurídica específica.

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

Portanto, como preceituado pelo STF, a Administração Pública pode anular, por si própria, a seus próprios atos, desde que marcados, grosso modo, por alguma forma de ilegalidade decorrente de um vício a eles inerentes. Tal perspectiva resulta importante, na medida em que, a partir de tal preceito sumulado, em sede de prescrição administrativa, anota-se a circunstância de que, incidindo o evento prescricional, o efeito jurídico decorrente do vício encontrado, no sentido de nulidade ou de anulabilidade de determinado ato administrativo, resultaria indiferente, desde que respeitados os direitos adquiridos e ressalvada a hipótese da busca de proteção por força de tutela jurisdicional.

Tal compreensão já havia recebido explicitação anterior, pela mesma corte, na forma do grafado pela súmula nº 346, na qual é realçado que: A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos. Contudo da análise de tais preceitos, de imediato, percebe-se que nada esclarecem no que atine à prescrição da reconhecida pretensão anulatória ou revogatória de modo expresse. Ambas manifestações judiciais mantêm-se silentes a tal respeito. Diante de tal perspectiva, a doutrina buscou construir e formular opções à interpretação de circunstâncias que envolvam o poder de autotutela anulatória da Administração Pública.

Contudo, um pensamento interessado em compreender o fenômeno da prescrição administrativa poderia, por primeiro, dirigir seu olhar para a Constituição Federal e, no que é de específico interesse, tentar localizar tal tema no bojo daquela que é tido, metaforicamente, como sendo a Lei Maior.

Da leitura do art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, no sentido mais próximo daquilo que se está a buscar explicitar, qual seja o da possibilidade de anulação de atos jurídicos associados ao interesse público, de modo genérico, retiramos que:

(...) qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Ora, de tal direito e garantia constitucionalmente assegurada, em cotejo com os preceitos sumulados pelo STF, uma primeira constatação se mostra inquestionável, qual seja: não só a Administração Pública, mas também o cidadão e administrado, pode buscar anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe como também àqueles atinentes à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, lugares marcados por profunda vinculação com o Direito Público e, em especial, com o Direito Administrativo.

De tal percepção, contudo, visualizam-se, de imediato, diferenças substanciais encontradas entre a visão judicial e o preceito constitucional. Por primeiro, no fato de que as súmulas não referem à necessidade de que a Administração Pública deva fazê-lo pela via de ação judicial, enquanto que, no que atine ao cidadão, tal caminho resulta obrigatório. Por segundo, a atividade do cidadão-administrado estaria já submetida a um caminho determinado por legislação específica, ante a indicação explícita de uma ação popular, enquanto que a atuação da Administração Pública está submetida, tão-somente, à sua vontade de administrar.

Em prosseguindo, a partir de tais proposições, embora as súmulas destacadas não mencionem prazo algum para a atuação da Administração Pública, já no que se refere à atuação do cidadão, vinculada a uma ação popular, não se pode perceber o mesmo. Isto porque, nos termos do grafado pelo art. 21, da Lei nº 4.717 de 29 de junho de 1965, (...) A ação prevista nesta Lei prescreve em 5 (cinco) anos. Ora, a partir de tal regulação expressa, vê-se que a prescrição de pretensão anulatória de ato lesivo aos bens tutelados pela via da ação popular, inclusive atos de natureza administrativa, dá-se em cinco anos.

Ante tal perspectiva, afastando-se, se possível, de qualquer reação de conteúdo emocional, exsurge um sentimento de marcante desigualdade. Não em razão da necessidade de ação judicial para o agir originário do administrado, já que, no teor da súmula nº 476, tal possibilidade, também no que atine à Administração Pública, é

ressalvada a apreciação judicial, em todos os casos, desde que respeitados os direitos adquiridos, mas, fundamentalmente, no que diz respeito ao prazo para agir. Na sede do tempo não se estaria diante de uma desigualdade injustificada? De início, nos parece que sim.

Percebendo tal dissonância, ALMIRO DO COUTO E SILVA²²¹ destaca que:

O prazo de cinco anos, que é o prazo prescricional previsto na Lei da Ação Popular, seria, no meu entender, razoável e adequado para que se operasse a sanção da invalidade e, por consequência, a preclusão ou decadência do direito e da pretensão de invalidar, salvo nos casos de má-fé dos interessados. A isso poder-se-ia chegar por elaboração doutrinária e por construção jurisprudencial. Dadas, porém, as resistências que, nesse particular, existem no nosso Direito, como tive ocasião de observar, a matéria seria 'de lege ferenda'. É tempo, na verdade, de editar-se norma legal instituindo prazo preclusivo do direito da Administração Pública a invalidar seus próprios atos administrativos, a fim de que se reforce, no nosso país, o princípio da segurança jurídica, que tem aqui um relevo modesto e desproporcionado, se posto em cotejo com o princípio da legalidade.

O exímio administrativista, a nosso sentir, foi suave. Talvez por pressupor na força da segurança jurídica, o resguardo da igualdade inerente a qualquer Estado Democrático de Direito. Ou quem sabe, o que é improvável, não se tenha dado conta da irracionalidade²²² da desigualdade apontada. Diz-se irracionalidade porquanto situada, tão-somente em relação ao prazo, mas não em relação ao direito. Ou seja, talvez alguém informado por um estatalismo desmesurado pudesse imaginar que ao

²²¹ SILVA, Almiro do Couto e. *Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da administração pública com relação a seus atos administrativos*, p. 30-31;

²²² A referência a um modo de irracionalidade aqui realçado diz respeito àquilo que ALEXY refere como o valor das regras e às formas do discurso jurídico, o qual: (...) *não se limita à explicação do conceito de argumentação jurídica racional (e assim à exigência de correção) e à sua função como critério hipotético de correção. Elas também contêm exigências de que os argumentos de fato ocorram. Como tal, formam um padrão contra o qual medir as limitações necessárias em determinações jurídicas e nos litígios.* In: ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*, p. 273. Portanto, na esteira de tal pensamento, tem-se como irracional um discurso jurídico que é construído sem considerar que o princípio constitucional da igualdade esteja simplesmente sendo ignorado, na medida em que tal princípio traz insito em si, além de um conjunto significativo de efeitos, a exigência de que qualquer argumento contra ele esgrimido, de forma explícita ou de forma implícita, como é o caso, seja verbalizado. Ou seja, ocorra, seja explicitado, para que, a partir daí se possa medir a limitação apontada, no caso concretizada pelo prazo prescricional expresso só em relação ao administrado;

cidadão não se poderia reconhecer o direito de postular a anulação de ato oriundo da vontade da Administração Pública, a qual, como soberana intocável deveria dar conta, por si própria, de tal agir. Contudo, não é disso que se trata. A própria Constituição Federal já reconheceu tal direito. Irracional, portanto, a dicotomia constatada.

A origem histórica de tal circunstância, talvez esteja situada no fato de que anteriormente à vigência da ação popular, a proteção de interesses de natureza pública era adstrita à atuação do próprio Estado. Assim se compreendia por força de uma vinculação subliminar entre o interesse a ser protegido e a pessoa que titulava tal interesse. Tal concepção situava-se numa compreensão plasmada por idéia lastreada pelo individualismo de orientação liberal, a partir da qual só se admitia atuar em proteção a um determinado interesse, o titular do próprio interesse.

Contudo, a partir da Lei nº 4.717 de 29 de junho de 1965, os bens e, por conseqüência, os interesses por ela destacados, em razão de configurarem interesses adstritos a toda a coletividade, passaram a ser passíveis de proteção também por parte do cidadão, o qual passou a ser legitimado, de forma individual até, a agir pro populo.

Em razão de tal regramento legal, gerou-se uma mutação da compreensão legitimadora para a ação de proteção ao patrimônio público. Torna-se possível a instauração de um contencioso objetivo²²³, assumindo relevância jurídica a mera violação do ordenamento jurídico, a simples desconsideração do direito objetivo em-si. Não mais se exige, a título de pressuposto, a existência de qualquer lesão ao direito subjetivo daquele que, eventualmente, venha a ajuizar a ação popular. Afasta-se, portanto, o preconceito de natureza individualista e a necessidade de uma relação linear entre sujeito titular do direito e dano produzido.

²²³ Contencioso objetivo: O processo é quase inevitavelmente pensado em termos de um litígio em que se defrontam um autor e um réu, o primeiro afirmando-se titular de um direito subjetivo contra o réu, seja um direito de crédito, seja um direito formativo; o segundo negando a pretensão do autor ou, pelo menos, a ela resistindo. Ao lado, porém, desse contencioso subjetivo, delineia-se outro tipo de contencioso, dito objetivo. Incluem-se nessa categoria a ação direta de inconstitucionalidade, a ação popular para anular ato administrativo ilegal ou imoral, as ações intentadas para tutela do meio ambiente, bem como a ação penal. Não se trata, nesses casos, de se afirmar ou fazer valer o direito de um contra o outro, mas de tutelar um interesse público. Por isso mesmo, o autor não se apresenta na condição de titular de um direito subjetivo, nem na condição de substituto processual de quem quer que seja. É autor simplesmente porque provoca o exercício da jurisdição;

A esse respeito, bem esclarece COUTO E SILVA²²⁴ ao destacar que:

(...) a introdução da ação popular no direito nacional inaugurou forma de contencioso ou de jurisdição objetiva. Isto porque: (...) o povo, por seus cidadãos cuida para que o Estado não se desvie das normas jurídicas a que está sujeito. O administrado, portanto, posta-se contra lesão ao direito objetivo, não exercitando nenhuma pretensão de direito subjetivo. Contudo, destaca o renomado autor que: (...) a pretensão à invalidação de atos administrativos, e que o povo, por seus cidadãos, está investido, não é nem pode ser diferente da pretensão que tem o Poder Público de invalidar aqueles mesmos atos jurídicos²²⁵.

Ora, em se deslocando a questão investigada para tal sede, qual seja a da ação popular, uma possibilidade imediata exsurge. Qual seja a de que, entre o conjunto de possibilidades de solução do conflito, reste promovida a extinção da pretensão anulatória de ato administrativo, pela via da denominada exceção de prescrição.

Diante de tal circunstância, duas seriam as conseqüências resultantes. A primeira, no sentido de que a Administração Pública ver-se-ia impossibilitada, de modo reflexo, de anular aos seus próprios atos, em caso de ação popular ajuizada pelo administrado, na qual restou reconhecida tal circunstância. Ou seja, por força do grafado pelo art. 21 da Lei nº 4.717 de 29 de junho de 1965, ficaria a pretensão da Administração Pública obstada, não podendo mais invalidar o ato, nem invocar as súmulas 346 e 473 do STF, uma vez que a sentença considerou prescritas as pretensões do autor da ação e, por via indireta, do Poder Público.

Tal perspectiva decorre da circunstância de que:

Seja como for, quer se cogite de litisconsórcio ativo facultativo ou de assistência litisconsorcial, ou até mesmo de assistência simples, em todas as situações a pessoa jurídica que praticou o ato está inteiramente submetida aos efeitos da coisa julgada, dada a eficácia 'erga omnes' da sentença proferida na ação popular, exceto quando julgada improcedente por insuficiência de provas.

Nessa conformidade, reconhecida na ação popular a ocorrência da exceção de prescrição, a pretensão da Administração Pública à invalidação do ato administrativo fica encoberta ou bloqueada pela prescrição em todas as hipóteses, ou seja, tenha ela, ou não, contestado a ação ou haja preferido tomar posição ao lado do autor.

²²⁴ SILVA, A. do C. e. Obra citada, p. 27;

²²⁵ SILVA, A. C., Idem, ibidem;

Isso significa, pois, que não poderá mais invalidar o ato administrativo, invocando, por exemplo, as Súmulas 346 e 473 do STF, uma vez que a sentença considerou prescritas as pretensões do autor da ação e do Poder Público, seja qual for a posição que este haja assumido no processo.

Como prescrição é matéria de mérito (CPC, art. 269, IV), também não haverá como pretender aplicar o art. 268 do CPC, que é restrito aos casos de extinção sem julgamento do mérito.²²⁶

Manifesto então que, na visão de ALMIRO DO COUTO E SILVA²²⁷, não só ante a necessidade de que se preserve a harmonia do sistema jurídico, de modo a tomá-lo como um todo coerente, lógico e racional, a prescrição de toda e qualquer pretensão que tenha a Administração Pública com relação à invalidação de seus atos administrativos deverá ter o prazo de cinco anos.

Ora, do somatório das razões que integram tal concepção, gerou-se uma espécie de ideal de justiça material. Isto porque, na identificação de um preceito singular, com força de universalização de sua eficácia extintiva, estar-se-ia a gerar uma impossibilidade uniforme, tanto para a Administração Pública, quanto para o administrado, alcançando-se, por força de tal regra, uma eficácia de espectro amplo e irrestrito.

Ademais, também por força de tal regra, não só resta excluída a aplicação do Código Civil, no que atine ao prazo prescricional para anulação, por parte da própria Administração Pública, dos atos por ela praticados, como também por quem quer que seja.

Contudo, de forma indireta, tal interpretação deu azo à possibilidade de que se compreenda tal vedação como uma espécie de decadência do poder de autotutela administrativa. O que, em princípio, haverá de restar melhor explicitado.

A segunda possibilidade estaria adstrita ao fato de que a prescrição, no âmbito de sua declaração, em sede de ação popular, estaria restrita a atuação do administrado e não da Administração Pública. Isto porque basta que a Administração Pública não

²²⁶ SILVA, A. C., Obra citada, p. 29;

²²⁷ SILVA, A. C., Obra citada, p. 30;

resolva atuar ao lado do autor (art. 6º, § 3º, da Lei nº 4.717/1965228). Deste modo, caso reconhecida a prescrição em relação à pretensão aforada pelo administrado, em nada atingiria a posterior pretensão da pessoa jurídica de direito público em promover a anulação do ato administrativo tido por lesivo ao patrimônio público, arguindo, para tanto, a aplicação dos princípios da supremacia do interesse público e da autotutela administrativa.

Nesse passo, contudo, nova situação problemática se apresenta, na medida em que torna viável indagar-se a respeito da ocorrência, ou não, da violação do princípio da igualdade. Para o deslinde de tal perplexidade, haver-se-ia de indagar, por primeiro, qual o sentido a ser atribuído à idéia de igualdade. Igualdade material ou igualdade jurídica. Em nível de igualdade jurídica, é consabido que a Constituição Federal remete a compreensão de tal princípio ao parâmetro formal estabelecido pela lei.

Nos termos do caput do art. 5º, da Constituição Federal, é destacado que: todos são iguais perante a lei, [...]. Ora, no caso em tela, ao tratar-se da possibilidade de anulação de atos administrativos, pela via da ação popular, a lei destaca a possibilidade de reconhecimento da exceção da prescrição face ao administrado, tão-somente. Deste modo resultaria, em princípio, atingida a Administração Pública a tal efeito extintivo, caso àquela tivesse integrado à lide na figura de assistente, dado que é a lei quem estabeleceu não só o prazo, como também a possibilidade da Administração Pública poder assistir, ou não, ao administrado.

Em não havendo a obrigatoriedade de integrar a relação jurídica processual, não se lhe pode atribuir, automaticamente, a submissão aos efeitos da decisão extintiva, sob a forma de reconhecimento da prescrição, caso não tenha integrado o feito.

²²⁸ A respeito de tal possibilidade, e não do dever de integrar a lide na condição de assistente ao autor, diz HELY LOPES MEIRELLES que: *A pessoa jurídica de Direito Público ou Privado chamada na ação poderá contestá-la ou não, como poderá, até mesmo, encampar o pedido do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo exclusivo do representante legal da entidade ou da empresa (art. 6º, § 3º).* In, MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, 'habeas data' ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental*, p. 133;

Portanto, em princípio, tomando em conta essa segunda hipótese, não se poderia falar em prescrição, face à Administração Pública. Contudo, como realçado ao início, mostra-se fundamental que se tenha em conta, não só a existência de uma prescrição administrativa, como também de sua distinção face a uma prescrição reconhecida judicialmente, embora com efeitos na esfera administrativa.

6.4. PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA JUDICIAL

Tomando-se em conta que a compreensão da prescrição administrativa tanto pode ser explicitada a partir da figura da Administração Pública, quanto da figura do administrado, importa que se lhe destaque as feições sob tais ângulos distintos. Nesse caminho, diz RAPAHAEL PEIXOTO DE PAULA MARQUES²²⁹, no que atine à possibilidade atuação distinta por parte da Administração Pública, ou pelo administrado, que:

Na primeira, é a perda do prazo para que a Administração reveja os próprios atos ou para que aplique penalidades administrativas, de outro, é a perda do prazo de que goza o particular para recorrer de decisão administrativa.

Desse modo, portanto, admissível passa a ser o deslocamento da força extintiva existente no fenômeno prescricional situado no âmbito das relações jurídicas processuais, na medida em que: (...) prescrita a ação na esfera judicial, não pode mais a Administração rever os próprios atos, quer por iniciativa própria, quer mediante provocação, sob pena de infringência ao interesse público na estabilidade das relações jurídicas. ²³⁰

Tal circunstância, portanto, permite que se assumam perspectivas construídas a partir de sentidos diversos. Não há, de tal sorte, a possibilidade de que se restrinja o conceito de prescrição administrativa a um conceito de natureza absoluta. Tanto é assim que MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO explicita que:

²²⁹ MARQUES, R. P. de P. Obra citada, p. 6;

²³⁰ DI PIETRO, M. S. Z. Obra citada, p. 634;

Em diferentes sentidos costuma-se falar em prescrição administrativa: ela designa, de um lado, a perda do prazo para recorrer de decisão administrativa; de outro, significa a perda do prazo para que a Administração reveja os próprios atos; finalmente, indica a perda do prazo para aplicação de penalidades administrativas.²³¹

Firmada tal dicotomia informada por uma compreensão de ordem subjetiva, importa, também, que se tenha claro o significado e a extensão dogmatizados de prescrição administrativa. Conforme explicita RAPAHAEL PEIXOTO DE PAULA MARQUES:

*Cumpra salientar, preliminarmente, que o instituto da prescrição administrativa não se confunde com o da prescrição civil e o da prescrição penal, pois estes se referem ao âmbito judicial. Faz-se conveniente, pois, conceituar o que venha a ser a prescrição na seara do direito civil para solidificar, então, o entendimento de que não se trata de **prescrição**, mas sim, de **decadência administrativa**.*

[...]

*A prescrição seria, em singelas palavras, a extinção do direito de ação em razão da inércia do seu titular pelo decurso de determinado lapso temporal. O que se extingue é a **ação** e não propriamente o **direito**, ficando este incólume, impoluto. Entretanto, este não terá nenhuma eficácia no plano prático, porquanto não poderá ser efetivamente desfrutado.²³²*

No que se refere à prescrição administrativa, no âmbito das dívidas passivas a serem suportadas pela Administração Pública, em sua esfera judicial, dá-se, hodiernamente, a sua inserção no sistema jurídico especializado, a partir do Decreto n. 20.910, de 06 de janeiro de 1932. Tal decreto, contudo, não discerniu, de modo expresso e explícito, a natureza das ações que devam submeter-se a seu prazo prescricional, de modo que poderiam, em tese, restarem submetidas a ele tanto as pretensões de conteúdo real, quanto de conteúdo material. Tal diferenciação, entretanto, veio a surgir, tão-somente, por força de interpretação jurisprudencial^{233, 234}.

²³¹ DI PIETRO, M. S. Z. *Idem*, p. 633;

²³² MARQUES, R. P. de P. *Obra citada*, p. 5;

²³³ Para efeito de meditação, há de tomar-se em conta a circunstância, no mínimo, controvertida decorre do determinado pelo Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. Tal decreto dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Em suas disposições preliminares, especificamente em seu art. 10, resta disciplinado que: *Art. 10. A desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente, dentro de cinco anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará. Neste caso, somente decorrido um ano, poderá ser o mesmo bem objeto de nova*

Conforme o delimitado pelo Supremo Tribunal Federal, às ações reais não se aplica o prazo quinquenal concedido à Fazenda Pública²³⁵. Tanto é assim que, HELY LOPES MEIRELLES destaca que:

A 'prescrição das ações pessoais contra a Fazenda Pública e suas autarquias' é de cinco anos, conforme estabelece o Dec. ditatorial (com força de lei) 20.910, de 6.1.32, complementado pelo Dec.-lei 4.597, de 19.8.42. Essa prescrição quinquenal constitui a regra em favor de todas as Fazendas, autarquias, fundações públicas e paraestatais.

A 'prescrição das ações reais contra a Fazenda Pública' tem sido considerada pelos tribunais como sendo a comum de dez ou quinze anos, e não a quinquenal do Dec. 20.910/32. E sobejam razões para essa orientação jurisprudencial, uma vez que não se pode admitir pretendesse o legislador alterar o instituto da propriedade, ao abreviar a prescrição em favor da Fazenda Pública. Na verdade, como acentuam os julgados de todas as instâncias que perfilham essa interpretação, admitir-se a prescrição quinquenal nas ações reais equivaleria a estabelecer um usucapião de cinco anos em favor da União, dos Estados-membros e dos Municípios, o que seria um novo meio de adquirir, não admitido por lei.²³⁶

declaração. Tal redação decorreu da Medida Provisória nº 2.183-56, de 24 de agosto de 2001, a qual acresceu e alterou disposições no Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, e nas Leis nºs 4.504, de 30 de novembro de 1964, 8.177, de 1º de março de 1991, e 8.629, de 25 de fevereiro de 1993. Por força de tal medida, restou delimitado que o art. 1º do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, passaria a vigorar, entre outras, com as seguintes alterações: *Art. 10 (...). Parágrafo único. Extingue-se em cinco anos o direito de propor ação que vise à indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público.* (NR); Como realçado pelos dispositivos legais referidos, o prazo prescricional de validade do decreto desapropriatório é o de cinco anos. Destoa, portanto, de forma mediata, da concepção que a jurisprudência construiu a respeito do prazo prescricional a ser observado quando os efeitos de ato administrativo, de conteúdo patrimonial passivo, deva ser suportado pela Administração Pública, em tratando-se de propriedade imóvel o objeto do ato perpetrado;

²³⁴ Tal regramento legal acima referenciado (), também se mostra contrário ao preceituado pela súmula 119 do STJ, a qual consolida que: *A ação de desapropriação indireta prescreve em vinte anos.* (DJU de 16/11/1994, p. 31143; RSTJ, vol.72, p. 17; e RT, vol. 711, p. 195); Comentando tal circunstância, assevera JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO que: *é compreensível, até mesmo, criticar o dispositivo pelo fato de ter fixado prazo quinquenal para a prescrição. Contudo, essa é a questão que envolve exercício do poder de legislar: pode não gostar-se da lei, mas outra coisa é tê-la por inconstitucional. Diga-se, aliás, que a prescrição quinquenal em favor do Poder Público já tem consignação normativa há muitos anos (Decreto nº 20.910/32 e Dec.-lei nº 4.597/42), de modo que nenhuma grande novidade representaria o dispositivo em foco.* In: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 647;

²³⁵ STF: RE nº 47.584 – Paraíba; RE nº 57.966 – São Paulo; RE nº 54.991 – Goiás; e RE nº 65.776 – Paraná;

²³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 1992, 623;

Portanto, de tudo o até aqui lançado, torna-se possível concluir que, a exemplo do acima destacado, também a prescrição das pretensões tituladas pela Fazenda Pública, assume contornos de identificação diferenciada, observado para tanto a natureza dos direitos em conflito. Ademais, há de realçar-se que, conforme o explicitado por JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, a prescrição administrativa não pode ser confundida com a prescrição incidente nas ações judiciais. Isso por que²³⁷:

A prescrição administrativa se consuma na via administrativa, ao passo que a prescrição comum alcança o direito de ver a pretensão apreciada no Judiciário.[...] Prescrição administrativa (...) é a situação jurídica pela qual o administrado ou a própria Administração perdem o direito de formular pedidos ou firmar manifestações em virtude de não o terem feito no prazo adequado.

Ademais, outra característica encontrada na prescrição administrativa, é a de que tal fenômeno:

(...) atinge duas esferas jurídicas: a de um administrado que, por exemplo, perdeu o prazo para interpor recurso administrativo; e a da Administração que, também como exemplo, perdeu a oportunidade de punir um servidor, ou de rever determinado ato administrativo. Em todos esses casos, poderá dizer-se que a perda do prazo ocasionou a prescrição administrativa.²³⁸

Tal prescrição, portanto, resta possibilitada a partir de uma certa forma de *especialização* das partes submetidas a tal fenômeno extintivo, categorizando-se-as, para tanto, de forma particularizada. Tal particularização decorre, substancialmente, de estarem tais *atores* submetidos à esfera de normatização do Direito Público e não do Direito Privado. Portanto, as pessoas envolvidas na contenda assumem as feições abstratas de Administração Pública e de administrado, respectivamente, tipificando-as, em sua identidade singular, de um modo preciso e limitado. Há, portanto, uma espécie de *criação de sujeitos* marcados por uma distinção apoiada no Direito e não na natureza em si. Constrói-se uma abstração.

²³⁷ CARVALHO FILHO, J. dos S. Obra citada, p. 731;

²³⁸ CARVALHO FILHO, J. dos S. Obra citada, p. 731;

Entretanto, importa que se destaque a circunstância de que os efeitos da prescrição administrativa não se mostram absolutos. Em relação ao administrado, por exemplo, a perda do direito de interpor recursos administrativos contra os atos praticados pela Administração Pública, não o impedem de buscar a via da ação judicial, caso remanesça lesão ou ameaça de lesão a seu direito. A atividade administrativa, quando decide qualquer matéria, no âmbito estrito de suas atribuições, não está investida de poder jurisdicional, submetendo-se, por conseqüência, ao exame de suas atividades por parte do Poder Judiciário.

No que se refere à Administração Pública, a partir do acatamento da concepção da impossibilidade de que ela, após o transcurso de determinado período de tempo, não mais possa revogar seus próprios atos, tornando definitiva a situação jurídica deles decorrentes, também não se consolida como uma situação definitiva, no plano global das relações jurídicas submetidas ao direito nacional. Pelas mesmas razões alvitadas em relação ao administrado, o Poder Judiciário poderá rever tal ato, no fito de identificar, ou não, lesividade ao interesse ou ao patrimônio públicos.

De outra banda, no que diz respeito à impossibilidade da Administração Pública vir a impor punição a seus servidores, trata-se de circunstância especialíssima e com conteúdo limitado, no caso da esfera federal, ao grafado pelo art. 54 da Lei nº 9.784/1999. Importa destacar que isto não implica na perda do direito de punir, mas sim na perda da possibilidade de punir num determinado caso concreto, em razão de norma legal expressa.

Por isso, para que se melhor compreenda o que ocorreu, devemos partir de uma abordagem mais ampla, a qual se desvela pela delimitação de uma restrição legal ao direito de autotutela titulado pela Administração Pública, isto na esfera do processo administrativo. Tanto é assim que MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS²³⁹ realça que: *Espancando qualquer dúvida sobre a matéria, mesmo sendo um dever do Estado rever o seu ato nulo, o art. 54 da Lei Federal nº 9.748/99, restringe o direito do autocontrole, fixando o prazo improrrogável de 5 (cinco) anos.*

²³⁹ MATTOS, M. R. G. de. Obra citada, p. 59;

Contudo, é vital que se perceba que tal regra legal gerou a prescrição do direito de punir, em cada caso concreto, e não a decadência de tal direito. Além de esdrúxulo, resultaria em compreensão absurda da extensão, natureza e categoria da regra em tela, admitir-se interpretação em sentido diverso, porquanto não se mostra sequer plausível que se pudesse admitir que, pelo decurso do tempo, a Administração Pública restasse privada do direito de punir em-si próprio.

De qualquer modo, na forma do realçado por CIRNE e LIMA (Princípios de Direito Administrativo) a lei federal poderá atribuir prescrição aos direitos em geral da União, dos Estados e dos Municípios. É, portanto, a lei o paradigma estrutural básico a reger o fenômeno prescricional.

6.5. PRESCRIÇÃO E RECLAMAÇÃO ADMINISTRATIVA

Como já se mostra incontroverso, a idéia de prescrição administrativa, no âmbito do direito administrativo brasileiro, constrói-se de modo fragmentário. Alguns percebem-na como fenômeno adstrito ao instituto da autotutela administrativa. Outros situam-na no âmbito estrito da regulação legal, de modo a instituir-se a partir de um plano exterior ao meio administrativo burocrático. Muitos, por fim, situam-na a partir de paradigmas associados de modo mais estrito junto ao espaço da anulação e da revogação dos atos administrativos, deslocando a sua análise a partir de parâmetros vinculados aos princípios constitucionais, em especial no que se refere aos princípios do interesse público e da legalidade, este último, quase sempre, tomado a partir de uma visão de legalidade estrita.

No território da autotutela administrativa, o tempo também possibilita, mediante mecanismos assegurados pelo sistema normativo positivado, tanto à Administração Pública, quanto ao administrado, meios destinados a estruturar um conjunto de relações possíveis à construção de soluções vocacionadas a estabelecer um diálogo entre o Estado e o cidadão. Tais mecanismos não decorrem das relações naturais entre tais protagonistas, mas se originam da inventividade legislativa, buscando assegurar à Administração Pública o controle sobre seus próprios atos.

Diz ANTÔNIO A QUEIROZ TELLES²⁴⁰ que:

Um dos mais importantes princípios que regem o direito administrativo é o denominado de autotutela administrativa. (...) Através dele a Administração Pública fiscaliza e revê seus próprios atos, retirando-os de circulação quando não sejam mais interessantes, convenientes e oportunos ou manifestamente ilegais.

Tal controle, entretanto, assume uma feição generalizante, estando adstrito a cada uma das esferas de poder que compõe a tecitura administrativa nacional. DIOGENES GASPARINI²⁴¹, a esse respeito, assevera que:

O controle administrativo, também chamado de autocontrole, é o exercício pelo Executivo e por órgãos de administração do Legislativo e do Judiciário sobre suas próprias atividades administrativas, visando confirmá-las ou desfazê-las, conforme sejam, ou não, legais, convenientes, oportunas e eficientes. É controle, como se vê, que ocorre tanto no Executivo como nos setores de administração dos demais Poderes, que se realiza nas duas direções, ou seja, em relação à legalidade e ao mérito das atividades administrativas. É controle interno, porque o órgão controlador bem como o controlado integram a mesma organização.

Tal entendimento ganhou acolhimento por parte da Suprema Corte judicial do país, na medida em que o Supremo Tribunal Federal²⁴², nos termos de sua súmula 473,

²⁴⁰ TELLES, Antônio A Queiroz. *Introdução ao direito administrativo*, p. 390 a 391;

²⁴¹ GASPARINI, D. Obra citada, p. 744;

²⁴² RE 27031/SP - SAO PAULO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. LUIZ GALLOTTI. Julgamento: 20/06/1955 Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA. Publicação: DJ DATA-04-08-55. EMENT VOL-00221-02 PG-00605 ADJ DATA-03-12-56 PG-02280 LOTEAMENTO DE TERRENOS. NÃO PREVALÊNCIA DE LEIS LOCAIS EM FACE DO DECRETO-LEI FEDERAL n. 58 de 1937 e DECRETO FEDERAL n. 3.079 DE 1938. Não cabimento do recurso extraordinário, uma vez que este não se destina a corrigir a falta de aplicação de leis locais. Revogabilidade e anulação dos atos administrativos pela própria administração. Distinção entre revogação e o anulamento: A primeira, competindo à própria autoridade administrativa, e o segundo à própria autoridade administrativa ou ao Judiciário. A revogação se dá por motivos de conveniência ou oportunidade, e não será possível quando do ato revogado já houver nascido um direito subjetivo. A anulação caberá quando o ato contenha vício que o torne ilegal (Não será possível falar então de direito subjetivo que haja nascido, pois do ato ilegal não nasce direito). MS 13942 / DF – Distrito Federal. MANDADO DE SEGURANÇA. Relator: Min. Antônio Villas Boas, Julgamento: 31/07/1964 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ em data de: 24-09-64, pág. 3447. EMENT. Vol. 595-02, pág. 514. ADJ. Data de 29-10-64, pág. 848; Mandado de segurança concedido por voto de desempate. Os atos administrativos podem ser rescindidos. Mas, quando já operaram efeito, tomando o caráter de direito adquirido, a autoridade deve indicar, precisamente, o vício ou ilegalidade de que se achem contaminados, para se possibilitar o controle judicial sobre a revogação.

estatuíu que: *A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.*²⁴³

Firmado tal cenário, surge a figura da reclamação administrativa como uma forma de concretizar eventual manifestação de desacordo entre a vontade do administrado e o agir da Administração Pública. A partir de tal dicotomia, mormente na forma do explicitado pelo art. 6º, do Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, é reconhecida tal possibilidade de manifestação de irrisignação, também restando firmado prazo para o seu exercício, o qual, nos termos da regra legal retro-referida, restou delimitado em um ano, salvo a hipótese de que outro prazo não seja determinado em lei.

Contudo, como bem esclarece MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, em referindo-se ao ditame legal acima referenciado, que:

*A análise desse dispositivo permite concluir que ele não teve por objetivo disciplinar as hipóteses em que cabe a reclamação ou mesmo o seu procedimento, mas apenas estabelecer normas sobre 'prescrição administrativa' e sua interrupção e suspensão.*²⁴⁴

Ante tal perspectiva, a formulação do instituto da reclamação administrativa recebeu rechaço de parte minoritária da doutrina, naquilo que se configura como sendo o sumo de sua pretensão regulatória. Ou seja, em realidade o Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932 não visou criar uma forma expressa de manifestação de inconformidade, mas sim visou conformar um limite. Entretanto, numa interpretação sistemática do próprio decreto em tela, percebe-se que do exame conjunto de suas

Configura abuso de poder, quando a hipótese se verifica, a rescisão pura e simples, ou não idoneamente motivada. *Writ* outorgado para convallescimento do Dec. nº 52.379, de 19 de agosto de 1963;

²⁴³ MS 12512 / DF - Distrito Federal. MANDADO DE SEGURANÇA. Relator: Min. Lafayette de Andrada. Julgamento: 22/07/1964 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ em data de: 01-10-64, pág. 3543 EMENT. Vol. 596-01, pág. 296;

Os atos administrativos de que resultam direitos, a não ser quando expedidos contra disposição expressa de lei, são irrevogáveis;

²⁴⁴ DI PIETRO, M. S. Z. Obra citada, p. 629;

regras, resta possível vislumbrar-se que tal regulação conforma, em princípio, uma contradição intrínseca. Conforme alerta OSCAR DE ARAGÃO, percebe-se, de imediato, que:

Ora, para a vindicação de qualquer direito contra a Administração Pública, estatue o mesmo Decreto, no seu art. 1º, que prescrevem em cinco anos, não somente as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, como também 'todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, contado da data do ato ou fato do qual se originarem.

Daí se tira que toda reclamação administrativa que envolveu matéria de direito oponível judicialmente à Administração e que se possa tornar objeto de ação, no Judiciário, contra a União, Estados e Municípios, tem prazo assinado em lei, de cinco anos, do artigo 1º do Decreto 20.910 de 1932, não havendo, pois, nenhuma colisão entre este dispositivo e o do artigo 6º do mesmo Decreto, que ressalva, expressamente, a hipótese de haver prazo fixado em lei para a reclamação ser formulada. Ao revés, as duas prescrições se harmonizam se completam, sem necessidade de qualquer recurso exegético ou de complicada hermenêutica.

*Parece fora de dúvida que, se a lei faculta ao particular o direito de ajuizar a sua pretensão contra a Fazenda Pública dentro em cinco anos do ato impugnado, implicitamente daí se conclui que esse mesmo direito, acionável, poderá ser pleiteado por via administrativa, igualmente no prazo de cinco anos.*²⁴⁵

Entretanto, o que resulta visível é que o ilustre administrativista restou equivocado. É bem verdade que a fórmula legal adotada pelo legislador, sem dúvida alguma, presta-se para tal confusão. Contudo, o dispositivo em exame não pode ser interpretado sem o concurso do grafado pelo art. 4º do mesmo Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932. Sendo o ato de reclamação administrativa *ato em que se deduz pretensão perante a Administração Pública, no fito de obtenção de reconhecimento de um direito ou de correção de um ato lesivo ou portador de ameaça de lesão*²⁴⁶, não se há que vê-lo pela exclusiva janela de instância normativa instada a delimitar a prescrição de tal manifestação de vontade deduzida tanto pelo administrado, quanto pelo servidor. A fórmula legal firmada pelo art. 4º do mesmo estatuto legal, dá azo a que se perceba que, formulada a reclamação, instaura-se a suspensão do prazo

²⁴⁵ ARAGÃO, Oscar de. *Prescrição quinquenária – reclamação administrativa*, p. 179;

²⁴⁶ DI PIETRO, M. S. Z. *Obra citada*, p. 629;

prescricional. Isso porque, ante a manifestação configurada pela reclamação, incumbira a Administração Pública, mediante a atuação de seus servidores, estudar, reconhecendo, ou não, a legitimidade daquilo que, perante ela, está-se a postular. Desse modo, portanto, a regra legal, de modo adequado, determina a suspensão do prazo prescricional, o qual, só após manifestação incontroversa da Administração Pública, iniciará a correr, tendo início, tão-somente, o prazo de cinco anos.

6.6. PRESCRIÇÃO DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS

A partir do prisma retro-realçado, há de reconhecer-se como questão fundamental a ser atacada àquela que diz respeito às decisões administrativas, enquanto decisões administrativas estritas. Para tanto, tomando-se em conta a processualidade inerente a tais decisões, poderíamos, a princípio, pressupor que o dado de identificação marcante desse decidir poderia, em nível meramente metodológico, ser identificado a partir das concepções conformadas pela Teoria Geral do Processo. Contudo, tal caminho se mostra inadequado.

Tal inadequação resulta da impossibilidade de admitir-mos o pressuposto básico inerente à decisão conformada pela teoria Geral do Processo. Tal pressuposto configura tais decisões como adstritas a conteúdos de natureza jurisdicional, ou seja, decisões legitimados no espaço originário dos atos judiciais, tendentes a prestar a tutela jurisdicional como fim almejado. Desse modo, não há que se confundir decisão administrativa com decisão judicial. Tratam-se de esferas distintas, situadas em espaços normativos distintos, produzindo, respectivamente, efeitos jurídicos distintos.

Ora, no caso dos atos praticados pela Administração Pública, não há tal fim primordial almejado, qual seja o de prestar a tutela jurisdicional, isso porquanto tal atividade há de ser prestada pelo Poder Judiciário. Na esfera administrativa há isso sim uma vontade-dever de administrar, em face e como resposta a um conjunto contingente de circunstâncias emergentes da sociedade que, submetidas ao conjunto normativo de regulação das atividades inerentes à Administração Pública, exigem, primordialmente do Poder Executivo, a ordenação das relações sócio-políticas de uma determinada

comunidade. A natureza de tal agir mostra-se, portanto, como sendo de uma atividade informada por um conteúdo de estrita atuação orientada a fins. É óbvio que tal atuação há de estar em perfeita consonância com a lei, em razão de encontrar-se situada no bojo de um Estado Democrático de Direito.

Ora, não só em relação às decisões inerentes ao “*munus*” da Administração Pública exercitada pelo Poder Executivo, mas, primordialmente, no tocante às decisões administrativas em geral, permitem constatar que, quanto à sua essencialidade, refletem um conteúdo meramente determinativo²⁴⁷, no sentido de que trazem, ínsitas a si próprias, a possibilidade permanente de revisão de suas próprias deliberações. Presente alguma modificação no mundo fático no qual estão inseridas, independentemente de qualquer provocação oriunda de interesse externo ao da própria Administração, surge a possibilidade de serem modificadas.

Entretanto, tomando-se em conta o conteúdo normativo de algumas decisões administrativas, e a possibilidade permanente de sua revisão, resulta, de imediato, indispensável o estabelecimento de um limite a tal revisionismo, porquanto o sistema de regulação administrativa pressupõe que até mesmo tais modificações assumem um caráter estruturante do próprio sistema. Em razão de tal caráter, portanto, não se pode conceber, por afronta ao princípio da segurança jurídica e à estabilidade das relações jurídicas, que esta possibilidade reste exercitada, entre outros aspectos, *ad infinitum*, o que geraria profunda instabilidade nas relações sociais, dando azo a uma espécie de institucionalização da desordem.

Para delimitar-se tal limite, surge, entre outros mecanismos jurídicos, a prescrição administrativa. Ocorre que, pela própria natureza do limite prescricional a ser imposto, verifica-se que tal prescrição, nesta esfera restrita, assume condição específica, dado que não seria admissível a configuração de tal instituto à estrita semelhança da prescrição civil. Há aqui, diverso da esfera privada, o interesse público, exigindo-se, portanto, um conjunto de critérios que sempre tenham em vista tal

²⁴⁷ Nesse sentido, preleciona Sídio Rosa de Mesquita Júnior que: *As decisões administrativas tem natureza determinativa, contendo, portanto, a cláusula ‘rebus sic stantibus’.* Dessa forma, como corolário da cláusula que contém, a decisão poderá ser revista todas as vezes que houver transformação na situação fática. MESQUITA JÚNIOR, S. R. de. Obra citada, p. 6;

interesse e a sua supremacia, na medida em que sua finalidade deve estar adstrita, de um modo amplo, aos interesses da sociedade como um todo.

Consoante entendimento doutrinário já pacificado, a prescrição, na esfera de regulação privada, assume a condição de mecanismo de controle do exercício do direito em-si. Está, portanto, diretamente condicionada à pretensão de buscar a tutela jurisdicional a este direito, reconhecendo-o como patrimônio de um sujeito privado. De tal sorte, lesado ou ameaçado de lesão algum direito privado individual, o ordenamento jurídico apresta-se a facultar ao titular do patrimônio jurídico em perigo, a medida judicial adequada, de molde a protegê-lo em seu acervo patrimonial *lato sensu*.

Em presença do Direito Público, contudo, ficamos situados num espaço restrito de interesses. Tal conjunto configura um sistema complexo que assume a condição de uma totalidade. Totalidade na medida em que os interesses que gravitam no seio de uma determinada comunidade ultrapassam as meras categorizações formais, consolidando modelos rígidos instituídos para o efeito de proceder à sua própria diferenciação. De tal sorte, observada a sua vinculação à capacidade jurídica do titular do direito juridicamente protegido, embora possa assumir um conjunto muito amplo de alternativas para a composição da controvérsia, a lei será o seu referencial inescusável.

Na esfera do Direito Administrativo, entretanto, apesar da submissão inafastável ao princípio da legalidade, surge a possibilidade de flexibilização da atuação administrativa. É consabido que a Administração Pública, entre os princípios que estruturam tal atuação estatal, resta protegida pelo princípio da autotutela. Através de tal princípio, a Administração Pública, em percebendo ter praticado ato marcado por irregularidade, pode rever, por sua própria conta e independente de qualquer motivação externa a ela própria, a sua prática, de modo a fazer cessar eventuais efeitos danosos à legalidade, conforme a sua própria ótica.

Por tal razão, a Administração Pública pode atuar independentemente de qualquer provocação ou pedido. Tanto é assim que tal atividade recebe o reconhecimento do próprio Supremo Tribunal Federal, o qual, nos termos das súmulas

346²⁴⁸ e 473²⁴⁹, assegura-lhe a revisão de seus atos, independentemente de qualquer participação ou motivação externa à própria Administração Pública. Configura-se e reconhece-se à Administração Pública, portanto, um poder a ser individualmente exercido e, também, dependente, tão-somente, de sua estrita percepção de conveniência e de oportunidade para tanto.

Entretanto, tal atuação de revisão não pode perder-se, ilimitadamente, entre outros aspectos, no tempo. É inequívoco que no Estado Democrático de Direito o poder é sempre limitado. De tal sorte, a Administração Pública está submetida a um limite. Tal limite emerge naturalmente, por primeiro e de modo genérico, do sistema jurídico nacional, independentemente de previsão legal expressa para tanto. Decorre do próprio sistema. É por força interna de um conjunto de princípios que regem a Administração Pública que surge tal limite. Caso assim não o fosse, estar-se-ia a permitir à Administração Pública a possibilidade de uma atuação ilimitada, com flagrante abuso de poder. Nesse sentido, esclarece HELY LOPES MEIRELLES²⁵⁰ que:

O 'uso do poder' é prerrogativa da autoridade. Mas o poder há de ser usado normalmente, 'sem abuso'. Usar normalmente do poder é empregá-lo segundo as normas legais, a moral da instituição, a finalidade do ato e as exigências do interesse público. Abusar do poder é empregá-lo fora da lei, sem utilidade pública.

O poder é confiado ao administrador público para ser usado em benefício da coletividade administrada, mas usado nos justos limites que o bem-estar social exigir.

Portanto, ante a possibilidade permanente de que a Administração Pública, em praticando atos de administração e que, não só por força do princípio da autotutela, possa buscar a revogação ou até mesmo a anulação de tais práticas, impõe-se que se reconheça um limite a tal agir. Entre tais limites surge o instituto da prescrição

²⁴⁸ Súmula 346: *A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos;*

²⁴⁹ Súmula 473: *A administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revoga-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial;*

²⁵⁰ MEIRELLES, H. L. Obra citada, p. 94;

administrativa, cujas feições espelham as linhas gerais de uma garantia, a garantia da segurança jurídica.

7. DA IMPRESCRITIBILIDADE COMO AVESSO

7.1. IMPRESCRITIBILIDADE

Analisando-se a prática jurídica, sob um ponto de vista estritamente empírico²⁵¹, percebe-se que esta sempre buscou, talvez até a partir de uma visão inconsciente, consolidar-se pelo acolhimento de um comportamento irrefletido e muito próximo de um *dogmatismo natural*, para a conformação do qual restaria dispensada qualquer forma de racionalidade.

Isso se revela na medida em que, com o passar do tempo, formaram-se pressupostos factuais que se tornaram quase que indiscutíveis. Não se trata aqui, é importante que se advirta dos parâmetros construídos pela jurisprudência, mas sim de referenciais *idealizados* a partir de um mero fazer contextualizado, informado por práticas meramente burocratizadas, onde a ausência de reflexão é a característica marcante das condutas.

Entretanto, independentemente da *mecanização* das condutas, o sistema jurídico sempre mostrou-se como uma via de acesso flexível, não se podendo afirmar que, também, em relação à prescrição, tal *dogmatismo empírico* tenha efetivamente se consolidado pelo acolhimento de argumentos tendentes a legitimar, em alguns casos e de modo absoluto, a possibilidade de aceitação inquestionável da imprescritibilidade. Para tanto, a partir de um conceito genérico de regra jurídica, vista esta última sob a ótica de uma determinação inquestionável, resultaria inaceitável que, em manifesto confronto com a própria dinâmica social, passasse tal regramento a caracterizar-se como um embaraço à própria evolução vital do indivíduo e, por consequência, da própria sociedade. De tal modo, em face de tal percepção, um sentimento de repulsa ao possível engessamento apoiado em interpretações de cunho eventual de normas jurídicas *topicamente selecionadas*, deu azo a uma repercussão de natureza refratária a

251 Como se nota, o direito não é imutável, posto que é baseado em realidade empírica, tendo, por isso, que evoluir junto com a sociedade. Já que é produto cultural, não pode o direito ficar inerte. MARQUES, R. P. de P. Obra citada, p. 7;

tal forma de absolutização dos preceitos legais, a ponto de NÉLSON EIZIRIK asseverar que:

*Não há sistema jurídico civilizado que aceite a existência de normas punitivas imprescritíveis; somente ordens míticas ou religiosas, cujo fundamento de legitimidade repousa em uma esfera supra-humana, a sanção pode ser dotada do predicado da perenidade, não se extinguindo jamais a possibilidade de ser o pecador castigado por sua falta.*²⁵²

Há de ter-se em conta que tal sentimento não se limita ao regulado pelas normas de conteúdo estritamente punitivo, até porque as regras jurídicas, no seu todo, não são caracterizadas, de modo marcante e exclusivo, por uma vocação de natureza punitiva, tão-somente. Em razão de tal peculiaridade, o próprio sistema jurídico encarrega-se de deixar claro que: *Em toda regra de conduta há sempre a 'alternativa' do adimplemento ou da violação do dever que nele se enuncia. Não é dito que o legislador queira a violação; ao contrário ela a condena, tanto assim que lhe impõe uma sanção penal, embora sem poder deixar de pressupor a liberdade de opção do destinatário.*²⁵³

Ademais, se não por outros motivos, tomando-se em conta a figura da lei, dada a sua abrangência e universalidade como forma de regulação social, sabe-se que, após a sua promulgação, tal regra jurídica assume múltiplos significados, nada podendo fazer o legislador em relação ao caráter evolutivo que o preceito assume. Nesse sentido, adverte MIGUEL REALE que:

Uma lei, por exemplo, uma vez promulgada pelo legislador, passa a ter vida própria, liberta das intenções iniciais daqueles que a elaboraram. Ela sofre alterações inevitáveis em sua significação, seja porque sobrevêm mudanças no plano dos fatos (quer fatos ligados à vida espontânea, quer fatos de natureza científica e tecnológica) ou, então, em virtude de alterações verificadas na tela das valorações. É sobretudo neste domínio que as 'intuições valorativas', em curso no mundo da vida, sempre em contínua variação, mas nem sempre de caráter evolutivo ou progressivo, atuam sobre o significado das normas jurídicas objetivadas e em vigor. A 'semântica jurídica', em suma, como teoria das mudanças de conteúdos significativos das normas de Direito,

²⁵² EIZIRIK, Nelson. *Reforma das S.A. & dos Mercados de Capitais*, p.188/189;

²⁵³ REALE, M. *Obra citada*, p. 101;

*independentemente da inalterabilidade de seu enunciado formal, não se explica apenas em função do caráter expansivo ou elástico próprio dos modelos jurídicos, mas sobretudo em virtude das variações operadas ao nível da 'Lebenswelt', na qual o Direito afunda as suas raízes.*²⁵⁴

Acatando-se a caracterização de nosso sistema jurídico como um sistema jurídico civilizado, agregando-se a isto a incontestável alteração permanente e evolutiva dos significados possíveis das regras jurídicas, como fator associado à mudança de *visão-de-mundo*, naturalmente exsurge a idéia de que o fenômeno da imprescritibilidade ressoa como algo inaceitável. Ora, se tudo muda, se tudo evolui, por que motivo determinada possibilidade jurídica há de manter-se eternamente disponibilizada, para o efeito de manter instável determinada relação jurídica?

Há de realçar-se, no que atine à imprescritibilidade, que a origem de tal percepção dá-se a partir do fato de que: *A 'praescriptio temporalis' ou 'temporis' não era conhecida no velho 'jus civile' dos romanos. Durante largo tempo, as ações todas, ou quase todas, tinham-se como perpétuas.*²⁵⁵

Entretanto, tal concepção nunca logrou manter-se. Isto porque, no que se refere à prescrição, não há de se presumir que vigore orientação diversa ao demais do regulado pelo sistema jurídico positivado. Tanto é assim que, sensível a tal *sentido* adstrito a aceitação da mutabilidade, PONTES DE MIRANDA destaca que: *A prescrição, em princípio, atinge todas as pretensões e ações, quer se trate de direitos pessoais, quer de direitos reais, privados ou públicos.*²⁵⁶ Por isto, a inadequada argumentação de que o reconhecimento do princípio da prescritibilidade estaria a colocar a sociedade em risco, estimulando a impunidade e sacrificando os interesses coletivos, em benefício de eventual interesse individual, caracteriza postura em afronta aos ditames do Estado Democrático de Direito, resultando, tão-somente, como um resíduo das concepções que instrumentalizaram os regimes ditatoriais. O que prevalece, portanto, é um interesse de ordem pública na medida em que visa

²⁵⁴ REALE, Miguel. *Direito natural, direito positivo*, p. 56;

²⁵⁵ ABREU, J. L. de. *Obra citada*, p. 45;

²⁵⁶ MIRANDA, F. C. P. de. *Obra citada*, p. 127;

substancialmente o afastamento de qualquer incerteza; ou seja, um interesse indissociavelmente marcado pela necessidade inafastável de segurança.

Sob tal prisma, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA bem explicita o sentido do não acolhimento de um princípio de imprescritibilidade, ao assentar que:

*Há, pois, um interesse de 'ordem pública' no afastamento das incertezas em torno da existência e eficácia dos direitos, e este interesse justifica o instituto da prescrição, em sentido genérico. Poder-se-á dizer que, assim procedendo, o direito dá amparo ao relapso, em prejuízo do titular da relação jurídica. E até certo ponto é uma verdade: em dado momento, o ordenamento jurídico é chamado a pronunciar-se entre o credor que não exigiu e o devedor que não pagou, inclinando-se por este. Mas se assim faz é porque o credor negligente teria permitido a criação de uma situação contrária ao seu direito, tornando-se a exigência de cumprimento deste um inconveniente ao sossego público, considerado mal maior do que o sacrifício do interesse individual, e tanto mais que a prolongada inatividade induziria já a presunção de uma 'renúncia tácita'. É por esta razão que se dizia ser a prescrição 'patrona generis humani', produtora do efeito sedativo das incertezas.*²⁵⁷

Uma outra perspectiva que pode ser assumida, para o efeito de buscar-se a compreensão de uma possível imprescritibilidade, diz respeito à circunstância da omissão legal, ou seja, a lei não estatui prazo prescricional em relação à determinada situação jurídica. No caso então, poder-se-ia admitir a imprescritibilidade, *ad argumentandum tantum*, no âmbito da esfera de regulação administrativa, na medida em que o ordenamento jurídico omite-se, em cada espaço de tal regulação, a referir os co-respectivos prazos prescricionais em todas as hipóteses reguladas. Entretanto, resta-nos impossível avançar-mos em tal perspectiva, sem que antes possamos entender em que consiste a mencionada omissão.

De início, embora se trate de uma obviedade, importa realçar que é consabido que, por mais visionário que seja o legislador, dada a multiplicidade de circunstâncias que envolvem a vida cotidiana, permeada por um complexo multifário de relações, a ordenação legal não consegue, por impossível, regular todas as circunstâncias em que se poderia exigir uma regulação de natureza jurídica estrita e minudente. Em presença de tal circunstância, gera-se daí então aquilo que se convencionou designar por uma lacuna.

²⁵⁷ PEREIRA, C. M. da S. Obra citada, p. 437;

Importa que se destaque, contudo, que tal lacuna deve decorrer não só da inexistência de regra específica, como também de regra genérica a regular determinado caso concreto. Ou seja, deparamo-nos, ora com a ausência de norma expressa a delimitar determinado conteúdo factual, ora nos deparamos com a ausência de norma que embora regule determinado conteúdo, não estatui regra para um determinado fato juridicamente relevante em sua especificidade. Em presença de tais circunstâncias, exsurge, como regra dedutível de tal anomia, a diretriz principiológica de que: *não há lacuna da lei quando a própria lei indica um direito subsidiariamente aplicável.*²⁵⁸ Tal lacuna, portanto, caracteriza uma omissão de regulação, a qual poderá dar-se de três formas distintas, quais sejam: a) por *deficiência de previsão*; b) por *intenção de não regular desde logo*; ou em razão de *situações novas*.²⁵⁹

No caso da deficiência de previsão, a lacuna resulta em razão da impossibilidade de previsão de todas as situações a serem reguladas pela lei, ante a multiplicidade de circunstâncias e de situações que surgem na dinâmica da vida cotidiana. Na sociedade contemporânea, entre os muitos característicos que se prestam para identificá-la, encontramos o da contingencialidade das condutas humanas. Ou seja, muitas são as formas de ação e de expressão que caracterizam os seres humanos, resultando impossível antecipá-las e regulá-las em suas múltiplas e possíveis formas.

Por outro lado, a lacuna de regulação pode dar-se a partir de uma intenção de não proceder à regulação de determinadas circunstâncias de imediato. Tal intento dá-se porquanto: (...) *em matérias ainda em evolução, o legislador conscientemente, deixa por vezes aspectos por regular.*²⁶⁰ Isto ocorre, basicamente, por três razões:

a) por se tratar de matéria ainda fluida, a ser arriscado encerra-la desde logo num regime preciso. Deixam-se então esses setores à reação da prática, apesar das dificuldades que assim revertem para esta. É que o legislador confia mais na capacidade de acomodação da vida que nos seus próprios prognósticos;

²⁵⁸ ASCENSÃO, J. de O. Obra citada, p. 395;

²⁵⁹ ASCENSÃO, J. de O. Idem, p. 395 a 396;

²⁶⁰ ASCENSÃO, J. de O. Idem, ibidem;

b) por querer deixar aos órgãos de aplicação do direito, sobretudo aos órgãos judiciais, um espaço livre em que se pensa ser útil que eles dêem o seu contributo, através da integração da lacuna;

c) por falta de capacidade dos órgãos legiferantes para encontrar a solução adequada ou o acordo que torne possível a sua implantação.²⁶¹

Por fim, em razão de situações novas, também pela: (...) *evolução incessante das circunstâncias faz com que a lei feita hoje se vá aplicar amanhã em condições muito diversas. E pode acontecer mesmo em situações que ainda não ocorriam no momento da elaboração da lei exijam depois disciplina própria.*²⁶²

Desse modo, a omissão da regra jurídica, como visto, não se caracteriza como um fato de natureza inusitada, mas sim como decorrência da própria dinâmica da vida em sociedade. O que não pode ser olvidado, contudo, é que os eventuais conflitos surgidos na interação diuturna entre às pessoas acabe por resultar sem nenhuma forma de regulação. Ou seja, independentemente da omissão legal encontrada, o caso concreto deve receber normatização.

Ora, sabe-se que a idéia de imprescritibilidade abebera-se, basicamente, de eventual omissão legal do prazo prescricional, autorizando, de forma provisória, que se pense que, em não havendo previsão legal de prazo expresso de prescrição, ante o silêncio do legislador, estejamos diante do acolhimento e aceitação do fenômeno da imprescritibilidade.

Tal circunstância em favor da imprescritibilidade resulta reforçada até com cores de racionalidade, na esfera do Direito Administrativo, ante a proibição do uso da analogia, ou da interpretação extensiva no âmbito do Direito Público. Tal perspectiva constrói-se singularmente pela convicção da indispensável observância ao princípio constitucional da legalidade, como paradigma inafastável, dada a sua condição de diretriz estruturante da esfera pública, baseando-se então na assertiva cronificada pelo aforismo de que: '*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*' (onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir).

²⁶¹ ASCENSÃO, J. de O. Obra citada, p. 396;

²⁶² ASCENSÃO, J. de O. Idem, ibidem;

Por isso, no que diz respeito à analogia, JOSÉ CRETELLA Jr. assevera que: *Não é lícito, entretanto, à doutrina, quando é omissivo o direito positivo, criar direito novo e conceder benefícios que só o legislador pode outorgar. Cabe à lei fixar, de modo absolutamente preciso, o prazo prescricional.*²⁶³

Na mesma senda, CARLOS MAXIMILIANO ensina que: (...) *em matéria de 'privilégios', bem como em se tratando de dispositivos que limitam a 'liberdade', ou 'restringem quaisquer outros direitos', não se admite o uso da analogia.*²⁶⁴ Ademais: (...) *O recurso à analogia tem cabimento quanto a prescrições de Direito 'comum'; não do 'excepcional, nem do penal. No campo destes dois a lei só se aplica aos casos que especifica.*²⁶⁵

Em caminho idêntico de reflexão, constrói-se entendimento semelhante no que atine à interpretação extensiva, por decorrência da inexistência do preceito legal, conforme o até aqui destacado. Qualifica-se então tal circunstância como omissão de regulação, resultando absoluta, lógica e concretamente inviável a sua utilização em presença de lacuna encontrada em sede de Direito Público. Isso resulta exacerbadamente valorizado pela simples e pueril circunstância de que não é:

(...) lícito equiparar a analogia à 'interpretação extensiva'. Embora se pareçam à primeira vista, divergem sob mais de um aspecto. A última se atém 'ao conhecimento de uma regra legal em sua particularidade em face de outro querer jurídico, ao passo que a primeira se ocupa com a semelhança entre duas questões de Direito'. Na analogia há um pensamento fundamental em dois casos concretos; na interpretação é uma idéia estendida, dilatada, desenvolvida, até compreender outro fato abrangido pela mesma implicitamente. Uma submete duas hipóteses práticas à 'mesma' regra legal; a outra, a analogia, desdobra um preceito de modo que se confunda com 'outro' que lhe fica próximo.

A analogia ocupa-se com uma lacuna do Direito Positivo, com hipótese não prevista em dispositivo 'nenhum', e resolve esta por meio de soluções estabelecidas para casos afins; a interpretação extensiva completa a norma existente, trata de espécie 'já regulada pelo Código', enquadrada no 'sentido' de um preceito explícito, embora não se compreenda na 'letra' deste.

²⁶³ CRETELLA Jr., José. *Dicionário do direito administrativo*, p. 252;

²⁶⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 213;

²⁶⁵ MAXIMILIANO, C. *Idem*, *ibidem*;

Os dois efeitos diferem, quanto aos pressupostos, ao fim e ao resultado: a analogia pressupõe 'falta' de dispositivo exposto, a interpretação pressupõe a 'existência' do mesmo; a primeira tem por escopo a pesquisa de uma idéia superior aplicável também ao caso não contemplado no texto; a segunda busca o sentido amplo de um preceito estabelecido; aquela de fato revela uma norma 'nova', esta apenas esclarece a 'antiga'; numa o que se entende é o 'princípio'; na outra, na interpretação, é a própria 'regra que se dilata'.²⁶⁶

Desse modo, ante a ausência de regra jurídica a regular a prescrição no âmbito de uma relação jurídica submetida ao Direito Administrativo, mormente em razão do princípio constitucional da legalidade, ao qual deve submeter-se, de modo intransponível, a Administração Pública direta, indireta, ou fundacional, nos termos de preceito constitucional incontroverso (art. 37 da CF), resta inaplicável, para efeito de legitimar-se uma idéia de prescritibilidade, o uso de analogia ou de interpretação extensiva. Até porque, eventual desatenção a tal orientação caracterizaria, de forma reflexa, no mínimo, invasão da esfera de atuação do Poder Legislativo, dado ser este o poder constitucionalmente destinado a legislar.

Caso pretendêssemos utilizar a analogia ou a interpretação extensiva em matéria de incontroversa submissão à lei, há de indagar-se: *qual seria o pensamento fundamental, ou a idéia a ser estendida, dilatada ou desenvolvida a tal ponto de afrontar diretamente preceito principiológico constitucional?* À evidência, numa ótica liberal-legalista, não subsistiriam nenhuma nem outra.

Entretanto, ao contrário de uma visão informada por um dogmatismo inflexível, a prescritibilidade avulta em nosso ordenamento jurídico como diretriz de elucidação do próprio sistema normativo nacional, mostrando-se inviável qualquer outra concepção que pretenda afastar tal concepção. De tal sorte, tudo dá-se de tal forma, na medida em que, conforme alerta JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO:

Relativamente aos actos da administração, o princípio geral da segurança jurídica aponta para a idéia de força de caso decidido dos actos administrativos. Embora não haja um paralelismo entre sentença judicial e força de caso julgado e acto administrativo e força de caso decidido ('Bestandkraft') entende-se que o acto administrativo gera uma tendencial imutabilidade que se traduz: (1) na 'autovinculação' da administração ('Selbstbindung') na qualidade de autora do acto e como

²⁶⁶ MAXIMILIANO, C. Obra citada, p. 214 a 215;

conseqüência da obrigatoriedade do acto; na 'tendencial irrevogabilidade' a fim de salvaguardar os interesses dos particulares destinatários do acto (proteção da confiança e da segurança).

Repare-se que se falou de 'força de caso decidido' e de 'tendencial imutabilidade'. Na actual 'sociedade de risco' cresce a necessidade de 'actos provisórios' e de 'actos precários' a fim de a administração poder reagir à alteração das situações fáticas e reorientar a prossecução do interesse público segundo os novos conhecimentos técnicos e científicos. Isto tem de articular-se com a salvaguarda de outros princípios constitucionais, entre os quais se conta a proteção da confiança, a segurança jurídica, a boa fé dos administrados e os direitos fundamentais.²⁶⁷

Portanto, na linha do explicitado pelo Mestre português, mesmo admitindo-se e reconhecendo-se a necessidade da imutabilidade da ação da Administração Pública, porquanto necessário salvaguardar-se à segurança jurídica dos administrados em geral, não mais resulta possível admitir-se que, a qualquer tempo, possa essa mesma Administração Pública desconhecer o rol de princípios constitucionais que, além da necessária proteção à confiança dos administrados, resguarde aos seus inalienáveis direitos fundamentais, os quais restariam gravemente lesados caso a Administração Pública pudesse, a qualquer tempo, rever aos seus próprios atos.

Na esteira do acima realçado, resulta incontroverso que, no direito brasileiro: *A prescrição, em princípio, atinge a todas as pretensões e ações, quer se trate de direitos pessoais, quer de direitos reais, privados ou públicos. A imprescritibilidade é excepcional.*²⁶⁸

Tanto é assim que, no que se refere à visão jurisprudencial, paradigmática é a manifestação do Supremo Tribunal Federal, nos termos do lúcido voto de lavra do Ministro MOREIRA ALVES, lançado nos autos do mandado de segurança nº 20.069 - DF, no qual avulta a concepção de que a imprescritibilidade é exceção, não podendo o intérprete alegá-la, na medida em que: (...) *em matéria de prescrição em nosso sistema jurídico, inclusive no terreno do direito disciplinar, não há que se falar em 'ius singulare',*

²⁶⁷ CANOTILHO, J. J. G. Obra citada, p. 258;

²⁶⁸ MIRANDA, F. C. P. de. Obra citada, p. 127;

*uma vez que a regra é a da prescritibilidade.*²⁶⁹. De tal sorte, resta possível afirmar-se que a prescrição é regra geral e a imprescritibilidade é exceção. Portanto, mesmo que se admitisse a dependência intransponível de norma expressa para o reconhecimento do evento prescritivo, sendo a imprescritibilidade a exceção, o intérprete não pode alegar imprescritibilidade, como regra geral. Tanto é assim que, na esfera do Direito Administrativo, a Constituição Federal, na forma do grafado pelo art. 37, § 5º, de forma expressa e incontroversa, diz serem imprescritíveis, tão-somente, as ações que visem buscar ressarcimento a eventuais prejuízos ao erário. De tal sorte, havendo norma expressa em relação à imprescritibilidade, não se mostra admissível usar de analogia ou de interpretação extensiva para buscar identificar eventual imprescritibilidade, a título de preceito a ser generalizado.

Por tal contingência, alguns autores, na busca desenfreada de justificar, de forma transversal, a possibilidade permanente de correção de atos administrativos marcados pela característica da nulidade, buscaram, na figura da decadência e não da prescrição, a justificação para a sua revisão a qualquer tempo. Neste sentido assevera SÉRGIO OLIVEIRA NETTO que:

(...) se for constatada a existência de um ato praticado pela Administração Pública Federal, que esteja estigmatizado pela mácula indelével geradora de sua 'nulidade', nada impede - ressalvados eventuais hipóteses expressamente previstas em lei, para as quais seja conferido tratamento diferenciado - seja promovida a sua revisão a qualquer tempo, mediante o devido processo legal, tendente a desconstituir a situação irregularmente consolidada, posto que imune aos efeitos dos prazos decadenciais outorgados às demais categorias dos atos meramente 'anuláveis'.²⁷⁰

Em realidade, na assertiva acima transcrita, verifica-se uma compreensão inadequada do fenômeno da prescrição, em face de eventual nulidade. Lamentavelmente, mesmo após o advento da Constituição Federal de 1988, há uma permanente tentativa de buscarem-se motivos lógicos e racionais para legitimar um poder estatal inquestionável, onde a nulidade de ato administrativo passa a ser, entre

269 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Revista Trimestral de Jurisprudência, volume 84/. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, junho de 1978, p. 789;

²⁷⁰ OLIVEIRA NETTO, Sérgio. *Inexistência de prazo decadencial para a declaração de nulidade de ato administrativo na Administração Pública Federal*, p. 11;

outras imagináveis por tal compreensão, a *explicação* pueril de um poder estatal sem limites.

Há, portanto, uma supervalorização do Estado em relação ao indivíduo, construída a partir da negativa de aceitação dos paradigmas de um Estado Democrático de Direito, servindo-se tais concepções de conceitos fragmentários associados a vinculações acidentais, de modo a negar-se a estrutura do ordenamento jurídico nacional, mormente a partir de seus parâmetros constitucionais positivados, a característica, entre tantas outras, de um sistema normativo de garantias.

Contudo, como bem adverte e revela GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL: *Posições doutrinárias que se opõe à imprescritibilidade das faltas administrativas trazem o estigma de haverem florescido no odioso canteiro de legislações totalitárias, que faziam caso omissa da dignidade do homem e desejavam fosse todo-poderoso o Estado.*²⁷¹

Desse modo, resulta manifesto que, a partir da Constituição Federal de 1988, a ordem jurídica nacional recolhe as restritas situações em que se reconhece a possibilidade de imprescritibilidade. Inquestionável, portanto, que vigora em nosso sistema jurídico o princípio da prescritibilidade, salvo exceções expressamente previstas, as quais restam grafadas pelos: art. 5º, incisos XLII e XLIV, e art. 37, § 5º, da Constituição Federal, de modo que: *Ao afastar possibilidade de prescrição somente nas hipóteses excepcionais desses incisos, a Lei Maior admite a prescritibilidade das ações e condenações pelas demais práticas ilícitas, mesmo criminosas.*²⁷² Tanto é assim que: *Em face dos comandos e vetos da Constituição de 1988, bem como dos princípios hermenêuticos, não podem sustentar-se suposições de imprescritibilidade de responsabilidade por quaisquer atos, práticas, condutas ou situações quando não tenham sido objeto de norma que expressamente as torne imprescritíveis.*²⁷³

Por fim, de modo que não mais padeça dúvida alguma a respeito da prevalência do princípio da prescritibilidade em nosso ordenamento jurídico positivado,

²⁷¹ VIDIGAL. G. de C. Obra citada, p. 300;

²⁷² VIDIGAL. G. de C. Idem, p. 301;

²⁷³ VIDIGAL. G. de C. Idem, ibidem;

vale trazer à baila a manifestação de GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL, o qual, ao exame do parágrafo 5º, do art. 37, da Constituição Federal, alerta para o fato de que:

Mesmo quando ilícitos causem prejuízos ao erário, portanto, o texto constitucional inadmite a suposição de imprescritibilidade de penas, ações ou processos tendo por objeto tais ilícitos, de qualquer natureza, sempre que praticados por qualquer agente, servidor ou não.

Esse parágrafo, situado entre os textos constitucionais que regem a administração pública, obriga a que a lei defina os prazos da prescrição, nessas hipóteses. Eventual descumprimento, pelo legislador, do preceito constitucional, não poderia ter o condão de tornar imprescritíveis faltas que, por força desse preceito e do princípio geral, estão necessariamente submetidas a regime de prescrição.

Assinale-se ter sido clara intenção do dispositivo ressaltar o direito do Erário ao ressarcimento dos prejuízos sofridos. Ao estabelecer a ressalva, todavia, preocupou-se o legislador constitucional em evidenciar o respeito ao princípio geral de prescritibilidade.²⁷⁴

Por isso, não se há mais que falar em eventual imprescritibilidade no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, em especial no que se refere ao sistema de regulação configurado pelas regras do Direito Administrativo, tanto em presença de eventual omissão legislativa, quanto por força de uma compreensão dogmática lastreada no princípio constitucional da legalidade, enquanto, este último, princípio inerente à Administração Pública, já que tal compreensão está em choque direto com os preceitos inerentes aos paradigmas estatuídos pelo Estado Democrático de Direito, em especial no que atine ao princípio da segurança jurídica.

7.2. AÇÕES IMPRESCRITÍVEIS

Tendo resultado inquestionável a prevalência do princípio da prescritibilidade na esfera de regulação do Direito Administrativo, à exceção da pontual determinação em relação às ações visando ao ressarcimento do Erário, também há de acolher-se tal princípio no que atine ao efetivo exercício do direito fundamental, subliminarmente inserido no direito de ação. Tal direito de invocar a tutela jurisdicional, porquanto

²⁷⁴ VIDIGAL. G. de C. Obra citada, p. 301 a 302;

apoiado no princípio da inescusabilidade de controle judicial, em face de qualquer dano, ou ameaça de dano, resulta, de modo indireto, na diretriz que determina o não acolhimento, por parte do ordenamento jurídico nacional, da tese da imprescritibilidade. Tal perspectiva, aliás, já vinha sendo reconhecida no que pertine a determinadas formas processuais de ação. Entre estas últimas encontramos àquelas vinculadas ao estado das pessoas e as relativas aos direitos de personalidade, de modo geral.

Tal diretriz restou consolidada a partir da adoção de alguns critérios prévios de delimitação dos interesses vinculados à Administração Pública. No que se refere ao Direito Administrativo, a doutrina optou, na senda do determinado pelo regramento legal que disciplina a espécie, no que se refere às pretensões formuladas face à Administração Pública, pela adoção de critério genérico, não discernindo entre ações de natureza pessoal ou ações de natureza patrimonial. Nessa senda, bem aponta JOÃO LEITÃO DE ABREU, quando assevera que:

Não distinga, pois, a nossa ordem jurídica, nas pretensões, direitos e ações pessoais contra as entidades públicas, os de natureza patrimonial e os de objeto não patrimonial, para submetê-los, no primeiro caso, à prescrição quinquenária, e, no segundo, à vintenária, tal como se daria, se essa distinção se houvera feito. Todos os direitos e ações pessoais, qualquer que seja a sua natureza, contra as pessoas jurídicas de direito público, incorrem na quinquenária ou nas prescrições de prazo menor previstas em lei especial.²⁷⁵

Do mesmo modo, no que se refere às ações de natureza real, restou consolidado pela doutrina e pela jurisprudência, a necessidade de que restassem observados os paradigmas delineados pelo Código Civil. Tal critério decorreu da circunstância inerente à natureza do direito regulado. Relações envolvendo o direito de propriedade ou a posse de bens receberam regulação específica por parte do Direito Civil, de modo que a prescrição das ações a tais direitos inerentes, deve restar subsumida às regras de tal ramo da regulação jurídica. Tanto é assim que HELY LOPES MEIRELLES destaca que:

²⁷⁵ ABREU, J. L. de. Obra citada, p. 52;

A prescrição das ações reais contra a Fazenda Pública' tem sido considerada pelos tribunais como sendo a comum de dez ou quinze anos, e não a quinquenal do Dec. 20.910/32. E sobejam razões para essa orientação jurisprudencial, uma vez que não se pode admitir pretendesse o legislador alterar o instituto da propriedade, ao abreviar a prescrição em favor da Fazenda Pública. Na verdade, como acentuam os julgados de todas as instâncias que perfilham essa interpretação, admitir-se a prescrição quinquenal nas ações reais equivaleria a estabelecer um usucapião de cinco anos em favor da União, dos Estados-membros e dos Municípios, o que seria um novo meio de adquirir, não admitido por lei.²⁷⁶

Entretanto, no que se refere a possibilidade de ações imprescritíveis, tem-se que situa problema fora da esfera do Direito Administrativo. Tal perspectiva há de restar avaliada no âmbito do Direito Processual. Desse modo, resulta manifesto que, tão-somente, as ações de natureza condenatória assumem a condição de ações prescritíveis. Ações de natureza declaratória, como também àquelas de natureza constitutiva, sem prazo específico para o seu exercício, mostram-se como ações imprescritíveis, além das relativas ao estado das pessoas e às relativas aos direitos personalíssimos, porquanto essas últimas envolvem direitos indisponíveis. Nessa senda, preleciona AGNELO DE AMORIM FILHO que:

Deste modo, fixada a noção de que a violação do direito e o início do prazo prescricional são fatos correlatos, que se correspondem como causa e efeito, e articulando-se tal noção com aquela classificação dos direitos formulada por Chiovenda, concluir-se-á, fácil e irretorquivelmente, que só os direitos da primeira categoria (isto é, os 'direitos a uma prestação'), conduzem à prescrição, pois somente eles são suscetíveis de lesão ou de violação, conforme ficou amplamente demonstrado. Por outro lado, os da segunda categoria, isto é, os direitos potestativos (que são, por definição, 'direitos sem pretensão', ou 'direitos sem prestação', e que se caracterizam, exatamente, pelo fato de serem insuscetíveis de lesão ou violação), não podem jamais, por isso mesmo, dar origem a um prazo prescricional.

Por via de consequência chegar-se-á, então, a uma segunda conclusão importante: só as ações condenatórias podem prescrever, pois são elas as únicas ações por meio das quais se protegem os direitos suscetíveis de lesão, isto é, os da primeira categoria da classificação de Chiovenda.²⁷⁷

Ademais, como ainda salienta AGNELO DE AMORIM FILHO:

²⁷⁶ MEIRELLES, H. L. Obra citada, p. 623;

²⁷⁷ AMORIM FILHO, Agnelo de. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*, p. 19 a 20;

(...) não há qualquer razão para o legislador subordinar as ações declaratórias a prazos extintivos, pois o seu uso, ou não-uso, não afeta, direta ou indiretamente, a paz social, uma vez que elas nada criam e nada modificam — apenas modificam a ‘certeza jurídica’. Já vimos, também, que há até mesmo uma impossibilidade lógica em filiar as ações declaratórias aos institutos da prescrição ou da decadência, uma vez que elas não são meio de restauração de direitos lesados, nem meio de exercício de direitos potestativos.

Quanto às ações constitutivas, a lei só fixou prazo para a propositura de algumas delas: são aquelas que se encontram enumeradas no art. 178, ao lado de várias ações condenatórias. As demais ações constitutivas, não estando, como não estão, sujeitas a qualquer prazo extintivo, devem ser classificadas como imprescritíveis, (ou perpétuas, segundo a denominação que propusemos).²⁷⁸

Conforme o acima realçado, não só as ações de natureza declaratória, como também às de natureza constitutiva, sem prazo fixado em lei, poderão, tanto pelo administrado, quanto pela Administração Pública, serem ajuizadas a qualquer tempo, não estando submetidas a qualquer prazo prescricional, como também as ações de ressarcimento (art. 37, § 5º, da Constituição Federal), as quais assumem este caráter de imprescritibilidade, não só pela sua expressa previsão no texto constitucional, mas também por força da via mediata decorrente dos princípios da supremacia do interesse público e da moralidade administrativa, assegurando à Administração Pública o direito de a qualquer tempo reaver o que lhe foi ilicitamente subtraído, embora tal orientação decorra, por razão mediata,, dos ditames inerentes ao Direito Processual em-si, e não do Direito Administrativo, não havendo modo algum que permita afastar tal diretriz, dado estar diretamente subordinada ao princípio da especificidade.

7.3. DIREITOS IMPRESCRITÍVEIS

Embora, a princípio, tenhamos alguma dificuldade para, de pronto, elencar um conjunto significativo de direitos imprescritíveis, no âmbito da regulação privada, na via da esfera pública alguns direitos mostram-se, mais de imediato, como uma possibilidade de que se lhes reconheça a condição de que nunca serão atingidos pelo evento prescricional.

²⁷⁸ AMORIM FILHO, A. de. Obra citada, p. 34;

Importa destacar, de imediato, contudo, que a terminologia ora adotada, qual seja a de direitos imprescritíveis, sob uma certa forma, refoge do conceito usualmente adotado, ou seja, naquele em que se cristalizou a idéia de que o que prescreve é a ação e não o direito.

Ora, tal possibilidade decorre muito mais de uma visão estruturada a partir dos limites e diretrizes estatuídas pela Constituição Federal, do que a partir do regramento legal ordinário, como também da visão ortodoxa consolidada pelo pensamento doutrinário com forte vocação dogmática. Tal perspectiva resulta fortalecida pela visão de JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, o qual, nesse sentido, preleciona que:

Não é assim tão absoluta e rígida a regra, ainda em vigor, do D. n. 20.910, de 1932, art. 1º, ao preceituar que 'todo e qualquer direito ou ação, seja qual for sua natureza, prescrevem em cinco anos'. De maneira alguma. Existem direitos e ações contra a Fazenda Pública que nunca prescrevem. São direitos imprescritíveis embora pessoais. São direitos subjetivos públicos, que, por sua natureza intrínseca, ficam imunes à prescritibilidade, quer pelo caráter alimentar, quer pela índole previdenciária de que se revestem.

O direito ao estipêndio, 'pro labore facto', por exemplo, é 'imprescritível'. Se, por qualquer motivo, o Estado deixa de pagar vencimentos ao funcionário, no todo ou em parte, o direito público subjetivo de reivindicar esse pagamento, por ação própria, é imprescritível.

Ligadas a algumas vantagens estão as denominadas licença-prêmio e a licença especial, benefícios outorgados ao servidor público que trabalha durante dois, cinco ou dez anos, conforme seu Estatuto e que, por isso, pode descansar durante alguns meses, contar este tempo em dobro para alguns efeitos, ou, mesmo, converte o repouso 'in pecunia'. Esses direitos são imprescritíveis, ao contrário do que diz o direito positivo pátrio. Podem ser pleiteados a qualquer tempo.

Embora desde já se alerte para a possível impropriedade de algumas das assertivas lançadas pelo insigne doutrinador, fruto da dinâmica legislativa, avulta, como significativa, a possibilidade de que, em determinados casos, possamos reconhecer a existência de alguns direitos imprescritíveis. Em realidade, tais direitos devem ser buscados, por primeiro, no elenco concretizado pelas normas constitucionais pertinentes; por segundo, não se há de confundir o direito em si com o seu exercício, ou com a possibilidade de seu exercício.

No que se refere ao direito à aposentadoria, por exemplo, abstraída a possibilidade da sua determinação compulsória, não se verifica muita dificuldade para que se reconheça que, até o advento da determinação legal compulsória, na forma do texto constitucional positivado (art. 40, § 1º, inciso II, da Constituição Federal), mesmo tendo sido já preenchidos os requisitos que possibilitam a aposentadoria voluntária do servidor público, tal direito é imprescritível, mesmo que já passados cinco anos da data em que se viabilizou o exercício de tal pretensão.

Portanto, todos os direitos que tenham sido reconhecidos por força de norma constitucional e que não tenham seu reconhecimento condicionado à regra jurídica infraconstitucional, por ditame expreso da própria Constituição Federal, sob a costumeira fórmula: *nos termos da lei*, não podem ser atingidos pela prescrição, salvo àqueles em que a própria Constituição Federal estabeleça, ou venha a estabelecer, prazo para o seu exercício ou reconhecimento, no fito de assegurar-lhe a sua concretização.

Desse modo, caso a Administração Pública venha, por atuação da respectiva esfera político-administrativa autônoma, observada a iniciativa constitucionalmente fixada, a delimitar ou restringir, de qualquer forma, o exercício de algum direito constitucionalmente fixado, de modo a afrontar os correspondentes preceitos constitucionais, tal regramento resultará marcado por nulidade insanável decorrente de sua inconstitucionalidade.

Portanto, nos termos do acima realçado é que se pode assentar que, nos termos da Constituição Federal e, por decorrência do princípio da simetria, na forma do disciplinado pelas correspondentes Constituições Estaduais, não se poderá estatuir nenhuma forma de prescrição em relação a tais direitos, de modo a pretender inviabilizá-los ou desconstituí-los. Tanto é assim que a Constituição Federal, no que se refere à disciplina dos eventos prescricionais relativos aos agentes ou servidores públicos, ou não, determinou a necessidade de lei de regulação a prazos prescricionais, excluindo de tal diretriz, tão-somente, em relação a ilícitos por tais pessoas perpetrados, desde que com causação de prejuízo ao erário.

Ademais, ao estender os direitos sociais previstos em seu art. 7º, a Constituição Federal, em seu art.39, § 3º, em benefício dos servidores ocupantes de cargo público, no que se refere a prestações de natureza patrimonial, de modo geral, não inseriu entre tais regras legais, a prevista no inciso XXIX, do referido art. 7º, deixando claro que nem mesmo os créditos resultantes das relações de trabalho, observada a sua especificidade e sede, estão sujeitos ao prazo prescricional estatuído pela norma constitucional, o que implica, contudo, o seu envio à regulação normativa infraconstitucional.

Há de reconhecer-se, portanto, que, no caso em tela, a regulação passa a submeter-se aos ditames do determinado pelo Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932, e pelo Decreto-lei nº 4.597, de 19 de agosto de 1942. Ou seja, ao prazo de cinco anos, no que se refere, tão-somente, às prestações devidas e já vencidas, desde que reconhecido o fundo de direito, o qual, no caso, por força do regramento constitucional, torna-se, por via reflexa, imprescritível. De tal sorte, por força do conteúdo ideológico do próprio sistema, no que se refere ao direito de, por exemplo, não receber remuneração inferior ao valor correspondente ao salário mínimo, trata-se de direito imprescritível.

Outro direito imprescritível trata do direito à revisão do processo disciplinar, nos termos do grafado pelo art. 174, da Lei Federal nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o qual por ditame legal expresso, poderá ser revisto a qualquer tempo, mostrando-se, portanto, como pretensão informada a título de direito imprescritível. Dá-se, também, como acima realçado, por preceito geral de cunho ideológico, ou seja, por força de uma diretriz principiológica decorrente do próprio estatuto constitucional como fonte.

Por fim, não se pode olvidar a disciplina constitucional no que se refere à pretensão de ressarcimento de prejuízo a ser suportado pelo Erário. À evidência, a regra constitucional, por ora, afastou toda e qualquer discussão, na medida em que tais ações assumem a condição de pretensões imprescritíveis. Contudo, tal compreensão possui visões a ela contrárias. FÁBIO MEDINA OSÓRIO, analisando o grafado pelo art. 37, § 5º, da Constituição Federal, refere que:

Melhor refletindo sobre o assunto, parece-me que, ideologicamente, se mostra inaceitável tal tese, embora, pelo ângulo dogmático, não haja alternativa hermenêutica.

Até mesmo um crime de homicídio (art. 121, 'caput', CP) sujeita-se a prazo prescricional, por que uma ação por danos materiais ao erário escaparia desse tratamento? Dir-se-á que essa medida não constitui uma 'sanção', eis a resposta. Sem embargo, tal medida ostenta efeitos importantes e um caráter nitidamente 'aflitivo' de um ponto de vista prático. Ademais, gera uma intolerável insegurança jurídica a ausência de qualquer prazo prescricional. A melhor solução talvez fosse fixar um prazo (elevado) mínimo de prescrição para essas demandas, jamais proibir, expressamente, a configuração legislativa de prazos prescricionais para os casos de ressarcimento.²⁷⁹

E mais, ainda:

Nada impede, todavia, sob o ângulo doutrinário, uma crítica a essa espécie de postura. Aos operadores jurídicos, de qualquer sorte, cumpre respeitar a soberana decisão do constituinte, ajuizando e julgando as ações cabíveis.²⁸⁰

Assevera, por fim, o insigne doutrinador, que:

Não é possível uma ausência de limites para que alguém acione o outro por supostos danos materiais ao erário. Inexistindo prazo prescricional a determinada sanção administrativa, imperioso o recurso à analogia, suprimindo-se eventual omissão do legislador, que está obrigado, constitucionalmente, a regular essa matéria.²⁸¹

Das assertivas lançadas pelo doutrinador retro-referido, avultam significados relevantes. Por primeiro, verifica-se que tal visão, embora não concorde com a mencionada imprescritibilidade, reconhece-a. Por segundo, em detrimento de sua própria posição, destaca a impossibilidade de se confundir pretensão de ressarcimento com pretensão punitiva, a título de sanção. É consabido que a pretensão de ressarcimento não configura uma sanção administrativa. Por terceiro, há de destacar-se que se mostra inadequado a utilização de analogia para o efeito de regular a questão controvertida.

Ora, se a Constituição Federal assim definiu tal imprescritibilidade, tão-somente em presença de outra norma constitucional poder-se-ia, em tese, buscar-se preceito a ser esgrimido a título de modificação do sistema. Contudo, tal norma não existe, não se

²⁷⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, p. 413;

²⁸⁰ OSÓRIO, F. M. *Idem*, *ibidem*;

²⁸¹ OSÓRIO, F. M. *Idem*. p. 414;

podendo, de modo algum, pretender-se a construção de uma aplicação analógica a partir de regra infraconstitucional, de molde a atenuar o rigor de regra constitucional. Até mesmo a sugestão final de regulação da regra constitucional, por parte do legislador infraconstitucional, mostra-se inadequada, na medida em que, caso assim proceda, estar-se-á a gestar norma inconstitucional, no mínimo, em nível material. Só a supressão da regra constitucional é que poderia dar azo a compreensão diversa. De tal sorte, por ora, inequívoca é a imprescritibilidade das pretensões de ressarcimento de prejuízos causados ao Erário, mostrando-se tal regra como exceção expressa às diretrizes do sistema.

De tudo o que foi destacado acima, sem que se mostre necessário avançarmos mais em tal circunstância, resta seguro que, por força de mandamento constitucional expresso, as ações de ressarcimento de prejuízos ao Erário, configuram-se como ações imprescritíveis, repercutindo tal ditame, na esteira da fórmula de compreensão aqui destacada, a imprescritibilidade estrutural do próprio direito.

Por fim, é de alertar-se que, no que atine a esfera de aplicação de sanções pela prática de atos ilícitos ou irregulares, trata-se de matéria que deverá ser apreciada em sítio próprio, o que se fará mais adiante, restando, portanto, redundante, passarmos à sua análise no presente momento, já que, em breve, o faremos.

7.4. CAMPO DE INCIDÊNCIA DA IMPRESCRITIBILIDADE: TEORIA DAS NULIDADES

Matéria que até os dias de hoje tem-se mostrado controversa, diz respeito à questão da possibilidade de identificar-se uma teoria que estabeleça as diretrizes mínimas necessárias a respeito das nulidades no âmbito do Direito Público, em especial no que se refere ao Direito Administrativo.

Contudo, a discussão que aqui interessa diz respeito ao evento prescricional situado no âmbito da regulação administrativa, de modo que impende que, por primeiro, situemos a questão, de forma brevíssima, de molde a não resvalarmos para uma discussão alheia à questão prescricional, em si.

Toda questão pode ser localizada a partir de uma perplexidade específica, qual seja a que diz respeito aos casos de invalidação dos atos administrativos. É evidente que muitas outras circunstâncias poderiam ser elencadas, tais como a prescrição das sanções administrativas, como também, o reconhecimento da prescrição, por parte do Poder Judiciário, em relações jurídicas nas quais a Administração Pública é protagonista. Contudo, não é isso que se buscará.

O ponto nodal a ser examinado será situado a partir da compreensão preliminar, a título de pressuposto, de que tal matéria resulta controvertida, na medida em que alguns acreditam que a perda da possibilidade de a administração prover sobre dada matéria, em decorrência do transcurso do prazo dentro do qual poderia se manifestar, não se assemelha à prescrição, mas sim à decadência. Tal visão, portanto, determina um deslocamento da controvérsia da querela da teoria das nulidades, no âmbito do Direito Administrativo. A partir de tal sítio não mais se trata, como naquela, da possibilidade de uma atuação positiva da Administração Pública, para o efeito do restabelecimento da ordem jurídica violada, tão-somente, mas do não exercício tempestivo de um meio, de uma via prevista para defesa de um direito que se entenda ameaçado ou violado, optando-se então pela própria extinção do direito de invalidar.

Neste sentido, destaca WEIDA ZANCANER que:

Se, em razão do exposto, podemos concluir que no Direito Privado a prescrição basta para garantir a segurança jurídica, o mesmo não se dá no Direito Público, pois o princípio da segurança jurídica só fica resguardado através do instituto da decadência, em se tratando de atos inconvalidáveis, devido ao fato de a Administração Pública 'não precisar valer-se da ação', ao contrário do que se passa com os particulares, para exercitar o seu poder de invalidar. Logo, o instituto da prescrição não seria suficiente para pacificar a situação que advém da matéria objeto desse estudo. Tanto é exata tal assertiva que não se concebe a possibilidade de interrupção ou suspensão do prazo para a Administração invalidar, característica essa da decadência, em oposição à prescrição.

Assim, muito embora a doutrina tenha utilizado o prazo prescricional como forma de sanção dos atos inválidos, este consiste em prazo decadencial, para poder surtir os efeitos em razão dos quais é invocado.

Ora, do próprio conteúdo de tal compreensão doutrinária, verifica-se que a questão das nulidades persiste. Mesmo que se tenha deslocado a sua controvérsia

para fenômeno extintivo diverso. Na medida em que são referidos atos inconvalidáveis, retorna-se à questão. Em realidade, o problema subliminar que persiste é o de que na invalidação de algum ato administrativo, poderá ocorrer eventual conflito entre os princípios da segurança jurídica e da legalidade, firmando-se o desacerto a partir de uma compreensão de que, nessa hipótese, a indisponibilidade do interesse público deve sempre se sobrepor, mesmo que para isto tenha-se que admitir a supressão dos direitos do administrado.

Por isso o que aqui se mostra relevante destacar é que a questão temporal também se coloca como fator problemático. Faz-se necessário, portanto, perquirir se a Administração Pública pode, a qualquer tempo, invalidar seus atos. De qualquer modo, impende que se adote, como pressuposto inafastável, uma classificação doutrinária que explicita as categorias que possam ser aceitas, na esfera do Direito Administrativo, a respeito de seus atos viciados. HELY LOPES MEIRELLES destaca que:

Ato nulo é o que nasce afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos ou no procedimento formativo. A nulidade pode ser 'explícita' ou 'virtual'. É 'explícita' quando a lei comina expressamente, indicando os vícios que lhe dão origem; é virtual quando a invalidade decorre da infringência de princípios específicos do Direito Público, reconhecidos por interpretação das normas concernentes ao ato. Em qualquer destes casos, porém, o ato é ilegítimo ou ilegal e não produz qualquer efeito válido entre as partes, pela evidente razão de que não se pode adquirir direitos contra a lei. A nulidade, todavia, deve ser reconhecida e proclamada pela Administração ou pelo Judiciário (cap. XI, itens II e IV), não sendo permitido ao particular negar exeqüibilidade ao ato administrativo, ainda que nulo, enquanto não for regularmente declarada sua invalidade, mas essa declaração opera 'ex tunc', isto é, retroage às suas origens e alcança todos os seus efeitos passados, presentes e futuros em relação às partes, só se admitindo exceção para com os terceiros de boa-fé, sujeitos às suas conseqüências reflexas.

Embora alguns autores admitam o 'ato administrativo anulável', passível de convalidação, não aceitamos essa categoria em Direito Administrativo, pela impossibilidade de preponderar o interesse privado sobre o público e não ser admissível a manutenção de atos 'ilegais', ainda que assim o desejem as partes, porque a isto se opõe a exigência da 'legalidade administrativa'. Daí a impossibilidade jurídica de se convalidar o ato considerado 'anulável', que não passa de um ato originariamente 'nulo'. O que a doutrina admite é a chamada 'conversão' ou 'sanatória' de ato administrativo imprestável para um determinado negócio jurídico mas aproveitável em outro, para o qual tem os necessários requisitos legais.²⁸²

²⁸² MEIRELLES, H. L. Obra citada, p. 156 a 157;

OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, por seu turno, destaca que: *Não obstante dissensões na doutrina e na legislação dos povos cultos, na sistematização dos princípios atinentes à teoria da invalidade dos atos jurídicos, no direito privado, prevalece a distinção entre atos nulos e anuláveis.*²⁸³ Assume o festejado mestre tal postura, na medida em que:

A distinção entre atos nulos e anuláveis, embora objeto de sistematização, pelos civilistas, não envolve matéria jurídica de direito privado, mas de teoria geral do direito, pertinente à ilegitimidade dos atos jurídicos, e, portanto, perfeitamente adaptável ao direito público, especialmente, ao direito administrativo. Não se trata, por conseguinte, de transplantação imprópria de teoria do direito privado para o direito público inconciliável com os princípios informadores do ato administrativo.

*Os atos administrativos ora padecem de vícios que os tornam juridicamente insanáveis, e, destarte, não se admite a sua convalidação, ora de vícios sanáveis, e, então, suscetíveis de convalidação.*²⁸⁴

MIGUEL SEABRA FAGUNDES, por seu turno, destaca que:

*Atenta, porém, à particular natureza dos atos administrativos, não pode ser acolhida, sem reserva, a sistematização da legislação civil, que é, em muitos casos, evidentemente inadaptável àqueles atos. A nulidade como sanção com que se pune o ato defeituoso por infringente das normas legais tem no direito Privado, principalmente, uma finalidade restauradora do equilíbrio individual perturbado. No Direito Público já se apresenta com uma função muito diversa. O ato administrativo, em regra, envolve múltiplos interesses. Ainda quando especial, é raro que se cinja a interessar um só indivíduo. Há quase sempre terceiros cujos direitos afeta.*²⁸⁵

Por tal prisma, portanto, MIGUEL SEABRA FAGUNDES constrói concepção diferenciada da haurida no Direito Privado. Para tal doutrinador, em razão, primordialmente, da natureza pública de tais atos, por ele reconhecida, qualifica-os, em razão de eventuais vícios, como: atos absolutamente inválidos, atos relativamente inválidos, e atos irregulares. Ou seja, constrói sistema classificatório apoiado no

²⁸³ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*, volume I, Introdução, p. 576;

²⁸⁴ MELLO, O. A. B. de. *Idem*, p. 580;

²⁸⁵ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 250;

fenômeno da validade do ato o que, de qualquer modo, remete a questão ao sistema de direito positivo, a partir da restrita concepção de legalidade ou de ilegalidade do ato, dado que a validade, ou a invalidade de um ato administrativo há de ser apurado, ao início, face aos termos da lei.

Visando proteger-se de eventual ataque, mormente em face da posição de SEABRA FAGUNDES, OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO assevera, em defesa de sua concepção, que: (...) *a aplicação da teoria da nulidade e anulabilidade dos atos em um outro ramo jurídico se adota pela semelhança de situação e identidade de razão. Jamais pela identidade de situação. Consiste em aplicação analógica.*²⁸⁶ Em tal posição, verifica-se, novamente, a referência a uma diretriz geral, a qual, sem dúvida alguma, está assentada na lei e, por decorrência, no princípio da legalidade.

WEIDA ZANCANER, por seu turno, assevera que: (...) *no estudo da invalidade, o que se deve levar em conta são as conseqüências jurídicas que o direito objetivo assinala, quando da emanção de atos que não lhe são acordes.*²⁸⁷. Portanto, o que sobreleva para tal doutrinadora é a conseqüência face à ordem jurídica positiva e não a eventual categorização abstrata do ato a ser procedida pela doutrina ou pela jurisprudência. De tal sorte, assevera a eminente Professora que:

Tendo em vista as conseqüências jurídicas que nosso ordenamento jurídico imputa aos atos que não lhe são acordes, necessário se faz uma classificação dicotômica. Ei-la: atos absolutamente sanáveis, atos absolutamente insanáveis, atos relativamente sanáveis e atos relativamente insanáveis.

Os absolutamente sanáveis são aqueles que, apesar de produzidos em desacordo com o Direito, este, pela irrelevância do defeito os recebe como se fossem regulares. Seu reverso, os absolutamente insanáveis, são aqueles que o ordenamento jurídico repele com radicalismo total, pois nem o tempo, nem a boa-fé, nem ato algum lhes poderá conferir estabilização em razão da gravidade do vício.

Os relativamente sanáveis são aqueles que devem ser convalidados pela Administração Pública ou sanados por ato do particular interessado. O tempo, contudo, os estabiliza em cinco anos, ainda que não hajam sido convalidados ou saneados. Os relativamente insanáveis são os que não podem ser convalidados, nem sanados por

²⁸⁶ MELLO, O. A. B. de. Obra citada, p. 583;

²⁸⁷ ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, p. 84;

*ato do particular afetado, podem ser estabilizados 'longi temporis', ou, quando concessivos de benefícios, 'brevis temporis', se existir boa-fé do beneficiado e norma ou princípio que lhe serviria de apoio se houvessem sido regularmente expedidos.*²⁸⁸

Já MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO acolhe a teoria geral das nulidades, na forma do consolidado, em gênero, pelo Direito Civil, ou seja da existência de atos nulos e de atos anuláveis, observando, contudo, que: (...) *dispondo a Administração do poder de autotutela, não pode ficar dependendo de provocação do interessado para decretar a nulidade, seja absoluta seja relativa. Isto porque não pode o interesse individual do administrado prevalecer sobre o interesse público na preservação da legalidade administrativa.*²⁸⁹

MIGUEL REALE, por seu turno, ao tratar da teoria dos vícios e dos defeitos que possam vir a impregnar os atos administrativos, além dos já consagrados atos nulos e anuláveis, acresce uma terceira categoria, a qual denomina de atos administrativos inexistentes. Assevera o nominado Mestre que:

*Focalizada a questão, já agora sob o prisma da 'praxis administrativa', a 'fidelidade' aos objetivos da lei pode sofrer duas espécies fundamentais de infração; no caso das 'nulidades de pleno direito', é a lei mesma que em sua essência é ferida, por ter-se deixado, intencionalmente ou não, de atender a uma exigência posta pelo legislador como condição 'sine qua non' do ato administrativo; no caso das 'nulidades relativas', o vício se refere a elementos extrínsecos, pertinentes, não à estrutura do ato em si, mas às condições em que ele surge e se 'efetiva'. Assim, nulo é o ato administrativo por falecer competência a quem o pratica, ou por ter-se constituído com violação de exigências essenciais expressamente enunciadas na lei para cada caso particular; anulável é o ato, se resultante de vício de vontade, de erro, simulação ou fraude, não se 'efetivando' a finalidade da lei senão de forma aparente, ou pela carência de requisitos de caráter complementar ou acessório.*²⁹⁰

(...)

Em suma, enquanto o ato inexistente carece de algum elemento constitutivo e permanece juridicamente embrionário, o ato nulo reúne todos os requisitos aparentes de uma realidade jurídica, mas inidôneos, como tais, a produzir efeitos válidos, desde o seu nascimento. Já o ato anulável reúne requisitos aptos a produzir efeitos até e enquanto alguém não lhe conteste legitimamente a validade.

²⁸⁸ ZANCANER, W. Obra citada, p. 90 a 91;

²⁸⁹ DI PIETRO, M. S. Z. Obra citada, p. 235;

²⁹⁰ REALE, MIGUEL, *Revogação e anulamento do ato administrativo: contribuição ao estudo das figuras que integram o instituto da revisão dos atos administrativos pela própria administração*, p. 53 a 54;

20. O sentido da expressão 'ato inexistente' prende-se, pois ao fato de poder ser ele considerado como tal, destituído 'per se' de qualquer relevância jurídica, por qualquer do povo, sem necessidade de se recorrer ao pronunciamento, quer da autoridade judiciária, quer da administrativa.²⁹¹

DIOGENES GASPARINI. De forma pontual, no que se refere aos atos administrativos inválidos, de forma geral, diz que:

*A nosso ver, só há uma espécie de ato administrativo inválido: o comumente chamado de ato nulo. Desse modo, não se tem no Direito Administrativo, como ocorre no Direito Privado, atos nulos e atos anuláveis, em razão do princípio da legalidade, incompetível com essa dicotomia. Ademais, os atos anuláveis ofendem direitos privados, disponíveis pelos interessados, enquanto os nulos agridem interesses públicos, indisponíveis pelas partes. Lá são anuláveis, aqui são nulos. O ato administrativo sempre ofenderá, quando ilegal, um interesse público, sendo, portanto, nulo. Destarte, não há como ser aplicada no Direito Administrativo a teoria dos atos nulos e anuláveis do Direito Privado.*²⁹²

Por seu turno, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, após destacar que tal matéria esta informada por forte controvérsia, refere que:

A adaptabilidade ou não da teoria das nulidades ao Direito Administrativo provocou funda cisão na doutrina, dividindo-a em dois pólos diversos e antagônicos.

*De um lado, a teoria **monista**, segundo a qual é inaplicável a dicotomia das nulidades ao Direito Administrativo. Para estes autores, o ato é nulo ou válido, de forma que a existência de vício de legalidade produz todos os efeitos que naturalmente emanam de um ato nulo.*

*De outro lado está a teoria **dualista**, prestigiada por aqueles que entendem que os atos administrativos podem ser nulos ou anuláveis, de acordo com a maior ou menor gravidade do vício. Para estes, como é evidente, é possível que o Direito Administrativo conviva com os efeitos não só da nulidade como também da anulabilidade, inclusive, neste último caso, com o efeito da convalidação de atos defeituosos.*

Na doutrina estrangeira, encontramos inúmeros adeptos da doutrina dualista, como CASSAGNE, MARCELO CAETANO, GUIDO e POTENZA, RENATO ALESSI etc.

²⁹¹ REALE, M. Obra citada, p. 50 a 51;

²⁹² GASPARINI, D. Obra citada, p. 103;

*Permitimo-nos perfilhar a doutrina dualista, embora não possamos deixar de assinalar um aspecto que nos parece fundamental. É que a regra geral deve ser a da nulidade, considerando-se assim graves os vícios que inquinam o ato, e somente por exceção pode dar-se a convalidação de ato viciado, tido como anulável. Sem dúvida é o interesse público que rege os atos administrativos, e tais interesses são indisponíveis como regra. Apenas quando não houver reflexo dos efeitos do ato viciado na esfera jurídica de terceiros é que se poderá admitir seja convalidado; a não ser assim, forçoso seria aceitar que a invalidade possa produzir efeitos válidos.*²⁹³

Contudo, sob a ótica da teoria da prescrição, independentemente das variadas classificações apresentadas, tal discussão, em especial no que se refere aos atos administrativos qualificados como inexistentes, já se encontra, de há muito superada, na medida em que a possibilidade de prescritibilidade da prerrogativa inerente à Administração Pública de rever aos seus próprios atos, configura circunstância reconhecida como possível pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, seja qual for a sua natureza.

Após tal *trajeto* pelas variadas concepções doutrinárias a respeito da nulidade, da anulabilidade, e até da inexistência, enfim, da invalidade dos atos administrativos, resulta viável examinar-mos, portanto, os efeitos de tais concepções a partir do prisma da prescrição administrativa. Tal prisma há de ser visto, contudo, a partir de uma pretensão que visa examinar a possibilidade, em um sentido positivo, ou a impossibilidade, em um sentido negativo, de que a Administração Pública possa, ou não possa, a partir, por primeiro, de um determinado momento, revisar os seus atos, ou então, por segundo, a partir de qualquer momento, proceder a tal revisão.

Contudo, de qualquer modo, impende que manifestemos, de pronto, a posição que aqui se assume em relação à cognominada teoria das nulidades do atos administrativos. A nosso sentir, respeitadas às doudas opiniões em contrário, parece-nos que o melhor caminho a ser seguido transita pela concepção dualista, ou seja: os atos administrativos inválidos poderão ser categorizados como nulos, ou como anuláveis. Tal perspectiva, contudo não nasce de uma mera adoção de critério por simpatia, mas sim a partir da construção de um critério que busca sua concretização

²⁹³ CARVALHO FILHO, J. dos S. Obra citada, p. 119;

pela interpretação do conteúdo das súmulas 346 e 473, ambas do Supremo Tribunal Federal.

Diz a súmula nº 346 daquele Egrégio Tribunal que: *A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos*. Ora, de tal preceito resulta seguro afirmar dois pontos incontroversos. O primeiro, no sentido de que a Administração Pública pode rever seus próprios atos, na medida em que a Suprema Corte nacional acolhe tal concepção. Por segundo, torna-se incontroverso que se a Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos, por consequência, também pode não declarar. Contudo, o divisor de águas de tais prerrogativas, a nosso sentir, situa-se no princípio da legalidade. De tal sorte, se o ato fere, de modo grave e insanável, a algum ditame legal, resulta ser dever da Administração Pública anular tal ato. Contudo, se o vício mostra-se factível de ser corrigido, porquanto não há ofensa insanável à lei, a Administração Pública, após a adequação do ato aos ditames legais, não necessitará anulá-lo.

Tal concepção resulta reforçada a partir do preceituado pela súmula nº 473, a qual disciplina que: *A administração pública pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial*. Portanto, sendo o ato administrativo portador de vício de ilegalidade estrita, a Administração Pública não tem outro caminho senão o de anulá-lo. Por raciocínio ao reverso, sendo o ato portador de vício de ilegalidade relativa, não há porque a Administração Pública anulá-lo. Tudo, em princípio, porque da ilegalidade não se originam direitos.

Voz marcante na defesa da tese da imprescritibilidade do poder-dever de anular, a qualquer tempo, atos administrativos marcados pelo vício da nulidade, RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA assenta sua concepção em duas premissas básicas. A primeira, no sentido de que: *Ao administrador cabe sempre reconhecer a nulidade de algum ato, desde que praticado com vício, bem como decretar-lhe a nulidade, já que*

qualquer deles é incompatível com a indisponibilidade do interesse público.²⁹⁴ A segunda, ao assentar que:

Partilha-se, nesse passo, da orientação de Hely Lopes Meirelles, ao afirmar que 'o ato administrativo é legal ou ilegal; é válido ou inválido. Jamais poderá ser legal ou meio legal; válido ou meio válido, como ocorreria se se admitisse a nulidade relativa ou anulabilidade, como pretendem alguns autores que transplantam teorias do Direito Privado para o Direito Público sem meditar na sua inadequação aos princípios específicos da atividade estatal. O que pode haver é correção de mera irregularidade que não torna o ato nem nulo, nem anulável, mas simplesmente defeituoso ou ineficaz até a sua ratificação.

Discorda-se, no entanto, do renomado autor, quando admite a prescrição dos atos, pelos motivos já anteriormente expostos.²⁹⁵

No sentir de RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, conforme o acima explicitado, tanto a indisponibilidade que caracteriza o interesse público, quanto a ilegalidade do ato, caracterizam-se como fatores impeditivos da convalidação do ato administrativo nulo, devendo a Administração Pública proceder à sua anulação, prerrogativa esta que tal doutrinador entende imprescritível.²⁹⁶

²⁹⁴ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato administrativo*, p. 132;

²⁹⁵ OLIVEIRA, R. F. de. *Obra citada*, p. 134;

²⁹⁶ Em arrimo de sua tese, Régis Fernandes de Oliveira refere, à fl. 133, de sua obra denominada: *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, o Recurso Especial nº202.362, oriundo da Paraíba (99/0007364-9), tendo como relator o Min. Edson Vidigal e, como Recorrente, o Estado da Paraíba (Advogado: Joas de Brito Pereira Filho e outros), e como recorrido José Valdevino Filho (Advogado: José Hiram de Castro Veríssimo), cuja ementa explicita que: PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO OMISSIVO DO SECRETÁRIO DE FINANÇAS. DECADÊNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. Não se verifica a decadência do direito de anular Ato Administrativo se a Administração, devendo agir de ofício, não o faz; a cada ato omissivo resta configurada uma lesão ao direito do impetrante. 2. Recurso não conhecido. Interessante destacar, contudo, o teor do voto condutor da decisão, no qual resta explicitado pelo Exmo. Sr. Ministro EDSON VIDIGAL que: (...) *o recorrido, Fiscal de Tributos no Estado da Paraíba, foi descredenciado pela Portaria n° 027/GSF, de 23.04.97, do Secretário de Finanças, por suposto envolvimento de extorsão com a empresa DISPABEL — Distribuidora Paulista de Bebidas LTDA, muito embora tenha a Comissão de Inquérito formada para apurar os fatos opinado pela sua suspensão por 90 (noventa) dias. Pediu o servidor a revisão do inquérito, em petição juntada aos autos às lis. 14/18, tendo a Comissão Especial de Revisão opinado pela absolvição do acusado, por absoluta falta de provas, e seu conseqüente arquivamento (fis. 19/21). Parecer levado ao conhecimento do Sr. Governador do Estado, que opôs seu acordo (fl. 23). Foi a partir dessa decisão que nasceu para o ora recorrido o direito líquido e certo de retomo ao cargo antes ocupado. Não obstante a decisão tomada pelo Chefe do Poder Executivo estadual, o Secretário de Finanças omitiu-se quanto à revogação da Portaria de descredenciamento. Cada mês em que não realizada, da omissão desse ato renasce a ofensa do direito e a conseqüente pretensão a obter judicialmente a satisfação. Ademais, não há de se reconhecer, como quer o recorrente, que o ato de*

Para que bem se compreenda tais variáveis, importa que atentemos para a preciosa e precisa lição de WEIDA ZANCANER, quando tal doutrinadora preleciona que:

(...) a Administração Pública não tem por função dizer o Direito. A necessidade de completa subsunção da Administração à lei não é um fim em si, mas constitui meio para que ela possa cumprir o fim ao qual se encontra adstrita, isto é, a consecução do interesse público.

Óbvio está que o interesse público deve ser conseguido através da fiel subsunção à lei; todavia, esta assertiva não implica dizer que cabe à Administração Pública a aplicação de normas jurídicas com o fito de dizer o Direito. Ao Judiciário é atribuída essa função, e não ao Executivo.

O administrador público utiliza-se da lei e a ela se vincula para perseguir o interesse público, mas a Administração Pública não é o órgão guardião da lei, e haverá momentos em que não poderá mais invalidar seus próprios atos; em outros, verá a sanção dos vícios que os afetam independentemente de seu querer.²⁹⁷

Por isso, em razão de tão acertada assertiva, há de tomar-se em conta a advertência formulada por ALMIRO DO COUTO E SILVA, no sentido de que:

A consagração dessa idéia importou que se formasse obstáculo intransponível à integral transposição para o Direito Administrativo da teoria das invalidades do direito privado. É sabido que, desde o Direito romano, prevalece no Direito privado a regra de que o ato jurídico nulo de pleno direito jamais pode gerar efeitos jurídicos: ‘quod nullum est nullum producit effectum’. Daí se extrai o corolário de que a nulidade absoluta é perpétua. Ela é insuscetível de sanar ou de convalescer. A essas características associam muitos autores a imprescritibilidade da pretensão à decretação de invalidade do ato absolutamente nulo. E é por isso, também, que, em face de deficiência tão grave, pode o juiz decretar de ofício a nulidade, enquanto que, em se tratando de anulabilidade, seu pronunciamento fica condicionado à provocação dos interessados.

descredenciamento foi discricionário, tendo em vista a natureza jurídica da função exercida pelo servidor, exonerável de ofício; essa conclusão não explica o fato de ter o impetrante continuado a exercer a função, mesmo depois do rotulado ‘descredenciamento’, conforme demonstra os contracheques juntados à fl. 24. Assim, não conheço do Recurso. É o voto. Da análise da decisão em tela verifica-se, contudo, que o exemplo não se presta à tese defendida pelo autor, já que o direito à anulação do ato administrativo de credenciamento está abarcado pelo acervo jurídico do servidor e não da Administração Pública, o que, aliás, foi-lhe reconhecido em sede de mandado de segurança. Portanto, não se há que falar em decadência, mas sim poder-se-ia falar em prescrição de direito pessoal do então impetrante, o que, à evidência, fica subordinado ao disciplinado pelo Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932;

²⁹⁷ ZANCANER, W. Obra citada, p. 23 a 24;

*Ora, esses traços que compõe o quadro geral da invalidade dos atos jurídicos no direito privado não podem ser deslocados por inteiro para o direito público porque a noção de interesse público ou de utilidade pública, em torno da qual se estrutura e gira todo aquele setor do direito, pode exigir, em certas situações, a permanência no mundo jurídico do ato originariamente inválido, pela incidência do princípio da segurança jurídica.*²⁹⁸

A pretendida transposição dos conceitos que integram a teoria das nulidades no âmbito do Direito Privado não se mostra de toda adequada. Aliás, é a partir de tal transposição pura e simples que originou-se a base da concepção que, tomado em conta o interesse público face a ato nulo, em sendo tal nulidade — na conformidade da concepção firmada pelo Direito Privado — absoluta e perpétua, insanável e não convalidável seria a pretensão de decretação da nulidade de ato administrativo nulo, tornando-se, portanto, imprescritível tal possibilidade de atuação da Administração Pública, o que, à evidência, face ao sistema jurídico nacional, mormente a partir das diretrizes constitucionais, resulta, hodiernamente, em gritante absurdo.

De tal modo, tornou-se evidente que as noções de interesse público ou de utilidade pública, em sua caracterização de elementos estruturais do Direito Administrativo, em certas situações podem exigir a permanência no mundo jurídico do ato originariamente inválido, não só por força do princípio da segurança jurídica, para o efeito de que o ato possa ser convalidado, de molde que a nulidade possa ser sanada, mormente quando passado longo período. Tudo se dá em razão da circunstância de que, a partir da imobilidade do administrador público, gera-se a crença na legitimidade do ato. De modo que restabelecer uma formal legalidade poderá causar mal maior, restando, aí sim, lesados, de forma reflexa, o interesse e a utilidade pública.

Portanto, em razão da evolução das concepções que estruturam a compreensão da indispensabilidade de um vínculo lógico e racional entre realidade e sistema jurídico normativo, tem-se que, no cotejo entre os princípios da legalidade e da segurança jurídica, prepondera o da segurança como imposição de uma justiça material. *Ou seja, em tais circunstâncias, no cotejo dos dois subprincípios do Estado de*

²⁹⁸ SILVA, Almiro do Couto e. *Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da administração pública com relação a seus atos administrativos*, p. 24 a 25;

*Direito, o da legalidade e o da segurança jurídica, este último prevalece sobre o outro, como imposição da justiça material.*²⁹⁹

Por tais razões, portanto, desde já se pode afirmar, embora tal questão resta tratada em espaço próprio, não há mais sentido algum em que se possa insistir, salvante a hipótese constitucional já realçada, na assertiva de que as pretensões da Administração Pública são imprescritíveis com relação aos administrados e aos servidores, em geral, em especial no que diz respeito às eventuais nulidades de que possam padecer os atos administrativos.

Equívoco eventual poderia surgir na medida em que procedêssemos tal análise a partir da qualificação do ato administrativo em relação às suas feições de ato de império, para o efeito de reconhecer-mos, ou não, a possibilidade de perda, por parte da Administração Pública, da prerrogativa de, a qualquer tempo, poder rever seus atos e, no que aqui interessa, de decretar a nulidade de ato administrativo que entenda estar maculado por algum vício. Contudo, tal perspectiva de reconhecimento da impossibilidade de perda de tal prerrogativa de revisão, mostra-se totalmente desconforme com o contemporâneo sistema jurídico positivado, exigindo, dos que assim pensam, a construção de teorias singularmente interessantes. Nessa senda, FABIANO DE LIMA CAETANO afirma que: *Ao nosso sentir, o que realmente ocorre é a aquisição de um direito por parte do administrado pela inércia da Administração e o decurso do tempo, pela validação do ato. É a prescrição aquisitiva.*³⁰⁰

Diante de tal perspectiva, o que se verifica na posição retro mencionada é um exercício de verdadeiro malabarismo argumentativo, no fito de reconhecer, por uma via totalmente transversal à orientação doutrinária majoritária, uma circunstância consolidada pela própria ordem jurídica positivada. Tanto é assim que a idéia de uma prescrição aquisitiva à não revisão do ato administrativo marcado por alguma espécie de vício capaz de nulificá-lo, estaria a caracterizar, a partir do mesmo raciocínio desenvolvido pelo mencionado doutrinador, uma afronta ao poder de império do Estado, dado que, do

²⁹⁹ SILVA, A. do C. e. Obra citada, p. 25;

³⁰⁰ CAETANO, F. de L. Obra citada, p. 5;

mesmo modo, estaria a imobilizar a Administração Pública, o que, de forma absoluta, resultaria inaceitável.

É consabido que: *Imperatividade é o atributo pelo qual os atos administrativos se impõe a terceiros, independentemente de sua concordância.*³⁰¹ Contudo, como bem explicita HELY LOPES MEIRELLES:

*A 'imperatividade' decorre da só existência do ato administrativo, não dependendo da sua declaração de validade ou invalidade. Assim sendo, todo ato dotado de imperatividade deve ser cumprido ou atendido enquanto não for retirado do mundo jurídico por revogação ou anulação, mesmo porque as manifestações de vontade do Poder Público trazem em si a 'presunção de legitimidade.'*³⁰²

Ora, não se pode confundir poder de império com a própria existência e validade dos atos administrativos. Enquanto tal poder, à evidência, nunca decai e nunca prescreve, o mesmo não se dá em relação aos atos por ela perpetrados em razão das praticas que a Administração Pública exercita, a cavaleiro das prerrogativas a ela asseguradas, em razão de tal poder. Portanto, há limites à possibilidade de que a Administração Pública revise seus atos, sem que isso implique na perda ou na diminuição de seu poder de império, tanto que, na lição de ALEXANDRE GROPPALI:

Nem o direito é qualquer coisa que está por si mesmo, fora e acima do Estado, uma vez que ele representa o procedimento e a forma através dos quais o Estado se organiza e dá ordens; nem o Estado, por outro lado, pode agir independentemente do direito, porque é através do direito que ele forma, manifesta e faz atuar a própria vontade.

*O Estado é órgão do direito, assim como o direito representa a função específica do Estado, e entre eles, conseqüentemente, ocorrem as mesmas relações que normalmente ocorrem entre órgão e função, isto é, relações de correlação e compenetração. Sob esse aspecto pode admitir-se com Binder, que o Estado representa 'a unidade vivente de um povo na forma do direito', mesmo sem aderir à sua idéia de que o Estado seja um fenômeno de criação do Espírito objetivo.*³⁰³

³⁰¹ DI PIETRO, M. S. Z. Obra citada, p. 193;

³⁰² MEIRELLES, H. L. Obra citada, p.143;

³⁰³ GROPPALI, Alexandre. *Doutrina do estado*, p. 168;

Por outro lado, da lição de ALEXANDRE GROPPALI, resulta manifesto que o nominado poder de império titulado pelo Estado e, por decorrência, pela Administração Pública, não configura um poder isento de qualquer limite e de qualquer controle. Está submetido ao direito. Desse modo, os atos administrativos, mesmo àqueles que são oriundos, de forma direta, de tal poder de império, não se mostram como manifestações isentas ao controle pela lei.

Nessa senda, a partir da própria Teoria Geral do Estado exsurtem duas concepções relevantes. A primeira, no que atine à diretriz no sentido de que, em sendo o ato nulo, a Administração Pública deverá atuar, de molde a resguardar a ordem jurídica violada. Por segundo, no que atine ao fato de que, mesmo tendo a Administração Pública percebido a nulidade de algum de seus atos, deverá submeter-se ao ordenamento jurídico, no fito de que a sua eventual atuação deva estar limitada pelo direito e, por conseqüência, como decorrência da própria natureza do direito, limitada a um determinado período de tempo.

Desse modo, tudo se dá, além das circunstâncias e fatores já acima apontadas, em presença de uma razão pela qual a Administração Pública não mais poderá rever aos seus atos, já que o Estado, como organização política, tem como fim a promoção do bem comum, estando as suas decisões e o seu poder limitados, estruturalmente, pelo direito.

Em realidade, o que se mostra indispensável reconhecer é que a teoria das nulidades, independentemente dos institutos que possam vir a integrá-la, assume, na esfera da regulação administrativa, um sentido diverso do assimilado pela ordem privada,³⁰⁴ como também, de modo concomitante, tal circunstância não implica que a Administração Pública não deva submeter-se a um prazo prescricional para agir.

Ademais, tal posição resultou fortalecida a partir da lúcida posição assumida pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que:

³⁰⁴ Nesse sentido, assevera Vital Moacir Silveira que: *As súmulas 346 e 473 do STF reconhecem à Administração a faculdade de decretar a invalidade dos seus próprios atos quando eivados de vícios ou de revoga-los por razão de oportunidade e conveniência. Inobstante, a administração não disponha de séculos 'et' séculos para agir. É que a teoria das nulidades – nulidades e anulabilidades – não é axiologizada do mesmo modo no Direito Público e no Privado.* In: Revista dos Tribunais, fascículo cível, ano 89, março. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 129;

(...) se a decretação de nulidade é feita tardiamente, quando a inércia da Administração já permitiu se constituírem situações de fato revestidas de forte aparência de legalidade, a ponto de fazer gerar nos espíritos a convicção de sua legitimidade, seria deveras absurdo que, a pretexto da eminência do Estado, se concedesse às autoridades um poder-dever indefinido de autotutela. Desde o famoso 'affaire Chachet', é esta a orientação no Direito francês, com os aplausos de Maurice Hauriou, que bem soube pôr em realce os perigos que adviriam para a segurança das relações sociais se houvesse possibilidade de indefinida revisão dos atos administrativos.³⁰⁵

Há de ter-se em conta, por questão de singela razoabilidade, que a garantia à Administração Pública de, a qualquer tempo, atuar para o efeito de proceder à anulação de seus próprios atos eivados de vício que os qualifique como nulos, estar-se-á, não só estimulando a intranqüilidade social, como também ferindo ao próprio Estado Democrático de Direito, sob o arrimo de uma exagerada fidelidade ao princípio da legalidade, em seu senso mais estrito. Nessa senda, bem alerta ALMIRO DO COUTO E SILVA que:

A dificuldade no desempenho da atividade jurídica consiste muitas vezes em saber o exato ponto em que certos princípios deixam de ser aplicáveis, cedendo lugar a outros. Não são raras as ocasiões em que, por essa ignorância, as soluções propostas para problemas jurídicos tem, como diz Bernard Schwartz, 'toda a beleza da lógica e toda a hediondez da iniquidade'.

A Administração Pública brasileira, na quase generalidade dos casos, aplica o princípio da legalidade, esquecendo-se completamente do princípio da segurança jurídica. A doutrina e jurisprudência nacionais, com as ressalvas apontadas, tem sido muito tímidas na afirmação do princípio da segurança jurídica.

Ao dar-se ênfase excessiva ao princípio da legalidade da Administração Pública e ao aplica-lo a situações em que o interesse público estava a indicar que não era aplicável, desfigura-se o Estado de Direito, pois se lhe tira um dos seus mais fortes pilares de sustentação, que é o princípio da segurança jurídica, e acaba-se por negar justiça.³⁰⁶

Resulta insofismável que, mesmo em presença de atos marcados pela nulidade, mostrando-se inerte a Administração Pública, não há porque deixar-se de

³⁰⁵ Brasil. Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, Relator: Min. Bilac Pinto. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorridos: Lindalva Medeiro de Garrido e outros. Recurso Extraordinário nº 85.179. Rio de Janeiro. Revista Trimestral de Jurisprudência, volume 83. Brasília, p. 923;

³⁰⁶ SILVA, A. do C. e. Obra citada, p. 62;

reconhecer que a possibilidade de atuação do Estado há de restar atingida pela prescrição.

Contudo, há de indagar-se se eventual ausência de previsão legal de prazo específico, poderia dar azo ao reconhecimento de que a atuação da Administração Pública restaria inviabilizada para agir, ante a presença de um princípio de prescritibilidade.

ALMIRO DO COUTO E SILVA, por seu turno, refere, a título de regra geral implícita, o prazo de cinco anos, buscando tal referência, por analogia, junto grafado pelo art. 21, da Lei n. 4.717/65, agregando que tal compreensão está visceralmente associada à própria lógica do sistema jurídico, de modo que, por tal percepção, além de obter-se a solução da controvérsia no âmbito do próprio sistema jurídico positivado, estar-se-ia, também, a preservar a própria harmonia do sistema;

Entretanto, na busca de resposta à perplexidade acima realçada, não há de deixar de reconhecer a existência de uma tendência, de uma forma generalizada, por parte da doutrina nacional, em lastrear tal delimitação a partir do regulado pelo Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932 e pelo Decreto-lei nº 4.597 de 19 de agosto de 1942. Contudo, é consabido que, além de existirem outros regramentos legais a estabelecer prazos prescricionais, tais paradigmas não de ser considerados a partir de suas próprias limitações.

Conforme adverte PAULO DE TARSO DRESCH DA SILVEIRA:

(...) é possível afirmar-se que na realidade nacional, tanto o Decreto nº 20.910/32 como o Decreto-Lei nº 4.597/42 têm o seu campo de aplicação limitado, apenas, às pessoas jurídicas de direito público, quais sejam: União Federal, Estados-Membros, Municípios, Distrito Federal, autarquias e Fundações Públicas, sendo aplicados, para as demais pessoas jurídicas da Administração Pública Indireta, os prazos previstos no artigo 177 do Código Civil brasileiro.³⁰⁷ É necessário salientar-se, a fim de que se tenha clara visão da aplicação do instituto da prescrição no campo do direito administrativo nacional, que os dois

³⁰⁷ Nos dias de hoje, em razão da revogação da Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916 pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, a qual instituiu o novo código civil brasileiro, tal dispositivo restou 'substituído' pelo disposto no artigo 205 do novo estatuto civil brasileiro, ora vigente, o qual disciplina que: 'Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor. O anterior dispositivo dispunha que: Art. 177. As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em 20 (vinte) anos, as reais em 10 (dez), entre presentes, e entre ausentes em 15 (quinze), contados da data em que poderiam ter sido propostas;

decretos acima referidos deixam de ser utilizados, mesmo em se tratando de pessoas jurídicas de direito público, quando a ação ajuizada pelo particular contra essas for de natureza real, sendo, nessa hipótese, aplicados os prazos previstos no Código Civil brasileiro, quais sejam: dez anos entre presentes e quinze entre ausentes, conforme já teve condições de se manifestar o Supremo Tribunal Federal desde longa data.

Buscar-se em tais referenciais normativos o prazo de cinco anos como sendo um prazo passível de ser universalizado, à exceção de outros diplomas legais que estabelecem prazos específicos, resulta, portanto, de todo impróprio. Ademais, outra tendência que se mostra em evolução, diz respeito à utilização, por analogia, do prazo grafado pelo art. 54, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Diz tal dispositivo legal que:

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.

A respeito de tal tipologia, chama a atenção, por primeiro, a designação legal do prazo como sendo de decadência e não de prescrição. A respeito de tal qualificação conceitual, refere RAPHAEL PEIXOTO DE PAULA MARQUES que: (...) *a natureza do prazo de que a Administração goza para invalidar seus atos viciados é decadencial, pois não pressupõe uma ação processual.*³⁰⁸ A nosso sentir, contudo, tal conclusão resulta equivocada. Não é a ausência de possibilidade jurídica para o ajuizamento de uma ação que transforma um prazo prescricional em decadencial, mas sim a natureza do fator impeditivo em si. No caso em tela, o fato de a Administração Pública não mais poder anular ato administrativo viciado, nas condições do explicitado pelo dispositivo em questão, não implica em perda do direito de anular, mas sim perda da possibilidade de atuação de natureza invalidante. Portanto, se a Administração Pública não age no

³⁰⁸ MARQUES, R. P. de P. Obra citada, p. 17;

lapso legalmente fixado, o seu direito de invalidar continua intacto, restando, tão-somente, obstada em agir. O direito em-si não desaparece.

Tanto é assim que, caso o ato tenha provocado efeito desfavorável ao administrado, tal prazo não mais se aplica. Como também, caso o administrado ou a Administração Pública, por seus agentes, tenham agido de má-fé, tal prazo, novamente, não se aplica. Ora, admitir-se que o evento extintivo de uma prerrogativa única, qual seja a de invalidar os atos viciados, assume naturezas distintas, tão-somente, em relação às conseqüências, ou a informação subjetiva que imantaram o ato administrativo em si, redundando em manifesta incoerência, além de ferir com gravidade o interesse público, no que se refere à hipótese de efeitos adversos ao administrado, na medida em que se privilegia o interesse privado sem qualquer justificativa plausível.

Para que tal pretensão restasse dotada de um mínimo de racionalidade, deveria a regra estabelecer prazos idênticos, até porque se a lei assim não o fez pode estar dando azo para que, em razão da omissão legal apontada, possam alguns invocar o malsinado preceito da imprescritibilidade. Ou seja, no caso de atos administrativos perpetrados sob a influência de má-fé do administrado, ante a não previsão legal expressa do prazo para a invalidação do ato, teria a Administração Pública, em tese, oportunidade para agir a qualquer tempo, o que, como já realçado acima, se mostra de todo iníquo, e em colisão direta com o âmago do sistema.

Há de advertir-se que não só a categorização da lei, como também de parte da doutrina, encontra apoio na assertiva lançada por WEIDA ZANCANER, a qual refere que:

(...) podemos concluir que no Direito Privado a prescrição basta para garantir a segurança jurídica, o mesmo não se dá no Direito Público, pois o princípio da segurança jurídica só fica resguardado através do instituto da decadência, em se tratando de atos inconvalidáveis, devido ao fato de a Administração Pública 'não precisar valer-se da ação, ao contrário do que se passa com os particulares, para exercitar o seu poder de invalidar. Logo, o instituto da prescrição não seria suficiente para pacificar a situação que advém da matéria objeto desse estudo. Tanto é exata tal assertiva que não se concebe a possibilidade de interrupção ou suspensão do prazo para a Administração invalidar, característica essa da decadência, em oposição à prescrição.

*Assim, muito embora a doutrina tenha utilizado o prazo prescricional como forma de sanção dos atos inválidos, este consiste em prazo decadencial, para poder surtir os efeitos em razão dos quais é invocado.*³⁰⁹

Entretanto, tal assertiva encontra resposta na manifestação de ODETE MEDAUAR, a qual, com clareza inatacável destaca:

Sem a preocupação de discutir o objetivo de proteção do direito do funcionário ou particular, que também informa, a nosso ver, o procedimento sancionador, inegável que aí se regula precipuamente o exercício do poder atribuído à Administração. Quando a legislação respectiva menciona o termo 'prescrição' ou 'prescrever' ou quando tais obstáculos dizem respeito a prazos para apresentar reclamação ou recurso de particulares ou servidores na via administrativa, não se trata do mesmo instituto da prescrição tradicionalmente contraposta à decadência pela doutrina especializada.

*O que se utiliza é a idéia essencial de uma figura que impede a atuação da Administração ou o uso da via administrativa pela passagem do tempo. Essa figura, em virtude daquela idéia essencial, tem sido denominada prescrição administrativa porque dotada de características próprias, sem envolver ação em juízo.*³¹⁰

Trata-se, como destacado acima, de uma idéia essencial, cuja denominação diz respeito, tão-somente, a um impedimento de atuação da Administração Pública, e não da perda de seu direito de invalidar atos marcados por vício de ilegalidade.

Por isso, há de indagar-se, por primeiro, em que sentido a segurança jurídica restaria atingida, caso o prazo fosse de prescrição. À evidência, em nenhum sentido. Em realidade, tal perspectiva que recepciona a visão decadencial, parte do pressuposto de que em se reconhecendo que tal anulação dar-se-ia, no lapso máximo de cinco anos, a título de prescrição, tal atividade poderia restar submetida a exame judicial, enquanto que, dizendo a lei que se trata de prazo decadencial, tal invocação à tutela jurisdicional não mais poderia ser efetivada. À evidência que não. Mesmo dizendo a lei que se trata de prazo decadencial, tanto como se fora previsto prazo prescricional, em caso de possibilidade de atuação do Poder Judiciário, nada muda, porquanto os efeitos práticos seriam os mesmos. Basta que se reflita a partir do grafado pela súmula nº 473,

³⁰⁹ ZANCANER, W. Obra citada, p. 77;

³¹⁰ MEDAUAR, O. Obra citada, p. 82 a 83;

a qual disciplina que: *A administração pública pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.*

Ou seja, na medida em que sempre resta ressalvada a apreciação judicial não se há que falar em decadência. Ademais, o direito de invalidação a ser exercitado pela Administração Pública não perece, o que perece é a possibilidade de fazê-lo. Tanto é assim que DIOGENES GASPARINI alerta para o fato de que: *A prescrição administrativa não se confunde com a 'decadência', dado que esta consubstancia a perda do próprio direito, por não ter sido utilizado pelo seu titular no prazo legalmente previsto para seu exercício.*³¹¹

Ademais, inusitado seria, até porque possível que um Estado da Federação, ou até mesmo um Município, ambos no seu pleno exercício de legislar a respeito de processo administrativo, venham a disciplinar tal matéria de forma diversa, asseverando que, em idênticas hipóteses, trata-se de prescrição. De qualquer forma, o que é importante que reste realçado é que é constitucionalmente assegurado a tais entes federados assim atuar, de modo que, insistindo-se na tese da decadência, estar-se-ia, no mínimo, diante de uma situação esdrúxula. Portanto, importa que se destaque que, também, o prazo grafado pelo art. 54, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, além de configurar uma inadequação terminológica, caracteriza-se, tão-somente, como mais um mero referencial, em nada se mostrando apto para assumir a configuração de orientação a ser universalizada. Não se há de olvidar nunca a especificidade que há de ser dada a interpretação de tal dispositivo. Qual seja a partir de uma especificidade que nasce e se fortalece na compreensão inabalável da autonomia teórico-científica do Direito Administrativo, o qual há de ser compreendido como um sistema autônomo e não mais como um complexo conjunto de normas fragmentariamente associadas.

³¹¹ GASPARINI, D. Obra citada, p. 753;

7.5. PRESCRIÇÃO E RESGATE DO DIREITO: CONVALIDAÇÃO.

Entre as perspectivas decisórias possíveis à atuação do administrador, a convalidação de atos viciados inscreve-se como uma alternativa. É evidente, contudo, que, em princípio, o vício não pode estar marcado por grave defeito, de molde a possibilitar, substancialmente, qualquer espécie de lesão ao interesse público, ou afronta direta ao texto da lei.

Tal atuação resulta firmemente delimitada. DIOGENES GASPARINI³¹² destaca que:

Se os atos administrativos afrontam o ordenamento jurídico e, por essa razão, são tidos como inválidos, não cabe falar em convalidação (supressão retroativa da ilegalidade de um ato administrativo). Não se convalida o que é inválido. O que se admite é a correção de pequenas irregularidades, que não consubstanciam a invalidade, a exemplo de vícios gráficos (trocas de letras e números). Os que admitem a anulabilidade podem falar em convalidação.

Entretanto, a manifesta impossibilidade de convalidar um ato administrativo viciado, mas tão-somente a possibilidade de proceder à correção de eventuais irregularidades, não é concepção que se mostra facilmente aceita pela unanimidade da doutrina. Àqueles que admitem a doutrina dualista³¹³, em presença de um ato administrativo portador de vício sanável, reconhecem, por conseqüência, a possibilidade de sua convalidação. Isto porque:

O instituto da convalidação tem a mesma premissa pela qual se demarca a diferença entre vícios sanáveis e insanáveis, existente no direito privado. A grande vantagem em sua aceitação no Direito Administrativo é a de poder aproveitar-se atos administrativos

³¹² GASPARINI, D. Obra citada, p. 107;

³¹³ A doutrina dualista está delimitada pela categorização dos atos administrativos viciados em duas espécies distintas. Os atos nulos e os atos anuláveis. Já a doutrina monista não aceita tal dicotomia, na medida em que para tal concepção o ato administrativo ou é válido, ou é nulo, resultando, por conseqüência, inaceitável a possibilidade de convalidação. Na primeira compreensão, inscrevem-se, entre outros, Celso Antônio Bandeira de Mello, Osvaldo Aranha Bandeira de Mello, Seabra Fagundes, José Cretella Júnior, Sérgio de Andréa Ferreira e Lúcia Valle Figueiredo. Adotando a visão dualista estão, entre outros, Hely Lopes Meirelles, Diógenes Gasparini, Regis Fernandes de Oliveira e Sérgio Ferraz;

*que tenham vícios sanáveis, o que freqüentemente produz efeitos práticos no exercício da função administrativa.*³¹⁴

Tal diretriz não se revela como caminho único a ser seguido. Sob a ótica de preservação do interesse público, mesmo os atos que configurem nulidades de pleno direito podem restar convalidados. Tal perspectiva decorre da necessidade de que se tenha sempre a considerar os critérios especiais que informam o Direito Administrativo. Neste sentido, significativa é a lição de MIGUEL REALE³¹⁵, o qual assevera que:

(...) No Direito Administrativo, em suma, é necessário o trato da matéria com critérios especiais: as nulidades de pleno direito configuram-se 'objetivamente', mas a Administração, desde que não se firam legítimos interesses de terceiros ou do Estado e inexistir dolo, pode deixar de proferi-la, ou, então optar pela sua validade, praticando ato novo: a sanatória excepcional do nulo, 'retroagindo os seus efeitos até à data da constituição do ato inquinado de vício', pode ser uma exigência do interesse público, que nem sempre coincide com o restabelecimento da ordem legal estrita.

Na mesma senda, preleciona ALMIRO DO COUTO E SILVA que:

Quer isso significar, em outras palavras, que no direito público, não constitui uma excrescência ou uma aberração admitir-se a sanatória ou o convalidamento do nulo. Ao contrário, em muitas hipóteses o interesse público prevalecente estará precisamente na conservação do ato que nasceu viciado mas que, após, pela omissão do Poder Público em invalidá-lo, por prolongado período de tempo, consolidou nos destinatários a crença firme da legitimidade do ato. Alterar esse estado de coisas, sob o pretexto de restabelecer a legalidade, causará mal maior do que preservar o 'status quo'. Ou seja, em tais circunstâncias, no cotejo dos dois subprincípios do Estado de Direito, o da legalidade e o da segurança jurídica, este último prevalece sobre o outro, como imposição da justiça material. Pode-se dizer que é esta a solução que tem sido dada em todo o mundo, com pequenas modificações de país para país.

Entretanto, a doutrina não se limita em buscar justificativas para a invalidação dos atos administrativos viciados, tomando em conta, tão-somente, a sua possibilidade sob a ótica da natureza do vício. A recepção de princípios, a título de diretrizes com força de orientação ao agir do administrador público, permitiu que se visualisassem tais

³¹⁴ CARVALHO FILHO, J. dos S. Obra citada, p. 126;

³¹⁵ REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo*, p. 63;

circunstâncias sob o prisma da passagem do tempo. Tanto é assim que, na visão de ALMIRO COUTO E SILVA³¹⁶:

(...) os atos inválidos praticados pela Administração Pública, quando permanecem por largo tempo, com a tolerância do Poder Público, dando causa a situações perfeitamente consolidadas, beneficiando particulares que estão de boa fé, convalidam, convalidam ou sanam. [...] É importante que se deixe bem claro, entretanto, que o dever (e não o poder) de anular os atos administrativos inválidos só existe, quando no confronto entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica o interesse público recomende que aquele seja aplicado e este não. Todavia, se a hipótese inversa verificar-se, isto é, se o interesse público maior for de que o princípio aplicável é o da segurança jurídica e não o da legalidade da Administração Pública, então a autoridade competente terá o dever (e não o poder) de não anular, porque se deu a sanatória do inválido, pela conjunção da boa fé dos interessados com a tolerância da Administração e com razoável lapso de tempo transcorrido.

Ora, a partir de tal compreensão, em aceitando-a, o que nos parece, no mínimo, razoável, nada obstará que se possa admitir que, muito mais do que a mera convalidação do ato administrativo viciado por força do decurso do tempo, o acatamento da possibilidade do reconhecimento da prescrição administrativa exsurge como fator com conseqüência fática idêntica, no sentido de impedir que tais atos possam vir a ser revogados ou anulados por parte da Administração Pública.

Importa destacar que o que aqui se busca evidenciar diz respeito à prescrição administrativa, ou seja, fator impeditivo do exercício do poder-dever de anular o ato nulo a ser reconhecido pela própria Administração Pública.

Tal compreensão, aliás, não se mostraria esdrúxula e totalmente dissonante no espaço da regulação jurídica, na medida em que tal reconhecimento é fator indiscutível na esfera regulada pelo direito privado, não se criando, ante tal compreensão, nenhuma circunstância que possa ser tida como absurda, face aos parâmetros do ordenamento jurídico pátrio.

Ora, reconhecida a possibilidade de convalidação, enquanto ato jurídico de maior abrangência, em caso de inexistência de um tempo legalmente determinado para tal atuação, possibilitado também estará o reconhecimento da prescrição administrativa, na medida em que tal efeito extintivo também pode restar compreendido como evento

³¹⁶ SILVA, A. do C. e. Obra citada, p. 61;

que, em razão de seus particulares efeitos, acabaria por produzir efeito de natureza sanatória.

É intuitivo, no mínimo, que, na esfera de regulação pública, não exsurge, de imediato, nenhuma circunstância que pudesse impedir o advento da prescrição, salvante o continuamente esgrimido princípio da legalidade estrita. Contudo, tal perspectiva há de ser redimensionada, assumindo outro relevo a partir do realçado por JUAREZ FREITAS, porquanto o princípio da legalidade estrita, por força do sistema constitucional em vigor, passou a ser visto de forma relativizada:

Assim, a subordinação da Administração Pública não é apenas à lei. Deve haver o respeito à legalidade sim, mas encartada no plexo de características e ponderações que a qualifiquem como razoável. Não significa dizer que se possa alternativamente obedecer à lei ou ao Direito. Não. A legalidade devidamente adjetivada razoável requer a observância cumulativa dos princípios em sintonia com a teleologia constitucional. A submissão razoável apresenta-se menos como submissão do que como respeito. Não é servidão, mas acatamento pleno e concomitante à lei e, sobretudo, ao Direito. Assim, desfruta o princípio da legalidade de autonomia relativa, assertiva que vale para os princípios em geral.

É óbvio, contudo, que tal efeito é aqui reconhecido sob um prisma de conteúdo essencialmente pragmático e não num ângulo de natureza conceitual dogmática, porquanto se tratam, à evidência, de circunstâncias substancialmente diversas. De qualquer modo, reconhecida a incidência do fenômeno prescricional, nada mais se pode dizer a respeito do vício portado pelo ato administrativo, na medida em que ação alguma poderá ser esgrimida para o efeito de buscar atingi-lo em sua validade e, por conseqüência, em seu poder de vinculação às partes, às quais alcança em razão de sua força normativa.

Estar-se-ia, portanto, diante de uma espécie de resgate do próprio direito enquanto ideal almejado por aqueles a quem tal direito acolhe. Por isto, em se admitindo circunstância contrária, estar-se-ia, por conseqüência, a reconhecer a possibilidade da imprescritibilidade como princípio integrante do rol de instituições integradoras do direito público, o que, por força do sistema constitucional em vigor, só resulta reconhecido no que atine à possibilidade de exercício de pretensão de

ressarcimento a eventuais prejuízos causados ao erário, na forma do preceituado pelo art. 37, § 5º da CF; nada mais, além disso.

Até mesmo nos casos em que inexistente regra expressa a legitimar uma pretensão apoiada na idéia de prescrição, torna-se possível, portanto, acolher a tese da incidência do instituto extintivo em relação a determinado ato administrativo nulo, já que:

(...) se a decretação de nulidade é feita tardiamente, quando a inércia da Administração já permitiu se constituírem situações de fato revestidas de forte aparência de legalidade, a ponto de fazer gerar nos espíritos a convicção de sua legitimidade, seria deveras absurdo que, a pretexto da eminência do Estado, se concedesse às autoridades um poder-dever indefinido de autotutela.³¹⁷

Em realidade, o que se vislumbra em tal concepção não é tanto o intento de extinguir a possibilidade jurídica do exercício de um direito de anulação, assegurado por força do sistema de direito positivo, à Administração Pública, mas sim de buscar, pela via transversa da prescrição, a utilização de um critério de matiz fortemente axiológico, dentro de um prazo havido por razoável. Tanto é assim que:

Escreve com acerto José Frederico Marques que a subordinação do exercício do poder anulatório a um prazo razoável pode ser considerado requisito implícito no princípio do 'due process of law'. Tal princípio, em verdade, não é válido apenas no sistema do direito norte-americano, do qual é uma das peças basilares, mas é extensível a todos os ordenamentos jurídicos, visto como corresponde a uma tripla exigência, de 'regularidade normativa, de economia de meios e formas e de adequação à tipicidade fática'. Não obstante a falta de termo que em nossa linguagem rigorosamente lhe corresponda, poderíamos traduzir 'due process of law' por devida atualização do direito', ficando entendido que haverá infração desse ditame fundamental toda vez que, na prática do ato administrativo, for preterido algum dos momentos essenciais à sua ocorrência; porém destruídas, sem motivo plausível, situações de fato, cuja continuidade seja economicamente aconselhável, ou se a decisão não corresponder ao complexo de notas distintivas da realidade social tipicamente configurada em lei. 318

Portanto, como acima realçado, torna-se plausível, senão aconselhável, que passemos a visualizar a convalidação não como uma prática que possa dar azo ao

³¹⁷ REALE, M. Obra citada, p. 71;

³¹⁸ REALE, M. Idem, ibidem;

corriqueiro preconceito de constituir-se numa violação da lei, pura e simples, mas sim, como acima destacado, num modo de atualizar o direito. Atualização esta que visa, singularmente, evitar a destruição de situações de fato já consolidadas pelo tempo. Significativa é a lição de JUAREZ FREITAS ao afirmar que:

A despeito da ausência lastimável de disposição legal expressa no Direito brasileiro, parece inequívoco, entre nós, que o princípio da confiança estatui o poder-dever de o administrador público zelar pela estabilidade decorrente de uma relação timbrada de autêntica fidúcia mútua, no plano institucional. Em sentido mais amplo, possível dizer que se trata de um dos princípios constitucionais de que mais carece o País para obter a estabilidade em termos duradouros.³¹⁹

Na mesma senda, assevera JAUREZ FREITAS, mais ainda que:

Como se vê, o princípio da confiança do administrado na Administração Pública e vice-versa deve ocupar, sob vários matizes, lugar de destaque em qualquer classificação dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito brasileiro, precisando operar como um dos norteadores supremos do controle das relações de administração, inclusive e especialmente para bem solver o problema da imprescritibilidade e da eventualíssima não-decretação de nulidade dos atos administrativos, assim como, numa evidente correlação temática, para fixar limites à cogência anulatória de atos maculados por vícios originários. Força sopesar a íntegra das argumentações, dos bens e dos males, em confronto com tal princípio, antes mesmo de efetuar a requerida anulação em casos de longo curso temporal. Com efeito, às vezes impor-se-á, em seu obséquio, sanar ou convalidar atos inquinados de vícios formais, no justo resguardo das diretrizes cogentes do sistema, contanto que não haja prejuízo a terceiros e se cristalizem situações marcadas por aquela nota de excepcionalidade, acentuada no capítulo precedente. 320

À evidência, contudo, que tal fato não se equipara aos efeitos produzidos no âmbito privado. As peculiaridades que tornam o Direito Administrativo um território marcado por contornos extremamente específicos, exige que a atividade de convalidação reste balizada por critérios de natureza pública. Entretanto, no que se refere ao fenômeno prescricional, não há obstáculo algum que se lhe reconheça, na hipótese de que o ato administrativo não reste convalidado, resulte sanado por força do

³¹⁹ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, p. 73;

³²⁰ FREITAS, J. idem, p. 75;

evento prescricional. Isto porque a estabilidade e a ordem das relações jurídicas caracterizam-se como um objetivo fundamental a ser observado da Administração Pública. Neste escopo a prescrição administrativa virá a estatuir a indispensável segurança jurídica. De tal sorte, impende que se atente para a advertência de JUAREZ FREITAS, o qual destaca que:

É que sem estabilidade não há justiça, nem paz, tampouco respeito às decisões so soberano. Por mais incertas que sejam as circunstâncias da vida, esta somente se torna racionalmente experimentável se houver um horizonte de previsibilidade estatal, em que a entropia ceda lugar à organização, ao método, à fundamentação, ainda que com o resguardo da abertura ao diálogo e à mudança. A antinomia ordem-justiça foi um dos maiores equívocos registrados na jusfilosofia, tão grave quanto o corte rígido entre ser e dever-ser. É que, sem estabilidade, a justiça não se afirma, carecendo do alicerce da ação estatal, que há de ser a inspiradora dos laços de coesão, permanência e de respeitabilidade mútua.³²¹

Desse modo, conforme o até aqui realçado, no caso dos atos nulos, a prescrição administrativa assume, além da condição de fenômeno extintivo do poder de autotutela peculiar à Administração Pública, a feição de força sanatória dos eventuais vícios portados pelo ato administrativo. Neste sentido, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO explicita que:

A prescrição produz, assim, uma sorte de sanatória indireta ou 'não-voluntária', como preferimos classifica-la (...), considerando 'interna', aquela que se dá no âmbito da Administração, impedindo-a de rever seus próprios atos, seja 'ex-officio' seja sob provocação, e, 'externa', aquela que impede o Judiciário de operar a correção da violação de direitos subjetivos acaso ocorrida.

Como se vê, em ambos os casos produzem-se 'efeitos sanatórios', ainda que os atos iniquinados como tal permaneçam.³²²

Desse modo, resta inexorável reconhecer-se que a prescrição administrativa exerce, entre outros de seus efeitos, a força de evento convalidador dos vícios eventualmente portados pelos atos administrativos, ante a imobilidade da Administração Pública no exercício de seu poder de autotutela. Dá-se tal circunstância em razão de

³²¹ FREITAS, J. Obra citada, p. 76;

³²² MOREIRA NETO, D. de F. Obra citada, p.156;

diversas diretrizes que, hodiernamente, o Direito Administrativo vê-se submetido, conforme acima explicitado. O primeiro de tais paradigmas é a relativização do princípio da legalidade. O segundo diz respeito ao acatamento do princípio da boa fé dos administrados e dos servidores, os quais acreditam na legitimidade e na legalidade dos atos administrativos, além da presunção que lhes é inerente e integrante. Por fim, o terceiro referencial está diretamente associado ao princípio da segurança social, no fito de que a ordem, a estabilidade e a certeza das relações jurídicas nas quais intervém a Administração Pública, não restem marcadas pela desconfiança e pela insegurança, gerando-se, de tal circunstância, forte instabilidade social, o que se mostra totalmente inadequado ao Estado Democrático de Direito.

8. FORMAS JURÍDICAS EXTINTIVAS

8.1. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

Decadência e prescrição mostram-se como institutos cuja semelhança quase nos induz a confundi-los. Em realidade, não possuem tamanha identidade a tal ponto relevante, de modo a persistir tal confusão.

Trata-se, de forma inequívoca, por primeiro, de modos de extinção de direitos. Por segundo, caracterizam-se, ainda, pela circunstância de surgir em razão da inércia do titular de determinado direito ou pretensão. Por fim, ambos tomam em conta um determinado período de tempo transcorrido, previsto previamente na lei.

Marcantes são as diferenças de substância entre tais institutos. Enquanto na prescrição, sob a ótica da Teoria Geral do Direito, é o direito de ação que resulta atingido, na decadência é o próprio direito quem desaparece. No caso da prescrição, tal instituto mostra-se consolidado pela legislação antes mesmo do surgimento do direito a ser protegido pela via da tutela jurisdicional. Já no caso da decadência, tanto a ação quanto o direito a restar protegido, surgem de forma concomitante. É lógico que, no caso da decadência, tal geração concomitante não decorre de uma espécie de *geração espontânea*, porquanto, além dos casos em que a lei a refere de modo expreso, nasce, primordialmente, da compreensão sistematizada do ordenamento jurídico positivo, em seu todo, devendo, contudo, estar sempre lastreada por preceito legal informado pela sua anterioridade ao caso concreto, no fito de não lesar o princípio da segurança jurídica.

Ademais a decadência, ao contrário do fenômeno prescricional, não possibilita ou admite a sua suspensão ou a interrupção de seu curso. Já no caso da prescrição, como antecipado acima, tanto a suspensão, quanto à interrupção do transcurso de seu prazo, são tolerados pela lei. Em síntese, no que atine ao curso temporal gerador da extinção, característica conformada pelos dois institutos em tela, só aquele atinente à prescrição poderá restar suspenso ou interrompido.

Nesse sentido, assim preleciona HELY LOPES MEIRELLES:

*Prescrição é a perda da ação pelo transcurso do prazo para seu ajuizamento ou pelo abandono da causa durante o processo. Não se confunde com 'decadência ou caducidade', que é o perecimento do direito pelo não exercício no prazo fixado em lei. A prescrição admite suspensão e interrupção pelo tempo e forma legais; a decadência ou caducidade não permite qualquer paralisação da fluência de seu prazo, uma vez iniciado.*³²³

Mas é ODETE MEDAUAR quem, de forma pedagógica, explicita tal diferenciação entre prescrição e decadência. Diz tal doutrinadora que, entre os vários critérios cunhados para evidenciar tais distinções, resulta que:

O mais usual menciona que na prescrição fenece a ação e em decorrência desaparece o direito; na decadência extingue-se o direito e por via reflexa desaparece a possibilidade de ação.

(...)

Outro critério diz respeito ao momento que surge a possibilidade da ação. Tratando-se de prescrição, o direito existe antes da ação, esta tem por fim proteger o direito quando violado; na decadência, ação e direito tem origem simultânea, constituindo a ação em si, o próprio exercício do direito.

Usando-se como referência o tipo de direito, dois modos de diferenciar vêm mencionados na doutrina civilista. Um deles baseia-se na distinção de Chiovenda entre direitos a uma prestação positiva ou negativa de outrem e direitos potestativos, isto é, direito a criação, modificação ou extinção de situação jurídica que o titular pode realizar por ato unilateral de sua vontade; os primeiros sujeitam-se a prazo prescricional porque suscetíveis de lesão; os segundos, à decadência.

Antunes Varela, com fulcro no art. 166 e § 5º do art. 219 do CPC, afirma que o 'critério de divisão da prescrição e decadência passa pela linha demarcatória dos direitos patrimoniais (direitos de créditos; direitos reais; direitos patrimoniais de autor; direitos sucessórios; etc.) em face dos direitos não patrimoniais (direitos de personalidade; direitos pessoais familiares, direitos morais de autor, etc.)'.

O modo como pode ser invocado em juízo também distingue os dois institutos: a prescrição só pode ser invocada pelo prescribente, vedada menção 'ex officio' pelo juiz; a caducidade pode ser declarada pelo juiz.

*Encontra-se ainda na doutrina o critério da possibilidade de paralisação do curso do tempo: a prescrição admite suspensão e interrupção; a decadência corre fatalmente.*³²⁴

³²³ MEIRELLES, H. L. Obra citada, p. 623;

³²⁴ MEDAUAR, O. Obra citada, p. 82;

De tal lição, além das características mais visíveis já realçadas, resta possível identificar-mos novos sentidos distintivos entre prescrição e decadência. De início, o sentido atribuído à idéia de extinção pura e simples, mostra-se como um critério de natureza concreta. Ou seja, o reconhecimento de que um direito, enquanto integrante de um determinado acervo jurídico, pelo decurso do tempo, poderá sofrer duas formas de “*desmaterialização de sua existência*”. A primeira, no caso da decadência, pela extinção do próprio direito em si. A segunda, no caso da prescrição, pela extinção da ação.

Ora, em presença da decadência, resta atingido o próprio direito material, ou seja a substância jurídica que assegura consistência e relevância às pretensões de um determinado titular, cujos interesses são reconhecidos por uma determinada ordem jurídica.

No caso da prescrição não se questiona a vitalidade das pretensões e dos interesses em si. O que resulta atingido é o meio protetivo a uma determinada pretensão ou a um determinado interesse, qual seja o mecanismo institucionalizado e garantido pelo Estado para o efeito de tutelar o direito, ou o interesse, lesado ou ameaçado de lesão.

Em seguindo, percebe-se que um segundo sentido é construído a partir da idéia de emergência dos fenômenos em si, em concomitância com os direitos a que estarão agregados. Ou seja, segundo este outro critério, tanto a prescrição, quanto a decadência constituem-se a partir da percepção do momento em que surge a possibilidade extintiva. Aqui o sistema convoca fenômeno alheio à estrita esfera dos fenômenos jurídicos em sua especificidade. Aqui o sistema e a ordem jurídica, enquanto estrutura possibilitadora de um modo próprio de compreensão, traz ao seu meio o fenômeno do tempo e, por força da sua jurisdicização, a atribuição de conseqüências em razão de seu transcurso, o qual resulta jurisdicizado.

Por tais circunstâncias, no caso da decadência, tal possibilidade nasce junto ao direito que irá extinguir. Concomitante à força que cria, emerge a força que extingue. Já no caso da prescrição a extinção estará associada não ao nascimento da pretensão originária, mas sim estritamente vinculada ao momento em que se torna possível

buscar o remédio processual adequado a fazer cessar a lesão, ou a ameaça de lesão ao direito. Ou seja, ao contrário das circunstâncias que envolvem a decadência, como consabido, o direito em si não resulta extinto, apenas desprovido de proteção por parte do Estado. Há, portanto, no caso da decadência, a construção de um destino inexorável, enquanto que, no caso da prescrição, emerge um paradoxo, ante a circunstância de que o direito permanece desprovido de qualquer força para a sua própria proteção.

Um terceiro sentido é percebido a partir de uma esfera de reflexão de natureza puramente processual, embora diretamente associada à natureza do direito de fundo a ser tutelado. Enquanto por força do primeiro critério a substância da pretensão ou do interesse são os critérios que permitem identificar a dicotomia. Enquanto, pelo segundo critério, é a instrumentalização das expectativas que gestam as fronteiras da diversidade. No caso do terceiro critério, os direitos associados a uma pretensão de prestação (positiva/negativa), a qual, em razão de sua eventual ofensa ou ameaça de ofensa, podendo, ou não, dar azo a uma manifestação estatal, resulta ressaltado que o comportamento do titular do direito é que constituirá a pedra angular da ocorrência, ou não dos fenômenos em tela. Contudo, tal conduta exige que se compreenda e identifique a relevância da diversidade de efeitos decorrentes da natureza dos direitos titulados, no que diz respeito à extensão e vigor da vontade que possa promovê-los.

No caso dos direitos nominados como de natureza potestativa, quais sejam aqueles que, de modo singelo, tem o seu exercício garantido no âmbito da vontade exclusiva de seu titular, sem necessidade alguma da co-participação de outra pessoa, estaremos, ante ao fato resultante da inação do titular de tal direito, em presença do fenômeno da decadência. Essa não é outra senão a visão de AGNELO DE AMORIM FILHO, o qual preleciona que:

Deste modo, fixada a noção de que a violação do direito e o início do prazo prescricional são fatos correlatos, que se correspondem como causa e efeito, e articulando-se tal noção com aquela classificação dos direitos formulada por Chiovenda, concluir-se-á, fácil e irretorquivelmente, que só os direitos da primeira categoria (isto é, os 'direitos a uma prestação'), conduzem à prescrição, pois somente eles são suscetíveis de lesão ou de violação, conforme ficou amplamente demonstrado. Por outro lado, os de segunda categoria, isto é os direitos potestativos

(que são, por definição, 'direitos sem pretensão', ou 'direitos sem prestação', e que se caracterizam, exatamente, pelo fato de serem insuscetíveis de lesão ou violação), não podem jamais, por isso mesmo, dar origem a um prazo prescricional.

Por via de conseqüência chegar-se-á, então, a uma segunda conclusão importante: só as ações condenatórias podem prescrever, pois são elas as únicas ações por meio das quais se protegem os direitos suscetíveis de lesão, isto é, os da primeira categoria da classificação de Chiovenda.³²⁵

Contudo, em se tratando de direito que exige como condição intransponível à sua fruição, vontade outra além da do titular da prerrogativa de exigir uma determinada satisfação a seu interesse ou pretensão, na forma de uma determinada prestação, estaremos diante do fenômeno prescricional. Isto porque, no caso de descumprimento do avençado, por não se tratar de direito potestativo descumprido, só pela via de uma condenação judicialmente obtida é que o direito poderá restar exercitado, o que não ocorre, como consabido, no caso dos direitos designados por potestativos.

Em prosseguindo, um quarto critério resulta visceralmente associado ao sentido de conteúdo patrimonial, ou não patrimonial do direito a ser extinto. Dá-se relevância, neste caso, ao bem jurídico do mundo-da-vida que resta tutelado pelo direito em si, sob a ótica específica de seu conteúdo informado por uma substância de natureza como valor econômico. Nessa senda, a distinção estaria associada ao valor pecuniário a ser protegido, embora se saiba que, ao reverso, o que se visa é um direito pessoal a ser tutelado.

Tal dicotomia guarda sua origem numa das distinções estruturais do fenômeno jurídico, oriunda no alvorecer dos modos de regulação informados pelo direito. Esta distinção foi cunhada a partir de uma abstrata dicotomia existente entre os direitos associados à pessoa e os direitos associados ao patrimônio submetido ao domínio desta pessoa. A partir de tal referencial, portanto, a prescrição exsurge então sempre associada a todo direito marcado por conteúdo essencialmente patrimonial, ao qual, por sua natureza, admite-se a possibilidade de disponibilidade, o que, por força da evolução do processo civilizatório resultou vedado no que se refere à objetualização de seres

³²⁵ AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*, p. 19 a 20;

humanos. Aqui, a idéia de prescrição constrói-se a partir de um referencial marcado pela relação sujeito-objeto, tão-somente.

No que atine à decadência, ao contrário, o direito há de reportar-se a direito de conteúdo não patrimonial e, por isto, indisponível. Importa que se destaque, contudo, que tal restrição não se dá em relação à natureza essencial do bem jurídico tutelado em si, mas sim em relação aos limites que a ordem jurídica, em um determinado momento, impõe à vontade do titular do direito, por força de um modelo estrutural, abstratamente composto a partir da dissociação entre o direito em-si e a explicitação limitada de seu conteúdo, atenta à diretriz ideológica idealizada pelo próprio sistema.

Ou seja, o óbice não se origina do bem jurídico, mas sim da possibilidade jurídica do exercício de um direito a ser unilateralmente exercitado, a partir da vontade exclusiva de seu titular. Aqui a decadência estrutura-se a partir de uma diretriz que assegura o exercício de um direito a partir, tão-somente, da figura do sujeito, sem consideração alguma em relação ao seu objeto.

Num quinto critério, a racionalidade distintiva objetiva-se a partir da viabilidade, ou não, da prerrogativa de alegação do fenômeno extintivo, tomando, nesta esfera de diferenciação, como fator identificador de uma contraposição encontrada, a possibilidade de sua declaração, de ofício, pelo Estado-juiz, ou pelo Estado-administração, de forma autônoma e suficiente. De tal sorte, em sendo prerrogativa exclusiva do interessado, independentemente da vontade do Estado, a alegação da ocorrência do fenômeno extintivo, tem-se como materializada a prescrição. Ao contrário, se, independentemente da alegação do beneficiário do evento extintivo, o Estado-juiz, ou o Estado-administração, puder decretar de ofício tal evento extintivo, tem-se então como presente o instituto da decadência.

No âmbito de uma relação procedimental, "*lato sensu*", a prescrição também pode restar reconhecida pelo Estado-Administração, independentemente da vontade do administrado, em razão do exercício do poder de auto-tutela da Administração Pública. Prepondera, no caso, um sentido de proteção marcado por uma subjetividade interessada, sem que, como fator essencial, no núcleo duro de tal perspectiva, tenha-se em conta a natureza do direito material tutelado. É lógico que a natureza do direito, por

força de uma opção de valor formulada pela própria ordem jurídica, historicamente situada, irá influenciar. Contudo, o critério, na sua feição ontológica, não necessita de tal juízo prévio, porquanto tal correspondência haver-se-á de dar a partir de uma valoração marcadamente cultural, a qual resulta, por força do direito, institucionalizada. Isto por que:

Pelas instituições o espírito humano se limita, a subjetividade canaliza seu comportamento. É que o espírito humano somente pode comunicar-se na história, somente pode relacionar-se na cultura, na medida em que se põe em seus gestos, suas atitudes, sua obra. O espírito encontra seu caminho para os outros pelo desvio das instituições, que sob certo aspecto são a alienação do próprio espírito.

(...)

O problema está em determinar a verdadeira relação entre instituição e subjetividade. O fato da tradição histórica e cultural, na qual nascemos infalível e inelutavelmente, já mostra que dependemos, como espíritos das instituições.³²⁶

Por fim, busca-se como referencial distintivo a possibilidade de interromper-se, ou não, o transcurso natural do tempo. De tal forma, admitindo-se, por expressa previsão legal, a possibilidade de que o fenômeno extintivo reste interrompido, ou suspenso em seu curso, resta reconhecida a figura da prescrição. Contudo, caso seja impossível qualquer forma interruptiva ou suspensiva do eventos extintivo, estar-se-á em presença da decadência. Ou seja, o sentido de diversidade nasce da possibilidade de intervenção no próprio transcurso do tempo, configurando-se como critério estritamente abstrato e associado a uma ideologia vinculada através de uma política legislativa, pela qual o legislador estabelece o que pode e o que não pode ser interrompido.

A partir de tais referenciais, o legislador optou pela utilização conjunta de tais critérios. No âmbito do direito privado, esta múltipla escolha de fundamentação não gera problemas de solução complexa. Contudo, no âmbito do direito público, em especial na esfera do Direito Administrativo, surgem várias hipóteses que configuram dificuldades relevantes, como por exemplo, o caso de decretação de ofício, por parte do juiz, da prescrição de pretensão de natureza patrimonial associada a direito titulado pela Administração Pública. Ante tal perspectiva seria de perguntar-se: em tal caso qual o

³²⁶ STEIN, Ernildo J. Obra citada, p. 41;

papel do interesse público? É nosso intento, portanto, no que se segue, encontrar, entre outras indagações possíveis, tal resposta.

8.2. PRINCÍPIO DA ACTIO NATA

Entre os princípios que gravitam junto ao instituto da prescrição, o princípio da *actio nata* assume posição de destaque. Isto porque, tomando-se em conta a diretriz de que é a partir da lesão, ou da ameaça da lesão, que surge o direito de ação, torna-se possível admitir que, por força de tal articulação, inicia-se o prazo prescricional.

Tal compreensão, contudo, decorre, em grande parte, de construção jurisprudencial. A premissa da lesão, ou da ameaça de lesão, como um *a priori*, não se constitui num elemento de composição necessária para o fenômeno da prescrição. Tal concepção, contudo, visa estabelecer uma espécie de termo inicial da prescrição. Estabelece a possibilidade de agir como uma atividade que se torna só então possível a partir do momento em que passa existir uma circunstância de faticidade concreta que agrida, ou ameace de agredir o direito a ser tutelado.

Tal raciocínio mostra-se adequado na medida em que não se poderia falar em prescrição, salvo em presença de algum fato ou conduta que tenha, efetivamente, colocado em risco o direito a ser protegido pela via de uma ação. Tal consequência gera efeito em contrário na presença da decadência. Neste último caso, como já realçado, a necessidade de proteção ao direito é concomitante ao seu surgimento, não exigindo pressuposto externo para constituição do fenômeno extintivo.

Vê-se então que, em presença de uma percepção instaurada a partir do princípio da *actio nata*, a prescrição passa a ser visualizada sob uma ótica pragmática e não mais puramente abstrata. Ou seja, a prescrição passa a ser compreendida não mais na sua feição puramente idealizada de fenômeno potencialmente extintivo de um determinado direito, mas sim a partir da compreensão da necessidade inafastável de um agir para proteger. Proteger a um determinado sujeito, em uma determinada circunstância, cujo desenlace, ante a inação reiterada de seu titular, encaminhar-se-á

para a extinção da possibilidade de defesa de um direito agredido ou ameaçado, num movimento ao reverso, quase que numa autofagia.

Desse modo, a partir, tão-somente, da compreensão estatuída pelo mecanismo principiológico da *actio nata*, o termo inicial da prescrição decorre, em sua imediação, de duas condições empíricas específicas, quais sejam: a) a existência de uma pretensão à tutela jurisdicional, em benefício de um determinado direito; b) a violação, ou a ameaça de violação, a tal direito.

Transfunde-se, portanto, o fenômeno material extintivo para uma esfera de compreensão prática, qual seja: para a sede processual de intenção protetiva. Tal intenção, contudo, poderá restar frustrada em razão do decurso do tempo, por força de um paradoxo inerente à própria ordenação do sistema jurídico, em sua totalidade. O fenômeno prescricional, no âmbito do espaço processual instaurado e em movimento, poderá determinar o não reconhecimento da possibilidade da própria proteção invocada.

Portanto, nessa ótica, a prescrição é deslocada de sua condição de fator material extintivo de proteção a um determinado direito, previsto dentro das circunstâncias cotidianas e contingentes em que está inserido como mera possibilidade, para uma esfera de imediação de seus efeitos em razão da ocorrência de um fato lesivo ou possibilitador de causação de eventual lesão. Nesse sentido, ANTÔNIO LUÍS DA CÂMARA LEAL explicita que:

Enquanto o direito tem uma existência normal, sendo por todos respeitado, e cumpridas as obrigações positivas a que corresponde, ele, por si, provê à sua conservação, bastando-se a si mesmo. Mas, no momento em que sofre alguma perturbação, ou pelo desrespeito, por parte dos que tinham a obrigação geral-negativa de respeitá-lo, ou pelo não-cumprimento das obrigações correlativas, por parte dos que estavam a elas diretamente vinculados, ele já não pode, por si, prover à sua conservação, já não se basta a si mesmo, e necessita de um meio de proteção que o assegure e defenda. Esse meio protetor é a intervenção do poder público, pelos seus órgãos judiciários, mediante o exercício da ação promovida pelo titular. Tendo por fim proteger e garantir o direito, a ação tem uma individualidade própria, distinta do direito, em benefício do qual exerce a sua atividade, e, por isso, diferentes são as suas origens. É assim que o direito nasce do fato que o gera, 'jus oritur ex facto'; e a ação da violação por ele sofrida, enquanto nenhuma perturbação sofre o direito, nenhuma ação existe que possa ser posta em atividade pelo seu titular.

*Ora, sendo o objetivo da prescrição extinguir as ações, ela só é possível desde que haja uma ação a ser exercitada, em virtude da violação do direito. Daí sua primeira condição elementar: existência de uma ação exercitável. É a 'actio nata' dos romanos.*³²⁷

Resta incontroverso que é a partir da ocorrência de lesão, ou da ameaça de ocorrência de lesão a um determinado direito, que teremos o início do prazo prescricional instaurado, configurando-se tais circunstâncias como causa originária de seu termo inicial. São desse modo, portanto, a conduta lesiva, ou com potencialidade efetiva de lesão, os *estímulos* à geração do fenômeno prescricional em sua concretude e singularidade.

É a partir da possibilidade concreta da propositura da ação com vocação protetiva de natureza genérica, que, a qualquer momento, surge o *território* propício ao início do transcurso do prazo prescricional.

Entretanto, importa ter-se presente que a extensão da expressão *a qualquer momento*, impõe duas elucidações formais. Dizem-se formais em razão da necessidade de ter-se incontroverso que a sensação de insegurança gerada pela lesão, ou pela ameaça de lesão, não se dá a partir do puro imaginário do titular do direito. Exige-se a presença de fato de existência concreta, tanto da lesão, como da ameaça, concreta, de lesão.

Importa ainda, também, realçar que não se pode desconhecer que a propositura de uma ação, mesmo que sua força esteja vocacionada para a institucionalização de um conflito, gera intranquilidade social. Isto porque os interesses em colisão estão, ainda, sob o pálio da incerteza, e as partes em dissenso não sabem como restará composta a lide. Desse modo, no escopo de buscar o restabelecimento da paz social, o instituto da prescrição surge com a pretensão de recomposição da tranquilidade perturbada.

Entretanto, não se pode olvidar que, por força do evento prescricional, o direito não recebe golpe mortal em sua existência, como ocorre no caso da decadência, mas sim resulta extinto, tão-somente, o direito público subjetivo de invocar a tutela jurisdicional. Qual seja, é extinta a ação e não o direito.

³²⁷ LEAL, A. L. da C. Obra citada, p. 21 a 22;

Tanto é assim que EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR destaca que:

Ao invés de representar pena ao inerte, funda-se a prescrição no princípio da segurança jurídica, a reputar como atentatório da paz social que as relações jurídicas perdurem, insolúveis e definitivamente, no tempo.

A sua caracterização requer o concurso dos seguintes fatores: a) ocorrência de violação do direito positivo, a ensejar uma ação exercitável; b) situação de passividade do titular da pretensão pela não dedução desta perante o Judiciário; c) prolongamento dessa inércia por um lapso de tempo, previsto em lei, sem a ocorrência de causas impeditivas, suspensivas e interruptivas.³²⁸

Ao cabo de tudo o que até aqui se asseverou, importa destacar que a alegação de prescrição, no âmbito das relações jurídicas disciplinadas pelo Direito Público, em geral, e, em específico, no caso do Direito Administrativo, situa-se no limite das ações ditas de natureza pessoal³²⁹, porquanto as ações de natureza real não podem restar obstadas pela alegação de prescrição, em benefício de algum ente público. Tal posição resultou assentada a partir de jurisprudência consolidada pelo Supremo Tribunal Federal. A base racional de tal entendimento está arrimada, fundamentalmente, no juízo de que, caso assim não o fosse, estar-se-ia a criar nova forma de aquisição, ou de perda, de direito real, cujo sítio adequado está sedimentado pela esfera de regulação do Direito Civil³³⁰.

³²⁸ NOBRE JÚNIOR, E. P. Obra citada, p. 55;

³²⁹ Tal distinção entre ações de natureza real e ações de natureza pessoal, para efeito da prescrição na esfera do Direito Administrativo, era adotada a partir do grafado pelo código civil revogado, na forma de seu art. 177. Contudo, com o advento da nova legislação civil codificada, tal distinção restou excluída em sua forma explícita, mantendo-se tal norma, entretanto, como integrante do sistema, na forma de uma pré-compreensão consensualizada junto ao ordenamento jurídico brasileiro;

³³⁰ Tanto é assim que o Superior Tribunal de Justiça, no sentido de tal compreensão, editou a súmula 119, cujo verbete determina que: A AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA PRESCREVE EM VINTE ANOS;

8.3. PRESCRIÇÃO E PRECLUSÃO

Figura adstrita à meditação a respeito da prescrição administrativa, a preclusão mostra-se como evento, a princípio, de efeito semelhante àquela. Contudo, seu espaço de regulação configura-se de modo diverso. Situa-se o instituto da preclusão, originariamente, no âmbito do Direito Processual. Esclarece JOSÉ FREDERICO MARQUES³³¹ que:

465. Um dos institutos processuais que possibilitam, com mais eficácia, o impulso 'ex-officio' do procedimento, é o da 'preclusão'.

(...)

466. Sob o ponto de vista objetivo, a preclusão é um fato impeditivo destinado a garantir o avanço progressivo da relação processual e a obstar o seu recuo para fases anteriores do procedimento. Do ponto de vista subjetivo, é a perda de uma faculdade ou direito processual que, por se haver esgotado ou por não ter sido exercido em tempo e momento oportuno, fica praticamente extinto.

(...)

Ela é fato processual porque é um acontecimento decorrente, ou do decurso do tempo, ou de uma incompatibilidade lógica, ou da consumação de uma faculdade processual, que produz efeitos jurídico processuais.

Os efeitos desse fato ou acontecimento que se verifica na relação processual resultam da necessidade de que a marcha do procedimento se opere com rapidez e sem recuos.

(...)

A preclusão não é uma sanção processual. Tal fato processual não provém de violação ou inobservância de um 'preceptum juris', e sim, da consumação de um interesse ou de uma incompatibilidade do direito subjetivo com o desenvolvimento processual até aquele momento realizado.

Um dos traços básicos e capitais da preclusão é o confinamento de seus efeitos à relação processual em que se dá o fato preclusivo. Fora da relação processual, e em outro processo, a preclusão não produz conseqüências que dela se derivem de forma imediata.³³²

Mas, para o efeito das reflexões em tela, o que mais interessa realçar, ainda sob a ótica de JOSÉ FREDERICO MARQUES, é que:

³³¹ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, volume II, p. 284 a 287;

³³² MARQUES, J. F. *Idem*, *ibidem*;

470. A preclusão não se confunde com institutos afins, como a decadência, a prescrição e a perempção.

Com a prescrição, impossível é qualquer confusão. O referido instituto atinge o próprio direito subjetivo material em que se esteia a pretensão, enquanto que a preclusão torna inoperantes tão-só faculdades processuais.

Da decadência, distingue-se a preclusão, em primeiro lugar, por seus efeitos. A decadência, embora possa alcançar direitos processuais, impede o exercício destes em qualquer processo, ao contrário da preclusão cujos efeitos estão restritos à relação processual onde ocorreu.

Por outro lado, a decadência tem no fator tempo um requisito do ato a ser praticado, pelo que a decadência é sanção decorrente da inobservância do prazo estabelecido. A preclusão, porém, não é sanção. Seus efeitos se produzem, não como providência sancionadora, e sim para impedir, a quem perdeu um prazo, o retorno do processo à fase anterior.

Da perempção ela se distingue também pelos efeitos produzidos. O instituto mencionado impede o autor 'de demandar o réu sobre o mesmo objeto', não podendo ele, assim, instaurar relação processual eficaz para o julgamento da lide. A preclusão, no entanto, só no processo onde se verificou é que produz efeitos. Além disso, a perempção é uma 'sanctio juris', o que não se dá com a preclusão.³³³

Entretanto, na esfera do Direito Administrativo, duas situações podem configurar caminhos distintos. No espaço da atuação puramente material da Administração Pública, resta caracterizado, de modo geral obstáculo à possibilidade da ocorrência do fenômeno preclusivo, em razão do exercício permanente e contínuo do princípio da autotutela administrativa, por parte dos agentes públicos. Isto porque tal agir de correção é de trânsito permanente, inerente às rotineiras e às reiteradas atuações administrativas perpetradas na contidianeidade do administrar, sempre focado, contudo, nos termos do possibilitado pela lei.

Contudo, mesmo sendo da própria essência do sistema a possibilidade jurídica de que o autocontrole das decisões administrativas resulte procedido por parte da própria Administração, em processo contínuo, o fenômeno procedimental preclusivo pode resultar como obstáculo a tal possibilidade de alteração permanente. Isto porque, no âmbito das atividades de controle promovidas pela própria Administração Pública, onde os atos de regulação restam materializados com a observância formal a determinados ritos de natureza procedimentalizada, a inexistência de prévia fixação de

³³³ MARQUES, J. F. Obra citada, p. 289 a 290;

tempo, para o exercício de tal atividade, resultaria por permitir a instauração de insegurança permanente, em razão da perpetuação ilimitada da possibilidade da prática de atos de natureza corretiva.

Ou seja, em não se reconhecendo um termo final à possibilidade do exercício da autotutela, o administrado estaria, a todo tempo, a ver-se sujeitado a mutações significativas na regulação de circunstâncias juridicamente relevantes a seu interesse específico.

Não se pode olvidar que se dá tal controle: (...) *para que a atividade pública em geral se realize com legitimidade e eficiência, atingindo sua finalidade plena que é a satisfação das necessidades coletivas e atendimento dos direitos individuais dos administrados.* ³³⁴ Contudo, tal atividade há de ter um limite. De qualquer forma, importa, mais uma vez destacar, como já realçado acima, que:

*A prescrição e a decadência também não se confundem com a 'preclusão', instituto que delas muito se aproxima. A preclusão é a perda, em termos de processo, da oportunidade de agir, em razão do decurso do prazo para essa ação. Com a preclusão não se tem mais como voltar a esse momento do processo. Não se confunde com a prescrição, nem com a decadência. Na prescrição há a perda do direito de ação, operando-se antes da possibilidade de interposição da ação. Na preclusão há a perda da oportunidade de volver-se àquele momento do processo, operando-se depois do início e no transcorrer do processo. Também não se confunde com a decadência, pois nesta perde-se direito substantivo, enquanto na preclusão perde-se o direito subjetivo.*³³⁵

Portanto, não só pelo acolhimento do princípio da prescritibilidade por parte do ordenamento jurídico nacional, limitado, tão-somente, em presença de dispositivo constitucional expresso, o fenômeno preclusivo exsurge como fator de limitação das atividades da Administração Pública, situando-se no contexto dos atos de exercício procedimentalizado por parte da Administração Pública. Tal circunstância dá-se, fundamentalmente, em razão do princípio da segurança jurídica, no fito de estabilizar o próprio sistema em si.

³³⁴ MEIRELLES, H. L. Obra citada, p. 573;

³³⁵ GASPARINI, D. Obra citada, p. 753;

Sob a mesma inspiração temática, relevante equívoco pode emergir como obstáculo de natureza formal à garantia da segurança jurídica, como também em afronta ao princípio da prescritibilidade, qual seja o da possibilidade de reconhecer-se a existência de uma *coisa julgada administrativa*.

Entretanto, como destaca MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS³³⁶: *a doutrina e a jurisprudência nacional não seguiram os passos da corrente doutrinária argentina e da austríaca, desprestigiando a coisa julgada administrativa.*³³⁷. O que se reconhece e categoriza, em presença de tal fator impeditivo à prática do ato administrativo, assume a identidade de preclusão administrativa. Tal evento, portanto, à semelhança da preclusão processual, limita-se a produzir, tão-somente, efeitos com repercussão interna junto aos respectivos sistemas de produção de atos praticados pela Administração Pública. Nesta esfera limitada e sob tais contornos restritos, é que a constatação do transcurso do tempo impossibilitaria a revisão de determinados atos. Isso porque, conforme explicita HELY LOPES MEIRELLES:

(...) a denominada 'coisa julgada administrativa', que na verdade, é apenas uma 'preclusão de efeitos internos', não tem o alcance da 'coisa julgada judicial', porque o ato jurisdicional da Administração não deixa de ser um simples ato administrativo decisório, sem força conclusiva do ato jurisdicional do Poder Judiciário. Falta ao 'ato jurisdicional administrativo' aquilo os publicistas norte-americanos chamam 'the final enforcing power' e que se traduz livremente como o 'poder conclusivo da Justiça Comum'. Esse poder, nos sistemas constitucionais que não adotam o 'contencioso administrativo', é privativo das decisões judiciais.

(...)

Realmente, o que ocorre nas decisões administrativas finais é, apenas, preclusão administrativa, ou a 'irretratabilidade' do ato perante a própria Administração. É a sua imodificabilidade na via administrativa, para estabilidade das relações entre as partes.

³³⁶ MATTOS, M. R. G. de. Obra citada, p.14;

³³⁷ Tal posição doutrinária no Brasil, contudo, não se mostra pacífica. Diógenes Gasparini, por seu turno, assevera que: *Quando inexistente, no âmbito administrativo, possibilidade de reforma da decisão oferecida pela Administração Pública, está-se diante da 'coisa julgada administrativa'. Esta não tem o alcance da coisa julgada judicial, porque o ato jurisdicional da Administração Pública é tão-só um ato administrativo decisório, conforme ensinança de Hely Lopes Meirelles [...] destituído do poder de dizer do direito em caráter definitivo. Tal prerrogativa, entre nós, é só do Judiciário. Em outros países, pode caber a tribunais Administrativos o exercício dessa competência.* GASPARINI, D. Obra citada, p. 757-758; Portanto, depreende-se da, embora confusa, manifestação de GASPARINI, a possibilidade reconhecer-se a existência de uma “coisa julgada” administrativa, resultando restrita, por conseqüência, a tal esfera;

Por isso, não atinge nem afeta situações ou direitos de terceiros, mas permanece imodificável entre a Administração e o administrado destinatário da decisão interna do Poder Público. Essa imodificabilidade não é efeito da 'coisa julgada administrativa', mas é consequência da 'preclusão' das vias de impugnação interna (recursos administrativos) dos atos decisórios da própria Administração.³³⁸

Por outro lado, mostra-se importante realçar que de tais assertivas se destaca a constatação de que, os efeitos internos dos atos perpetrados pela Administração Pública, atingem, tão-somente, os direitos e pretensões titulados pela Administração e pelo administrado, não se admitindo que tais decisões possam vir a atingir interesses ou direitos de terceiros. Permanecem, tão-somente, intocáveis para a Administração e para o administrado destinatário da decisão, como identificado acima.

Diante do apontado, resulta manifesto que a prescrição não pode ser havida como semelhante à preclusão, embora ambas acabem por gerar efeitos extintivos. A preclusão, à semelhança da decadência, configura-se como mero fato de natureza objetiva e autônoma, decorrendo, exclusivamente, do decurso ininterrupto do tempo. Contudo, ao contrário da decadência e da prescrição, a preclusão opera independentemente do exercício, ou do não exercício de determinado direito, já que sua finalidade primordial reside em dar garantia e seguimento ao conteúdo da *processualidade* inerente à atividade administrativa, servindo, portanto, para impedir que determinados atos venham a ser praticados em desatenção, tão-somente, ao prazo legalmente delimitado para tanto.

De qualquer modo, o que importa destacar, no preciso dizer de MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS é que:

A indeterminação e a perpetuidade de a Administração Pública rever seus atos 'ad eternum' criariam verdadeiro caos para a sociedade, administrados e servidores públicos, em razão da criação da instabilidade jurídica que seria vivida por todos.

(...)

Assim, nessa moldura, a prescrição e a preclusão funcionam também em favor da coletividade, estabilizando situações jurídicas constituídas sob o manto da boa-fé, e acabando com o velho dogma de que a Administração Pública pode fazer tudo o que

³³⁸ MEIRELLES, H. L. Obra citada, p. 582 a 583;

*entender ser necessário, inclusive rever os seus atos já sepultados pelo decurso dos anos, sob o argumento de que, por serem nulos, não geram direitos.*³³⁹

Apesar das manifestas diferenças entre os institutos da prescrição administrativa, da decadência e da preclusão, ainda há quem não tenha percebido a ausência de identidade entre essas formas de extinção. A exemplo disto, VITAL MOACIR DA SILVEIRA, partindo de uma interpretação equivocada do grafado pelo art. 2º, do Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932, conclui que: (...) *a administração possui a faculdade de invalidar seus atos no prazo de cinco anos. Não o fazendo, preclui o direito de autotutela. Tanto para os atos anuláveis como para os atos nulos.*³⁴⁰

Tal compreensão mostra-se equivocada, na medida em que VITAL MOACIR DA SILVEIRA, na esteira da idéia de que o art. 2º do Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932, estabelece prescrição a todo e a qualquer direito titulado pela Administração Pública, inclusive no que se refere à possibilidade de revogação de atos administrativos, assevera, em justificando sua compreensão, que:

*Esse raciocínio lógico depende-se do próprio texto legal, visto que o art. 2º do Dec. 20.910/32 impõe prazo prescricional de 5 (cinco) anos para o exercício de 'todo o direito', sem exceção. O que leva o intérprete a concluir que pela dicção do sadio princípio da igualdade, norma assente no 'caput' do art. 5º da CF, a consumação do lapso prescricional é endereçada tanto para o ente público como também para o administrado.*³⁴¹

Ora, como exaustivamente demonstrado acima, não se há que confundir preclusão com prescrição e, muito menos, com decadência. Portanto, no manejo inadequado dos conceitos, tal autor acaba por confundir categorias jurídicas distintas.

Partindo de uma compreensão inadequada, dá uma interpretação não contemplada pela possibilidade jurídica grafada pelo art. 2º do Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932. Tal regramento normativo, em substância de sua regulação, trata da

³³⁹ MATTOS, M. R. G. Obra citada, p.15;

³⁴⁰ SILVEIRA, Vital Moacir da. *Excertos doutrinários e jurisprudenciais sobre a prescrição quinquenal para a administração declarar a nulidade de seus atos*, p. 132;

³⁴¹ SILVEIRA, V. M da. *Idem*, p. 129;

prescrição em relação a dívidas passivas da Administração Pública em geral, disciplinando, pontualmente, no que se refere ao dispositivo referenciado, a prestações relativas a pensões vencidas ou por vencerem, ao meio soldo, ao montepio civil e militar, a quaisquer restrições ou diferenças, e a todo direito relativo a tais prestações e não a todo e qualquer direito titulado pela Administração Pública.

Ademais, *ad argumentandum tantum*, caso tal interpretação fosse correta, a identificação do instituto extintivo também se mostra equivocada em relação aos efeitos por tal doutrinador identificados. Caso a Administração Pública, por força do dispositivo invocado, acabasse por ter a sua faculdade de invalidar ato administrativo, posto decorrido o prazo de cinco anos, não se estaria em presença de fenômeno preclusivo da prerrogativa legal de autotutela, mas sim diante do fenômeno da prescrição administrativa, independentemente dos atos serem nulos ou anuláveis, questão esta última que, aliás, além de ser extremamente complexa, mostra-se segmentada por forte debate doutrinário, a partir de respeitáveis posições sustentadas por ínsignes doutrinadores.

Portanto, como demonstrado, não se há de confundir prescrição, decadência ou preclusão, porquanto se tratam de fenômenos extintivos com sede, oportunidade e características configuradas a partir de sólidas diferenças.

8.4. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

Não se pode duvidar que a idéia que configura a figura jurídica da prescrição intercorrente está marcada pelo mesmo sentido de *abandono* que informa às demais formas de prescrição, em todas as esferas do ordenamento jurídico positivado. A exemplo disto, entre tais circunstâncias, pode-se elencar os casos que envolvem pretensões de natureza executiva, partindo-se do pressuposto, por óbvio, de que o direito de fundo já se encontra reconhecido, não mais podendo restar questionado, a modo de tornar possível à inviabilização de uma pretensão de conteúdo material.

Em tais circunstâncias, nos limites do exemplo aventado, é possível encontrar-se referência a tal fenômeno até mesmo na Constituição Federal. Tal é o caso dos

créditos trabalhistas. Conforme delimita o art. 7º, inciso XXIX, da Carta Constitucional, na medida em que, caso o titular de crédito de tal natureza, não promova os atos necessários ao andamento do processo, verá restar extinto, de modo inexorável, o seu direito de proteção à sua pretensão deduzida.

Tal compreensão, aliás, recebeu forte reforço a partir da visão estatuída por força de interpretação oriunda do STF, nos termos da súmula nº 150, na qual resta assentado que: *prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação*. Portanto, percebe-se que tal compreensão permite recepcionar um novo sítio de origem para o fenômeno prescricional. Lastreada a partir das fronteiras de delimitação edificadas pelo direito material, encontra a prescrição, a partir de tal compreensão, a possibilidade de gerar efeitos extintivos no âmbito de uma relação jurídica de natureza processual, deslocando o eixo de matriz genética de tal fenômeno de seu *locus* originário, mantendo, contudo, a sua essencial característica de fenômeno extintivo.

Em presença de tais fatos, resulta possível, numa primeira localização do instituto em tela, asseverar que: recebe a denominação de prescrição intercorrente o fenômeno extintivo de ação que ocorre e é argüível no curso de um processo judicial em tramitação. Ademais, a prescrição intercorrente tanto pode ocorrer após a citação válida, quanto após a sentença de primeiro grau de jurisdição. Portanto, tal forma de prescrição pode surgir em duas circunstâncias processuais distintas. Numa primeira forma, ela é alegável no curso do processo de conhecimento, gerando, caso reste reconhecida, decisão extintiva do processo, com julgamento de mérito. Isto poderá vir a ocorrer porquanto não se mostra como causa absolutamente suficiente, a obstar o curso prescricional, o mero ajuizamento da ação, exigindo-se do autor, por conseqüência, que promova todos os atos necessários ao desenvolvimento regular do processo, sob pena de, em assim não procedendo, ver frustrada a sua pretensão de recebimento da tutela jurisdicional invocada, não porque não se lhe reconheça a titularidade de eventual direito invocado, mas, tão-somente, pelo fato de sua inação em relação aos atos processuais necessários ao andamento do processo.

Para efeito de que se melhor compreenda tal instituto, importa destacar que a omissão geradora do evento prescricional não se dá por força de omissão específica do

exeqüente, ao qual se estaria a exigir uma determinada conduta positiva, a partir da qual resultaria então gestada determinada situação de fato exigida pelo trâmite processual. Além de tal hipótese genérica, outras circunstâncias tornam possível a ocorrência da prescrição intercorrente. Nessa senda, por exemplo, ocorre a prescrição intercorrente quando não são encontrados bens do devedor para penhora e o credor deixar de movimentar, de modo injustificável, o processo por um determinado prazo, que a doutrina aponta ser de cinco anos. Ou seja, a inação se qualifica a partir de uma carência externa à esfera de interferência do credor, resultando o seu direito atingido, de forma reflexa, pela prescrição intercorrente, na medida em que o exeqüente, sem justificativa plausível, deixa de agir na movimentação do instrumental processual instaurado.

No caso do direito público, ainda seguindo no território das pretensões executórias, para efeito de argumento, é consabido que em relação à execução de crédito titulado pela Administração Pública, marcada pela pretensão executória contra particular, é pacífico o entendimento da possibilidade de restar reconhecida a prescrição intercorrente. Contudo, já contra a Fazenda Pública, o reconhecimento e o acolhimento da prescrição intercorrente levanta significativa polêmica. Isto porque existem inúmeras decisões judiciais de segundo grau de jurisdição mostrando entendimento visceralmente contrário à possibilidade da existência da prescrição intercorrente contra a Fazenda Pública, pensamento e construção jurisprudencial que acabou por se consolidar como se regra legal fosse.

Tal perspectiva constrói-se a partir da percepção da existência de um obstáculo intransponível, obstáculo este que se constrói pela associação dos princípios da indisponibilidade dos bens públicos e da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Em tal visão estritamente dogmática, assentada na compreensão inflexível dos preceitos legais que disciplinam, a um modo geral, a tutela do interesse público, tal corrente de pensamento vê impossível falar-se de prescrição intercorrente, na medida em que tal aceitação geraria o perigoso alargamento das possibilidades de lesão ao erário, ante simples circunstância de natureza processual, na qual a lei não expressa tal sentido, de forma manifesta, sendo, por conseqüência, intolerável tal

extinção em detrimento dos interesses da coletividade social, face aos quais é dever da Administração Pública assumir a condição de guardiã severa.

Contudo, tal compreensão recebe posição adversa, no sentido de que, mesmo em se tratando de interesses de natureza pública, não há como desconsiderar a inação e o descaso, até mesmo, da Administração Pública. Tal corrente de pensamento assenta nas razões de legitimação de tal possibilidade, fundamentada na necessidade de estabilização e de segurança das relações jurídicas, bem como da impossibilidade da execução durar eternamente, de modo a inviabilizar àquilo que comumente se reconhece sob a designação de paz e harmonia social. Em tal compreensão, portanto, nada legitima a Administração Pública omissa a beneficiar-se de seu próprio descaso. O cidadão, portanto, não pode ficar a mercê do Estado, de um modo geral, submetido ao constrangimento de um processo, pelo tempo que a Fazenda Pública entenda oportuno, ou que venha a manifestar interesse no prosseguimento da demanda. A Administração Pública há de estar submetida à lei de modo inflexível.

De este modo, los difusos o débiles vínculos legales son complementados por un sometimiento general al sentido político de la legislación y, a través de este, a las normas y valores constitucionales. La generalidad o imprecisión de la ley no será así una invitación a la arbitrariedad de la actividad administrativa o que se pretenda su inmunidad al control. Si el legislador no es absolutamente libre en su capacidad de decisión mal podría serlo la administración que viene habilitada por este: nunca podría delegarse aquello de lo que no se dispone.³⁴²

Hodiernamente, contudo, há uma forte tendência doutrinária em pretender consolidar como melhor entendimento àquele em que o acatamento da prescrição intercorrente deve estar sedimentado por duas circunstâncias básicas. A primeira, no sentido de que há de restar demonstrada a desídia por parte da Administração Pública. A segunda, como condição de complementação empírica do sentido da primeira circunstância, de que a paralisação do feito não tenha decorrido da atuação, ou da inação do particular. Há aqui, como se percebe, uma tentativa de construir uma justificativa de caráter ético, associada a uma visão voluntarista do impasse criado no

³⁴² FREIRE, Antonio Manuel Pena. *La garantía en el estado constitucional de derecho*, p. 277;

curso da contenda, o que se mostra totalmente em desacordo com o preceituado com o disposto pelo art. 3º do Decreto-lei n. 4.597, de 19 de agosto de 1942.

Do simples exame do texto legal em comento, percebe-se que: (...) *consumar-se-á a prescrição no curso da lide sempre que a partir do último ato ou termo da mesma, inclusive da sentença nela proferida, embora passada em julgado, decorrer o prazo de dois anos e meio.* De tal sorte, o legislador não quis atrelar à consumação da prescrição intercorrente, no âmbito da regulação administrativa, nenhuma outra variável que não a do simples passar do tempo, resultando forçada a pretensão de que para tal consumação haja a necessidade de identificar-se o modo pelo qual se comportou a Administração Pública no curso da contenda. Por força do regramento legal, tal concepção voluntarista é totalmente descabida. Tanto é assim que o legislador, de modo a não deixar dúvida alguma a respeito de seu intento, determinou no art. 4º, do mesmo Decreto-lei n. 4.597, de 19 de agosto de 1942, que: *Art. 4º As disposições do artigo anterior aplicam-se desde logo a todas as dívidas, direitos e ações a que se referem, ainda não extintos por qualquer causa, ajuizados ou não, devendo a prescrição ser alegada e decretada em qualquer tempo e instância, inclusive nas execuções de sentença.*

Ora, da leitura de tal dispositivo legal, percebe-se, de modo insofismável que o legislador ratificou o reconhecimento da prescrição intercorrente como um fato inapelável, reprimindo qualquer pensamento capaz de buscar, para efeito de aplicação de tal regra, motivação diversa daquela que a lei estabelece de forma objetiva, qual seja o decurso do tempo. De tal sorte, buscar na comprovação da desídia da Administração Pública, ou na atuação omissa do particular, motivos qualificados como pressupostos ao reconhecimento, ou não, da prescrição administrativa, em modo intercorrente, configura racionalização inaceitável, dado que a lógica, a racionalidade e a aceitação da prescrição intercorrente há de ser buscada do estatuto legal que a disciplina e no qual nenhum outro fator, que não o mero decurso do tempo, resta exigido para o seu reconhecimento.

Desse modo, resulta inaceitável a visão de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO³⁴³, ao assentar que:

Se, no litígio, a alegação da prescrição couber ao particular, não pode o juiz decreta-la de ofício, visto que a omissão poderia ser tida como renúncia tácita por parte do interessado. É o caso, por exemplo, de execuções fiscais promovidas pela Fazenda Pública. Se o executado não suscita a prescrição em seu favor, não pode o juiz substituir sua vontade e declará-la existente. Incidem, pois, normalmente, os arts. 166 do Código Civil, e 219, § 5º, do CPC. Caso, contrariamente, a prescrição beneficie a Fazenda e não tenha ela sido invocada por seus Procuradores, deve entender-se inaplicáveis aqueles dispositivos, admitindo-se que o juiz possa decidir de ofício sobre a prescrição porque favorável à Fazenda. Aqui não há falar-se em interesse privado ou em renúncia tácita; tratando-se de direito em favor da Fazenda, caracteriza-se como direito indisponível e atrelado ao interesse público por ela protegido.

Inaceitável por dúplice motivo. Primeiro porque tal autor busca, em um referencial normativo de natureza estritamente processual, identificar limites inexistentes na regra material de natureza administrativa, ou seja criando obstáculo que a lei de modo expreso não cria. O que é pior, presumindo estado de espírito de renúncia, sem que estabeleça nenhum critério para que se possa identificar, de modo unilateral, de que modo há de ter-se certeza de que o particular efetivamente queria renunciar a seu direito. Por segundo, ante a dualidade de pesos expressados pela principiologia esgrimida pelo jurista em tela, trata de forma absolutamente desigual a Administração Pública e o particular, no âmbito de uma relação de conteúdo meramente econômico, asseverando agora que, em se tratando de silêncio dos Procuradores da Administração Pública, a presunção de renúncia não há de vigorar, sob a alegação de que se trata de interesse público e, por conseqüência, indisponível.

É consabido que a indisponibilidade do interesse público, por força da evolução do Direito Administrativo, como também pela submissão do ordenamento jurídico aos princípios informadores do Estado Democrático de Direito, não se mostram mais a partir de uma face absoluta e inquestionável, na superada dicotomia entre o servo e o senhor. A garantia da segurança jurídica há de caracterizar-se como princípio informador de natureza superior a um presumível interesse público, sob pena de admitir-se, na senda

³⁴³ CARVALHO FILHO, J. dos S. Obra citada, p. 775 a 776;

de tal pensamento, que qualquer direito ou garantia individual do cidadão pode simplesmente restar suprimida ante a singela invocação de interesse público.

É lógico que o interesse público há de restar sempre protegido. Contudo, o particular não pode ser despojado de seu direito e agredido em seus interesses em face de alegação tão genérica. Conforme destaca Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto³⁴⁴:

7. Não se pode mais entender por 'interesse público' algo tão genérico a ponto de se resumir ou pela negativa — como interesses não privados — ou a partir dos abstratos interesses definidos por um Estado plenipotenciário e distante dos reais interesses no cada vez mais complexo corpo social. Ao nosso ver, deve-se hoje focar o interesse público como um elo de mediação de interesses privados dotados de legitimidade.

8. A partir dos processos de internacionalização e de fragmentação vistos acima, e de suas conseqüências no colapso do conceito de soberania e na separação público/privado, sucumbe o pressuposto universalizante e homogêneo da sociedade, bem como o caráter monopolista e autoritário do Estado.

Por tais circunstâncias, não há como pretender recusar o acolhimento da prescrição intercorrente, sob a singela alegação da presença obstativa de eventual interesse público. Até porque importa destacar que ante a inexistência de norma expressa, não há como negar a incidência da prescrição intercorrente em sua aplicabilidade ao processo administrativo. Injustificado seria que tão-somente na esfera das relações conformadas pelo Direito Público, o passar do tempo, no curso de tramitação de uma contenda administrativa, não pudesse gerar, por força do fenômeno prescricional, a estabilização da relação jurídica conflituosa. O princípio da segurança jurídica há de prevalecer.

Ademais, por força de um contínuo processo gerador de maior complexidade das relações conformadas no âmago da sociedade contemporânea, tornou-se extremamente vital que o Estado deixasse de agarrar-se a preceitos de natureza

344 MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*, p. 148 a 149;

absolutizante, assumindo a postura de um mediador. Nessa senda, alerta Norberto Bobbio³⁴⁵ que:

A vida de um Estado moderno, no qual a sociedade civil é constituída por grupos organizados cada vez mais fortes, está atravessada por conflitos grupais que se renovam continuamente, diante dos quais o Estado, como conjunto de organismos de decisão (parlamento e governo) e de execução (o aparato burocrático), desenvolve uma função de mediador e de garante mais do que a de detentor do poder de império segundo a representação clássica da soberania.

Em realidade, mais por falta de percepção da dinâmica evolutiva que permeia a sociedade humana, gerou-se, a partir de posições marcadas por um imobilismo injustificável, a concepção de que as esferas pública e privada são incompatíveis, não se percebendo que, hodiernamente, ambas interpenetram-se. É, ainda, Norberto Bobbio quem ensina, ao asseverar que:

Os dois processos, de publicização do privado e de privatização do público, não são de fato incompatíveis, e realmente compenetraram-se um no outro. O primeiro reflete o processo de subordinação dos interesses do privado aos interesses da coletividade representada pelo Estado que invade e engloba progressivamente a sociedade civil; o segundo representa a revanche dos interesses privados através da formação dos grandes grupos que se servem dos aparatos públicos para o alcance dos próprios objetivos. O Estado pode ser corretamente representado como o lugar onde se desenvolvem e se compõe, para novamente decompor-se e recompor-se, estes conflitos, através do instrumento jurídico de um acordo continuamente renovado, representação moderna da tradicional figura do contrato social.³⁴⁶

Há de realçar-se que a idéia equivocada de inadmissão da prescrição intercorrente, dá azo a uma compreensão em colisão direta com o sentido do sistema jurídico nacional. É consabido que a regra geral, ou até mesmo o princípio angular, é a da prescritibilidade. Tal concepção está associada, fundamentalmente, com o princípio da segurança jurídica. De modo que, caso se pretenda ter como inviável a ocorrência da prescrição intercorrente, até mesmo sob a ultrapassada e gasta alegação da supremacia do interesse público — em qualquer circunstância ou condição, estar-se-á a

³⁴⁵ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*, p. 26;

³⁴⁶ BOBBIO, N. Obra citada, p. 27;

garantir a qualquer processo administrativo a condição de evento eterno, deixando que a Administração Pública, a seu puro e exclusivo talante, resolva, quando a seu bel-prazer quiser resolver, dar fim aos eventuais conflitos em que esteja figurar na condição de parte. Por óbvio, tal pensamento não se sustenta por si só.

Por fim, importa destacar manifestação do Supremo Tribunal Federal, na esteira de voto prolatado pelo Ministro Marco Aurélio, do qual se retira que:

*(...) não se coaduna com o nosso sistema constitucional, especialmente no campo das penas, sejam de índole criminal ou administrativo, exceto relativamente ao crime revelado pela ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático - inciso XLIV do artigo 5º da CF/88, a inexistência de prescrição. Inconcebível é que se entenda, interpretando os preceitos das Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que, uma vez aberta a sindicância ou instaurado o processo disciplinar, não se cogite mais, seja qual for o tempo que se leve para a conclusão do feito, da incidência da prescrição. É sabido que dois valores se fazem presentes: o primeiro, alusivo à Justiça, a direcionar à possibilidade de ter-se o implemento a qualquer instante; já o segundo está ligado à segurança jurídica, à estabilidade das relações e, portanto, à própria paz social que deve ser restabelecida num menor espaço de tempo possível. Não é crível que se admita encerrar a ordem jurídica verdadeira espada de Dâmocles a desabar sobre a cabeça do servidor a qualquer momento.*³⁴⁷

Desse modo, portanto, nas palavras de MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS, torna-se possível reconhecer que: (...) *fica bem nítido que a prescrição intercorrente é plenamente aplicável ao processo administrativo, estabilizando as relações jurídicas no decurso do tempo, como uma forma de garantir a paz social.*³⁴⁸ Admitir-se compreensão em contrário, não só caracterizaria grave distonia com relação ao ordenamento jurídico nacional, como também ausência de percepção da evolução histórica do direito e da sociedade contemporâneas, estimulando-se a insegurança e a desarmonia entre a Administração Pública e o particular, ou seja entre o Estado e a sociedade.

³⁴⁷ Brasil. Supremo Tribunal Federal. RMS nº 23.436/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: em 24/08/1999. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJU de 15/10/1999. Pág. 28. Ementário, volume 1967-01, página 35;

³⁴⁸ MATTOS, M. R. G. de. Obra citada, p. 61;

9. CAUSAS MODIFICATIVAS

9.1. A LEI, O LIMITE, A CERTEZA

A prescrição não se caracteriza como um fenômeno sem limites, passível de suspensão ou de interrupção encontra na lei delimitação. Tal diretriz, além de mostrar-se em consonância com o princípio constitucional da legalidade, ao qual a Administração Pública está adstrita, busca, por outro lado, consolidar a certeza e a segurança jurídicas, não permitindo que as relações jurídicas de natureza intersubjetivas possam permanecer submetidas a alguma espécie de incerteza ou de insegurança.

Caso assim não o fosse, mesmo reconhecendo-se a impossibilidade da imprescritibilidade em favor da Fazenda Pública, em não havendo previsão expressa a respeito das causas de suspensão, ou de interrupção, da prescrição, acabar-se-ia, em razão de uma força intuitiva oriunda do sistema jurídico como um todo, pela simples razão de acolhermos a existência de limites ao agir da Administração Pública. A concepção que pretendesse albergar a possibilidade de um curso indefinido, acabaria por gerar perplexidade ao administrado, como também, de certo modo, à própria Administração Pública. Não se pode olvidar que a prescrição é: (...) *instituto de ordem pública, imposta pela necessidade da estabilidade, certeza e segurança das relações jurídicas, (...)*³⁴⁹.

Tal delimitação mostra-se relevante na medida em que, pelo advento da prescrição, extingue-se a ação que, em tese, estaria a materializar uma pretensão de garantia ao direito, sem que este último, contudo, reste também extinto. O que ocorre, em realidade, é a perda da possibilidade de defesa do direito ofendido ou ameaçado de ofensa. Contudo, importa que seja destacado que o direito não desaparece, apenas torna-se, em presença de eventual espécie de agressão, inerte. Inércia que decorre de seu reconhecimento pela lei.

³⁴⁹ CRETELLA JÚNIOR. J. Obra citada, p. 69;

Entretanto, é importante que resulte salientada a constatação problemática de que, na prática, a prescrição extintiva, na esfera de regulação do Direito Administrativo, em presença de direito subjetivo público do titular, corporificado tanto pelo Estado, quanto pelo particular, perde a possibilidade de sua efetivação material, isto, tão-somente, por causa do decurso do tempo que atinge fatalmente o direito de ação.

Outro aspecto a destacar, no que atine à regra geral da prescritibilidade, na esfera das relações disciplinadas pelo Direito Público, às quais a Administração Pública se encontra submetida, é a da ruptura situada na regulação constitucional, nos termos do disciplinado pelo art. 37, § 5º, o qual disciplina que:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

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

Como se vê, a possibilidade de prescrição, em detrimento dos interesses situados no rol de prerrogativas da Administração Pública, encontra embaraço, tão-somente, ao tratar-se de pretensões de ressarcimento ao erário, restando tais interesses, ao que parece de imediato, excluídos da possibilidade de serem atingidos pelo fenômeno prescricional.

Desse modo, eventuais causas modificativas, no que atine ao curso da prescrição administrativa, sofrerão, apenas, a restrição grafada a título constitucional, mantendo-se, nas demais hipóteses, eventuais limites a tal categoria jurídica³⁵⁰, desde que submetida à previsão legal prévia.

Contudo, há de atentar-se que, enquanto a prescrição admite a possibilidade de suspensão e de interrupção de seu curso, observando-se, entretanto, o tempo e a

³⁵⁰ A expressão categoria jurídica, no que se refere à prescrição administrativa, é oriunda da percepção de tal fenômeno sob a ótica de JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, o qual assevera que: (...) *interessa-nos firmar o princípio de que a prescrição, quer extintiva, quer aquisitiva, é categoria jurídica, que tem como causa única determinante, o decurso do tempo, ...*". Obra citada, p. 69;

forma legais, a decadência ou caducidade não permitem suspensão e interrupção, uma vez iniciado o prazo. Neste sentido, diz HELY LOPES MEIRELLES que³⁵¹:

Prescrição é a perda da ação pelo transcurso do prazo para seu ajuizamento ou pelo abandono da causa durante o processo. Não se confunde com a 'decadência' ou 'caducidade', que é o perecimento do direito pelo não exercício no prazo fixado em lei. A prescrição admite suspensão e interrupção pelo tempo e forma legais; a decadência ou caducidade não permite qualquer paralisação da fluência de seu prazo, uma vez iniciado.

Portanto, ao início da busca de compreensão das causas de suspensão e de interrupção da prescrição, enquanto causas modificativas do lapso temporal em curso, no que atine aos seus efeitos concretos de extinção da possibilidade do exercício do direito em-si, ou de sua proteção pela via de ação judicial, é de anotar-se que tanto as interrupções, quanto a suspensão de seu curso, configuram circunstâncias de natureza restrita a tal fenômeno, o que, conforme o explicitado, não se dá com relação à decadência.

9.2. INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO

De início, não se pode desconsiderar que se mostra fundamental que se compreendam tais circunstâncias interruptivas, na medida em que mostram, indubitavelmente, como singularidades diversas. Portanto, não se há de confundir suspensão com interrupção da prescrição, já que os resultados práticos decorrentes de tais eventos resultam significativamente diversos.

No que se refere à interrupção da prescrição administrativa, não há qualquer circunstância imediata que possa revelar, de início, grave perplexidade, no sentido da possibilidade jurídica de tal causa modificativa da prescrição.

Diz o Decreto nº 20. 910, de 06 de janeiro de 1932, na sua condição de estatuto geral de regulação da prescrição administrativa, no atinente às dívidas passivas da Administração Pública, em seus arts. 8º, 9º, e 10 que:

³⁵¹ MEIRELLES, H. L. Obra citada, p. 623;

Art. 8º A prescrição somente poderá ser interrompida uma vez;

Art. 9º A prescrição interrompida recomeça a correr pela metade do prazo, da data do ato que a interrompeu ou do último ato ou termo do respectivo processo;

Art. 10. O disposto nos artigos anteriores não altera as prescrições de menor prazo, constantes das leis e regulamentos, as quais ficam subordinadas às mesmas regras.

Por seu turno, o Decreto-lei nº 4.597 de 19 de agosto de 1942, disciplina, em seus arts. 3º e 4º, que:

Art. 3º A prescrição das dívidas, direitos e ações a que se refere o Dec. 20.910, de 06 de junho de 1932, somente pode ser interrompida uma vez, e recomeça a correr, pela metade do prazo, da data do ato que a interrompeu, ou do último do processo para a interromper; consumir-se-á a prescrição no curso da lide sempre que a partir do último ato ou termo da mesma, inclusive da sentença nela proferida, embora passada em julgado, decorrer o prazo de dois anos e meio.

Art. 4º As disposições do artigo anterior aplicam-se desde logo a todas as dívidas, direitos e ações a que se referem, ainda não extintos por qualquer causa, ajuizados ou não, devendo a prescrição ser alegada e decretada em qualquer tempo e instância, inclusive nas execuções de sentença.

Como resta incontroverso, na esteira do disciplinado pelos diplomas legais acima transcritos, é indubitável a possibilidade de que a prescrição administrativa tenha seu curso temporal interrompido. Ademais, desde já há que se ressaltar que, na forma do disciplinado pelo art. 3º, do Decreto-lei nº 4.597 de 19 de agosto de 1942, resta inserido no sistema prescricional administrativo a figura da prescrição intercorrente³⁵², caracterizada como àquela que ocorre no curso de relação de natureza processual litigiosa em andamento, ou até mesmo após o trânsito em julgado de decisão que visou por fim a conflito.

Nesse último caso, ante a força de uma decisão judicial de natureza definitiva, consolida-se muito mais do que o fenômeno prescricional, mas circunstância muito próxima da decadência. Entretanto, de tal dicotomia, há de alertar-se para a

³⁵² É de destacar-se que tal referência legislativa apenas reforça a existência de instituto prescricional situado no âmbito de uma relação jurídica de direito processual civil. Não possibilita, portanto, visualizar-se, por tal regra jurídica, a figura de uma prescrição administrativa estrita, ou seja, marcada por um conteúdo de natureza puramente material, embora submetida aos contornos do Direito Público;

necessidade de uma reflexão mais particularizada em razão de tal evento. Tal reflexão resulta necessária ante a circunstância do não reconhecimento da existência de uma coisa julgada puramente administrativa, nos termos ou conforme o modelo que restou teoricamente consolidado no âmbito do Direito Processual. Portanto, a compreensão do fenômeno sob a ótica de uma possível *decadência*, está diretamente ligada à pressuposição da necessidade de uma decisão judicial, sob a ótica de uma compreensão de natureza puramente doutrinária, nos limites das perquirições procedidas em presença e nos contornos do Direito Administrativo brasileiro, o que, por óbvio, não ocorre na espécie.

O efeito primordial de tal pré-compreensão, no caso de uma decisão administrativa, mormente por tratar-se de uma solução estritamente vinculativa ao âmbito puramente administrativo, é o de que tais decisões poderão restar sempre reexaminadas pelo Poder Judiciário, circunstância essa que permite afirmar-se da impossibilidade do cognominado fenômeno decadencial situado na esfera puramente administrativa. Tal visualização mostra-se necessária, na medida em que as regras que integram o ordenamento administrativo brasileiro podem gerar uma má compreensão da estrutura sistemática conformada pelo direito positivo, em sua totalidade. Como exemplo de tal circunstância podemos referir o regrado pelo art. 54 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, a qual regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diz tal dispositivo que:

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorrem 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.

Da singela leitura de tal dispositivo, verifica-se que a *pretensa* decadência, ao contrário do instituto da decadência conforme o modelo integrado ao ordenamento jurídico nacional, mostra-se submisso a exigências incompatíveis com a sua vocação

de instituto voltado à extinção do direito, nos termos como a decadência, estrito senso, assim o produz. Basta que reste comprovada a existência de má-fé para que seus efeitos já não se produzam. Ademais, tal comprovação poder-se-á dar tanto na esfera administrativa, quanto na esfera judicial, de modo que, em se comprovando tal vício, a inusitada decadência perde seu vigor e seus efeitos. Em realidade, portanto, não se trata de decadência estrito senso, mas sim de uma redesignação do fenômeno prescricional. Tanto é assim que o que resulta obstado está associado a efeitos favoráveis e não à substância do direito em si. Por fim, há de realçar-se que o pretense direito de anular assume feições extensas, podendo ser concebido, tudo por força da descrição normativa estatuída pelo dispositivo nominado, até mesmo a de mera impugnação à validade do ato, o que fragmenta à própria idéia de decadência em-si.

Por outro lado, dado que a lei explicita a natureza e as feições do exercício do direito de anular, descrevendo-o como qualquer medida que importe impugnação à validade do ato, não só por força do sumulado pelo STF, mas primordialmente em razão do princípio constitucional da inafastabilidade do controle judiciário, nos termos do grafado pelo art. 5º, inciso XXXV, da CF, a referida decadência poderá restar reexaminada e afastada, com sua pretensão extintiva resultando totalmente desconsiderada.

Ora, diante de tais circunstâncias, que decadência é esta que, ante comprovação de má-fé, ou, tão-somente por força de reexame do ato por parte do Poder Judiciário, resulta liminarmente desconsiderada? Por óbvio decadência não é. Tanto é assim que, no caso de agressão ao interesse público, ou por violação ao princípio da legalidade, qualquer ato administrativo pode restar, por força de decisão judicial, eliminado do mundo jurídico, circunstância essa que, por si só, demonstra a impropriedade da terminologia apontada. Isso porque o direito à anulação não decorre de uma vontade absoluta, identificada por um conteúdo potestativo, conforme se caracterizam os direitos submetidos ao fenômeno extintivo da decadência, mas sim de fenômeno prescricional, já que não há, por exemplo, possibilidade de reconhecer-se, em nenhuma circunstância, a possibilidade de que o direito do Estado possa a vir suprimido em seu exercício.

Em realidade, tal efeito, muito semelhante ao da decadência, mostra-se diferenciado daquela, na razão em que o lapso prescricional se mantém adstrito a prazo com início a contar da decisão judicial, tomado em conta o momento em que nasce o direito de ação para eventual prejudicado. Portanto, mostra-se incontroverso que, em realidade, os efeitos decorrem de evento oriundo de uma relação jurídica processual e não de direito material estrito, afastando-se, portanto, do modelo institucionalizado e recepcionado tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência, sob o *nomem juris* de decadência.

Tal perspectiva, aliás, embora a partir de argumentação semelhante à acima referida, é destacada por ARNOLD WALD³⁵³, o qual refere que:

4. A leitura dos textos transcritos linhas atrás esclarece, sobejamente, que se trata de prazo prescricional. Não somente os textos legais se referem expressa e explicitamente à 'prescrição', como ainda admitem a possibilidade de interrupção e suspensão de prazos, o que caracteriza a existência de prazo prescricional em oposição à decadência e aos termos extintivos, que não se suspendem, nem se interrompem.

5. A doutrina também reconhece que os prazos de decadência são aqueles em que a parte pode praticar ou deixar de praticar um ato, enquanto, ao contrário, na hipótese de lesão de direito, o prazo é sempre de prescrição.

Concluimos, pois, atendendo tanto à letra da lei e às palavras por ela empregadas, como à sua interpretação sistemática, que o 'prazo para intentar a ação contra a União Federal é de prescrição e não de decadência'.

Mormente, face ao grafado pelo art. 3º, do Decreto-lei nº 4.597, de 19 de agosto de 1942, surgiu dúvida a respeito da correta interpretação de tal dispositivo, na medida em que, por interpretação de natureza linear e restrita, poderia o administrado restar injustificadamente beneficiado, caso a interrupção da prescrição viesse a ocorrer em período anterior à metade do decurso do prazo de cinco anos.

Em razão de tal circunstância, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula nº 383, cujo verbete disciplina que:

³⁵³ ARNOLD WALD. *Prescrição contra as pessoas jurídicas de direito público*, p. 543 a 544;

Súmula 383. A prescrição em favor da Fazenda Pública recomeça a correr, por dois anos e meio, a partir do ato interruptivo, mas não fica reduzida aquém de cinco anos, embora o titular do direito a interrompa durante a primeira metade do prazo.

Tal concepção originou-se de precedentes do STF, os quais, em razão de reiterado entendimento, visualizaram, por outro lado, a possibilidade de benefício ilegítimo à Fazenda Pública, com manifesto prejuízo ao administrado. Nesse sentido, restou decidido nos autos do Recurso Extraordinário nº 45.030, em julgamento de embargos³⁵⁴, em voto de lavra do Min. HENRIQUE D'ÁVILA que:

O acréscimo de dois anos e meio à prescrição quinquenal, constitui uma ampliação, em benefício da parte.

Conseqüentemente, não se me afigura lícito interpretar a franquia de modo a restringir ou encurtar o próprio prazo primitivo de cinco anos.

Depois de promovida a ação, se a parte permitir sua estagnação em Juízo por mais de dois anos e meio, operar-se-á, sem dúvida alguma, a prescrição intercorrente.

Mas, se não a tiver promovido; e inadvertidamente, antes do decurso da metade do quinquênio, haja interrompido a prescrição pelos meios regulares, seria injusto e incivil reconhecê-la antes de decorridos os cinco anos.

Tal tese jurisprudencial nada mais fez que repetir entendimento anterior, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 43.346, tendo o Min. Luiz Gallotti, entre outros argumentos, assentado que:

Há que distinguir. Ao estabelecer que a prescrição, além de só se interromper uma vez, recomeça, quando interrompida, pela metade do prazo, o legislador teve em mente a interrupção pelo protesto, que habitualmente se faz quase ao completar-se o quinquênio, de modo a dever a ação ajuizar-se, no máximo dentre o de sete anos e meio, a contar do ato que lhe deu origem.

Mas não poderia o legislador ter pretendido que quem protestou logo após o ato ficasse, quanto ao prazo prescricional, em situação pior do que quem se conservou inerte e até quase o fim do quinquênio.

³⁵⁴ RE. nº 45.030. São Paulo. Embargos ao Recurso Extraordinário. Relator: Min. Henrique D'Ávila. Julgamento em 03.08.1962. STF. Tribunal Pleno. Publicado em 16.11.1962 no DJU, p. 3441. RTJ 24-1/160;

Faze-lo seria desatender ao próprio fundamento filosófico da prescrição, que constitui uma sanção contra a inércia do credor, a bem da paz social.

A inércia mais prolongada corresponderia melhor tratamento, o que é ilógico.

*A interpretação razoável há de ser esta: o prazo da prescrição é de cinco anos, dentro no qual pode ser iniciada a ação contra a Fazenda Pública. Se o credor protesta na primeira metade do período, não se pode atribuir ao protesto o efeito de encurtar aquele prazo, que prevalecerá, não obstante terminar antes dele o de dois anos e meio, contado da data do protesto. Se este se faz na segunda metade do quinquênio, a prescrição se consumará dois anos e meio após o protesto, pois já não haverá o risco de que a medida acauteladora produza illogicamente o efeito de reduzir o prazo da prescrição.*³⁵⁵

Ora, como restou explicitado, a interrupção da prescrição, em detrimento dos interesses da Administração Pública recebeu tratamento diferenciado do atribuído ao administrado. O modelo construído a partir do grafado pelo Decreto-lei n° 4.597/42, em seu art. 3°, só permite a ocorrência interruptiva do fenômeno prescricional por uma vez, resultando possível seu recomeço pela metade do prazo, tomando em conta, como lapso de referência a tal reinício, a data do ato que a interrompeu. Ademais, na forma dos ditames legais retro-referidos, a prescrição restará consumada no curso da tramitação processual, a partir do último ato ou termo do processo, não excluída a data da sentença prolatada, mesmo que tenha transitado em julgado, desde que decorrido o prazo de dois anos e meio, a contar do evento interruptivo, mas sempre preservando o prazo-base de cinco anos.

Tal circunstância revelou-se questionável, dado que em se tratando de interrupção do prazo prescricional de ações aforadas pelo particular, face à Administração Pública, a doutrina e a jurisprudência firmaram entendimento de que, nesses casos, o prazo interruptivo há de tomar em conta o regramento legal estatuído pelo Código Civil. A questionabilidade de tal entendimento não se dá no que se refere à

³⁵⁵ No mesmo feito, asseverou o Min. Vítor Nunes que: (...) *No tocante à primeira tese discutida nestes autos, estou de acordo com o sr. Ministro Relator e, conseqüentemente, com o acórdão recorrido: o protesto interruptivo da prescrição quinquenal não pode encurtar o prazo originário de cinco anos, porque isto seria contra a índole da medida processual, acautelatória de direitos, e contra a intenção da parte. [...] Não tem, porém, o efeito de aumentar aquele prazo, em qualquer caso, para sete anos e meio. O termo do prazo suplementar de dois anos e meio, resultante da interrupção, deve ser observado, desde que recaia além dos cinco anos originários, ainda que apenas alguns dias depois;*

circunstância da possibilidade restrita a tão-somente uma interrupção, mas sim ante ao fato de que a lei civil não refere que o recomeço do prazo prescricional dever-se-á dar pela metade do prazo inicialmente previsto, conforme se recolhe do disciplinado pelos arts. 202 a 204 do estatuto civil. Desse modo, caracteriza-se pela diversidade de prerrogativas asseguradas à Administração Pública e ao administrado, respectivamente, tratamentos diferenciados, o que, de início, mostra-se injustificável. Surge aqui, portanto, a necessidade gritante de construir-se um modelo de natureza puramente administrativista, abandonando-se, de vez, a doutrina civilista.

De outra banda, ainda no que atine à possibilidade de interrupção do lapso prescricional, em favor da Fazenda Pública, perspectiva interessante resta aventada por JOÃO LEITÃO DE ABREU. Tal doutrinador visualiza, na possibilidade restrita da interrupção dar-se por uma só vez, com devolução do prazo por metade, a construção de um sentido marcado por um conteúdo de sentido preclusivo. Desse modo, para que não se gere uma incoerência sistêmica, a qual tal autor categoriza como inconsistência, identifica a necessidade de que, em havendo interrupção da prescrição administrativa, o demais prazo deverá ser dado de modo a integrar o prazo pleno de cinco anos. LEITÃO DE ABREU destaca a circunstância interruptiva como um problema a ser solvido pela preservação, no seu todo, do prazo de cinco anos. Nesse sentido, diz LEITÃO DE ABREU³⁵⁶ que:

Problema interessante é o que tem suscitado no tocante à prescrição quinquênária, quando interrompida esta antes do transcurso de dois anos e meio. Indaga-se se, em tal hipótese, o prazo novo será, ainda, o mesmo, isto é, de dois anos e meio. A resposta afirmativa acarretaria a incongruência de se ter por encurtado o prazo de cinco anos precisamente para os que mais vigilantes se hajam mostrado na defesa de seu direito ou pretensão, como se daria quanto aos que interrompessem a prescrição logo no primeiro ano. Poderia consumir-se, a respeito destes, a prescrição pouco após o decurso de dois anos e meio a contar do ato ou fato de que tivesse resultado a ofensa ao direito ou pretensão, quando, se não tivessem interrompido a prescrição, esta só se consumiria ao cabo de cinco anos. Para que se não ocorra, pois, nessa inconsistência, mister é que se empreste acolhida ao princípio de que, em tais casos, o prazo prescricional se devolve pelo tempo que faltar para a integração do quinquênio. Poderia parecer 'prima facie', que essa inteligência do texto legal briga com os princípios que informam a prescrição. O certo é porém, que a chamada prescrição quinquênária, tal como se acha desenhada no Decreto nº 20.910, é instituto em que se

³⁵⁶ ABREU, J. L. de. Obra citada, p. 53;

não guardam, na sua pureza, os elementos que são que são característicos da prescrição, tais como a interrupção indefinida e a devolução do prazo por inteiro. A prescrição quinquenária, com só admitir uma interrupção e com o devolver do prazo por metade, está, contudo, a meio caminho entre a figura da prescrição e do prazo preclusivo ou preclusão. Com fundamento nas notas preclusivas do instituto é que se reputa aceitável a solução que ao problema se tem oferecido, quando a interrupção se registre antes do transcurso dos dois anos e meio a contar da ofensa do direito.

É da leitura do determinado pela Lei Federal nº 9.873, de 23 de novembro de 1999, na qual resta estabelecido o prazo prescricional relativo ao exercício de ações punitivas por parte da Administração Pública Federal, direta ou indireta, que resulta possível compreender o móvel teleológico que vem diferenciando o conceito material de prescrição, oriundo do direito privado, do escopo finalístico da prescrição situada nos limites e para os efeitos do Direito Administrativo.

Examinando-se às causas interruptivas da prescrição, em tal estatuto legal referenciado (art. 2º), verifica-se que, em tal senda, não só as formas de interrupção, mas o próprio instituto em si assumiu as feições de um mecanismo de natureza meramente processual. Já, no caso da suspensão da prescrição (art. 3º), a prescrição administrativa assume as feições de um pressuposto de ajuste entre a Administração Pública e o particular, relativizando o interesse público, como também assumindo uma forma de garantia indireta do cumprimento do ajustado.

À evidência, portanto, resta evidenciado que, por força de uma nova ideologia, a prescrição administrativa, a cada momento, distancia-se do fenômeno extintivo marcado por força características extintivas, assumindo a condição de pressuposto passível de afastamento por força da manifestação da vontade das partes. Ou seja, àquilo que deveria, a princípio, estar indelevelmente marcado pelo espírito público, assume, cada vez mais, coloração de feições privadas.

9.3. ÂMBITO ADMINISTRATIVO

Como visto até aqui, em geral, o tratamento legal do fenômeno da interrupção da prescrição, dá-se sempre a partir de sua localização no âmbito de um processo, deslocando tal evento da possibilidade de que possa ser questionada tal interrupção a

partir da idéia de uma prescrição puramente administrativa, no que atine às conformações de natureza estritamente material, ou seja, na esfera limitada dos deveres e das obrigações regulados pelo Direito Administrativo.

Entretanto, nada impede, resultando até razoável, que se vislumbre, também, a partir de reflexões associadas à idéia genérica de interrupção da prescrição, a possibilidade de existência de uma prescrição puramente administrativa, a qual, por seu turno, em princípio, também haveria de reconhecer como possível a sua interrupção, porquanto em sua essência em nada proíbe tal circunstância.

Num sítio propício a tal concepção, SÍDIO ROSA DE MESQUITA JÚNIOR³⁵⁷, procedendo à análise da Lei nº 8.884/94, com redação que lhe foi dada pela Medida Provisória nº 1.708/98, tendo esta última sido convertida, posteriormente, na Lei nº 9.873/99, construiu um entendimento de que é da instauração do processo administrativo que ocorre a interrupção da prescrição. De tal sorte, assevera, em referindo-se ao grafado pelo inciso II, do art. 2º, da Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999, que:

As causas suspensivas e interruptivas da prescrição devem estar expressas em lei. O preceito do inciso II é muito vago, gerando certa insegurança jurídica, mormente porque pode criar em favor da Administração Pública o entendimento de que é admissível a imprescritibilidade. Estando a prescrição sujeita a inúmeras causas interruptivas, ou seja, podendo ser interrompida a “cada ato inequívoco de apuração dos fatos”, poderá o prazo estender-se indefinidamente, por meio de diligências vazias de objetivos, sem escopo prático significativo. Assim, melhor seria a determinação exata de quais são os atos administrativos que interrompem o prazo da prescrição. Por tais razões, entendemos que a instauração do processo administrativo é quem vai gerar a interrupção do prazo, mas para a sua convalidação é necessária a notificação do indiciado ou acusado.

Já no atinente ao inciso I, do art. 2º, da Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999, refere que:

O preceito do art. 2o, inciso I, tem a grande vantagem de esclarecer a dúvida outrora reinante sobre o momento da interrupção. Hoje, a conclusão que se impõe é a de que somente a instauração do processo administrativo é quem interrompe a prescrição. Esse entendimento, outrora manifestado,¹³ está melhor solidificado, em face da

³⁵⁷ MESQUITA JÚNIOR, S. R. de. Obra citada, p. 6;

*previsão legal, pois na averiguação preliminar não existirá nenhuma notificação semelhante à citação.*³⁵⁸

Como visto, portanto, não seria de todo inusitado pretender-se identificar e compreender o fenômeno da interrupção da prescrição, a partir do reconhecimento da existência de uma prescrição estritamente administrativa. Para o exame de tal perspectiva, realçamos que outro espaço de regulação onde se percebe a presença do fenômeno prescricional interrompido, numa esfera puramente administrativa, é encontrado, geralmente, nos estatutos de regime jurídico dos servidores públicos.

Para efeito de análise de tal fenômeno e em tal sede, limitar-nos-emos ao disciplinado pela Lei Federal nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990³⁵⁹. Tal escolha, desde já se alerta, dá-se em razão de tratar-se de texto legal cuja vigência torna incontroversa a existência do fenômeno interruptivo da prescrição administrativa em-si. Tal fenômeno está previsto de forma expressa pela regra mencionada. Portanto, de tal estatuto resulta ser incontestado a possibilidade jurídica da interrupção e da suspensão do prazo prescricional, porquanto decorrente de lei³⁶⁰.

Diz o art. 142, em seus parágrafos 3º e 4º, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que:

Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

(...)

§ 3º. A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até decisão final proferida por autoridade competente.

§ 4º. Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.

³⁵⁸ MESQUITA JÚNIOR, S. R. de. Obra citada, p. 11;

³⁵⁹ A Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais;

³⁶⁰ Não se pretende aqui, dado que avançaríamos além dos limites a que se destina a presente investigação, tratar da divergência terminológica na denominação dos tipos de procedimentos disciplinares conformados em cada estatuto, e da linguagem adotada por cada legislação. Nesse sentido, Odete Medauar, em tratando da interrupção da prescrição alerta para que: *Ressalte-se, em primeiro lugar, a diversidade terminológica, no tocante à denominação dos tipos de procedimento disciplinar, existentes na legislação específica.* In: Obra citada, p. 86. O que não implica, contudo, por tal circunstância, a possibilidade de negarmos a existência da interrupção;

Ora, da singela leitura da lei, verifica-se não só a existência de uma prescrição de contornos puramente administrativos, como também da possibilidade de sua interrupção. Diz-se de uma prescrição de feições puramente administrativas no sentido de que, ao reverso de outras circunstâncias, não há referência alguma, ou vinculação necessária, ao fenômeno prescricional encontrado no bojo de uma ação judicial. Contudo, como visto acima, há como pressuposto necessário a presença indispensável de um procedimento em curso, cujo final a lei não refere, conduzindo, de início, o intérprete à aceitação de uma possível imprescritibilidade, o que, à evidência, colide, de forma inaceitável, como princípio geral da prescritibilidade.

Ademais, é de anotar-se que, por força de tal regra, a Administração Pública, ao contrário do grafado pelo Decreto-lei nº 4.597 de 19 de agosto de 1942, em seus arts. 3º e 4º, não estabelece redução alguma ao prazo por força de reinício do prazo prescricional, como também nada é dito a respeito de que tal interrupção possa ser efetivada, tão-somente, por uma vez. Tais circunstâncias, ao início, podem parecer configurar, tão-somente, singela peculiaridade. Contudo, em meditando-se a seu respeito, resulta possível identificar-lhes como características próprias de um fenômeno que se esforça por assumir feições de uma identidade própria. Há aqui, de forma subliminar, um início de ruptura em relação ao modelo consagrado.

Diante de tais assertivas, não há como recusar que resulta demonstrado, mais uma vez, a existência de uma prescrição administrativa marcada por contornos totalmente autônomos em relação à legislação privada. De tal sorte, não mais se justifica, a título de condição necessária, a sua adoção como modelo de elucidação de circunstâncias controversas, surgidas no âmbito do Direito Administrativo. Ao que tudo indica, passa a despontar um equívoco a ser eliminado.

Tal perspectiva, portanto, deve restar acolhida. No mínimo porque se percebe que a forma como que o fenômeno prescricional é tratado, nos diversos sítios em que se configuram relações jurídicas em que atua a Administração Pública, configuram-se sentidos e tratamentos marcados por uma ausência de identidade. Ora, em presença de um ordenamento jurídico informado por preceitos gestados no seio de Estado

Democrático de Direito, resulta inaceitável, senão profundamente injusto que ainda se insista num pensamento marcado por uma uniformidade totalizadora. A diversidade retratada por uma prescrição administrativa não retrata a subversão do sistema, mas sim a quebra de um pensamento acomodado e sem compromisso com os paradigmas do Direito Público. Entretanto, há de reconhecer-se a necessidade de uma sistematização de todas essas variáveis, a partir de razões que possam ser confrontadas, na mesma senda de pretensões de validade estatuídas com atenção aos paradigmas do Estado Democrático de Direito.

9.4. SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO

Face a face com a idéia de suspensão da prescrição, de imediato, percebe-se que a vocação associada a uma condição de causa interruptiva é o seu caráter marcante. Não se pode, contudo, confundirem-se tais causas modificativas do fenômeno prescricional. Nada impede, entretanto, ao vislumbrarmos na suspensão, como seu ponto de referência marcante, o reconhecimento de sua característica estrutural de meio de interrupção. Contudo, não há porque confundi-la com o fenômeno da interrupção em si. Ontologicamente a suspensão interrompe. Contudo, faticamente, a suspensão não interrompe, mas sim suspende. Tal dicotomia apontada pode parecer de uma obviedade intransponível. Contudo, tal obviedade só se mostra redundante a partir de uma ótica de natureza descritiva. Basta que se visualize a suspensão da prescrição com olhos marcados por uma intuição de natureza racional, de imediato emergem questões indagando a respeito de um inquestionável relativismo subjacente a tal normatização.

A caracterização da suspensão da prescrição administrativa há de ser visualizada, portanto, a partir da estrutura formal das questões que ela permite elucidar, só se esclarecendo, portanto, a partir de sua função prática, de seu propósito e de seus motivos. Portanto, embora fundamentalmente não possamos desconhecer que a suspensão da prescrição, na sua existência transcendente, *interrompe* o lapso temporal delimitado pela lei, mostra-se necessário, nos estritos termos de uma *ratio cognoscendi*

do próprio fenômeno suspensivo, que sendo o transcurso do tempo a feição primordial do fenômeno prescritivo, a suspensão passa também a apresentar-se como uma causa modificativa da prescrição em si. Este, portanto, há de ser a sua primeira referência à elucidação de seu sentido específico.

A suspensão, a exemplo da interrupção, há também, de modo inafastável, de decorrer da lei. A lei deve, não só estatuir a sua possibilidade jurídica, como também disciplinar a sua forma e o seu modo. Neste sentido, disciplina o Decreto nº 20.910/32, em seu art. 4º, que: (...) *a entrada do requerimento a suspende até a decisão final; não importa se a dívida é líquida ou não*. Para efeito da compreensão mais adequada do modo de interpretar tal evento, são significativas as manifestações grafadas nos recursos extraordinários nº 69.571, e nº 101.212³⁶¹. Explicitando a adequada interpretação do dispositivo legal retrocitado, o eminente Ministro Carlos Madeira, referiu, na situação fática descrita no aresto mencionado, que:

Vê-se, assim, que seis anos depois da autora haver se dirigido ao Governador, foi respondido que não constava existir qualquer ação de indenização. Vale dizer, o Estado só pagaria quem o acionasse judicialmente. E deixou fluir o prazo prescricional para responder à reclamação da autora. Claro que, nos termos do art. 4º do D. 20.910/32, não ocorreu a prescrição durante a demora, no reconhecimento ou no pagamento da dívida. Sendo clara a responsabilidade do Estado, tanto que reconhecida de público pelo Governador, não se há de argüir que a dívida não era líquida.

Tendo sido a ação proposta em 30 de novembro de 1977, um mês depois do recebimento da carta pela recorrida, o prazo quinquenal da prescrição só começara a fluir a partir da resposta do Secretário de Governo do Estado.

³⁶¹ RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO. A Ação de reparação do dano causado por obra pública prescreve em cinco anos (Art. 178, § 10, nº.VI do Código Civil). Entretanto, se a reparação foi reclamada à autoridade administrativa e só seis anos depois foi indeferida, o prazo prescricional começa fluir a partir dessa data, a teor do disposto no artigo 4º do Decreto 20910, de 1932. Recurso conhecido e improvido. RE 101212 / RJ – Rio de Janeiro. Recurso Extraordinário. Relator: Min. CARLOS MADEIRA. Julgamento: 01/04/1986. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJU de 09-05-86, pág. 07628. Ementário, volume nº 01418-02, pág. 00323. Site do STF; No mesmo sentido: Ato Administrativo. Ação para anulá-lo. Prescrição. Reclamação Administrativa. Efeitos. II. A reclamação administrativa cabe para todos os direitos a que se refere o Art. 1 do Decreto n. 20910/1932. Seu tempestivo ingresso faz suspender o fluxo do prazo prescricional. III. Exegese dos Arts. 1, 4 e parágrafo 6, do Decreto n. 20910/1932. Precedentes. Recurso conhecido e provido. RE 69571 / SP – São Paulo. Recurso Extraordinário. Relator: Min. Thompson Flores. Julgamento: 23/10/1970. Órgão Julgador: Segunda Turma. RTJ, vol 55, pág. 725;

Analisando-se às razões transcritas, verifica-se, por primeiro em um nível meramente factual, que o requerimento, na decisão cognominado como reclamação, é fator de suspensão do curso prescricional, até a manifestação da Administração Pública a respeito daquilo que foi requerido. Por segundo, não há necessidade alguma que se tenha aforado ação judicial para o efeito de postular direito face à Administração Pública, desde que presente a responsabilidade do Estado. Ante tal perspectiva, resultam manifestas três conclusões. A primeira, no sentido de que há um curso prescricional situado, exclusivamente, na órbita administrativa. Segundo, que tal curso pode restar suspenso no mesmo âmbito, qual seja, na esfera puramente administrativa. Terceiro, se há um curso de prescrição em andamento, já que só se suspende àquilo que existe e que está a transcorrer, resulta viável visualizarmos a existência de uma prescrição administrativa de feições materiais e concretas e a possibilidade jurídica da suspensão do seu curso, sem que para isso tenha que ser instaurada sede procedimentalizada.

Como se vê, não há obstáculo algum para que se reconheça, não só o fenômeno da prescrição administrativa, em sua existência autônoma, como também a possibilidade da suspensão de seu curso, também, no mesmo espaço puramente administrativo. Entretanto, nem sempre foi assim. JOÃO LEITÃO DE ABREU³⁶² realça que:

Debates acesos sempre se feriram a respeito dos meios de se interromper a prescrição. Concentrou-se a polêmica, invariavelmente, em torno do efeito da reclamação administrativa, a fim de se apurar se era interruptiva ou se apenas suspensiva do prazo prescricional. Sob o regime do Decreto nº 857 prevaleceu à opinião que dava à reclamatória eficácia interruptiva.

(...)

*Diante da fórmula ambígua que aí se utiliza para determinar-se a eficácia da reclamatória administrativa e da assertiva corrente em doutrina, de que a suspensão **ex tunc** corresponde à interrupção, é de convir-se em que havia lugar para a exegese segundo a qual a reclamação administrativa constituía meio de interromper a prescrição. Com o advento do Código Civil reacendeu-se, porém, a querela em torno do problema. A prescrição, ainda a tocante à matéria administrativa, fez-se, por obra da codificação, tema de direito civil. As formas estatuídas, pois, no direito civil, como capazes de operar a interrupção da prescrição, deviam, pois, em boa hermenêutica, ter-se como as sós idôneas para operar esse efeito. Cumpria se repelisse a*

³⁶² ABREU, J. L. de. Obra citada, p. 53 a-54;

reclamação administrativa como meio de interromper a prescrição, por isso que não contemplado esse procedimento, peculiar no âmbito da administração, entre as causas que o Código dá como instrumento de interrupção do prazo prescricional.

(...)

Com a promulgação, porém, do Decreto nº 20.910 ganhou terreno, conquanto em meio a vacilações, o princípio de que a reclamação administrativa apenas suspende o curso prescricional. A tornar esse princípio irrecusável concorrem, de maneira categórica, os termos inequívocos dos arts. 4º e 5º desse ato legislativo.

O só efeito da reclamação administrativa, quanto à prescrição das dívidas passivas do Estado e de qualquer direito ou ação pessoal contra ele é, pois, o de suspender o curso da prescrição, ficando-lhe a interrupção na dependência da utilização pelo credor ou titular da pretensão, direito ou ação de um dos meios que, pela lei civil, operam esse efeito. Importa, ainda, se observe que a suspensão da prescrição, por via da reclamatória administrativa, somente ocorrerá quando esta se apresente ou produza dentro do prazo estatuído para a sua formalização. A reclamatória que se deduzir, pois, fora do prazo, ainda que não prescrita a pretensão ou ação, não obstará, destarte, o curso do prazo da prescrição de direito material.

Da análise da manifestação de JOÃO LEITÃO DE ABREU retira-se, além da certeza da possibilidade da suspensão da prescrição administrativa, em meio e sob a tramitação de um procedimento de natureza administrativa, a origem de um pensamento dependente aos ditames do Direito Civil, que, lamentavelmente, até os dias de hoje, ainda insiste na pretensão de traçar diretrizes para o Direito Administrativo.

Como realçado por tal doutrinador, o Código Civil e a sua interpretação, numa perspectiva marcada pelo pensamento da época, arvorou-se em paradigma para a interpretação da prescrição administrativa. Tal postura, além de inadequada, retratava injustificável amnésia com relação à legislação anterior que bem disciplinava tal instituto do Direito Administrativo. A exemplo é de destacar-se o Decreto nº 857, de 12 de novembro de 1851, o qual, ao explicar o art. 20 da Lei de 30 de Novembro de 1841, assumia a condição de regramento geral da prescrição administrativa. Portanto, da análise, não só do estatuto civil referenciado, como também da legislação especial que ao depois passou a reger a prescrição administrativa, verifica-se a ocorrência de evidente retrocesso, o que, a nosso sentir deu-se em razão do excessivo conservadorismo dos juristas da época, no sentido de manterem-se amarrados aos paradigmas do Direito Civil, como uma reminiscência da visão romana de Direito.

Contudo, o fenômeno da suspensão da prescrição, nos limites da legislação que o disciplina, recebeu outras contribuições de vocação regulatória. Entre essas pode-se destacar a grafada pela Lei Federal nº 9.873, de 23 de novembro de 1999, a qual estatuiu acréscimo pontual de conteúdo significativo, nos termos de seu artigo 3º³⁶³. Nesse sentido, SÍDIO ROSA DE MESQUITA JÚNIOR³⁶⁴ destaca que: *A prescrição não pode correr enquanto o órgão competente estiver impossibilitado de atuar*. Pôr essa razão, a lei prevê causas impeditivas (suspensivas) da prescrição, a saber, por exemplo, o compromisso de cessação e compromisso de desempenho.

É no Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932, em seu art. 4º, que o instituto da suspensão recebe regramento havido por geral, embora tal estatuto só se refira às dívidas passivas e a qualquer direito ou ação contra a Fazenda Pública, remanescendo, portanto, outros conflitos delimitados em contornos de relações jurídicas diversas das acima explicitadas.

De tal sorte, o que ao início da regulação do fenômeno suspensivo do prazo prescricional, na esfera restrita do Direito Administrativo, mostrava-se controverso, assumiu, hodiernamente, não só a condição de fenômeno corriqueiro, como também prestou-se a informar tal evento através de regulações específicas, ao que, em tudo associado à interpretação jurisprudencial, tornou-se fenômeno de feições pacíficas, afastando-se as antigas incompreensões que viscejavam ao seu redor.

363 Art. 3º Suspende-se a prescrição durante a vigência: I - dos compromissos de cessação ou de desempenho, respectivamente, previstos nos arts. 53 e 58 da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994; II - do termo de compromisso de que trata o § 5º do art. 11 da Lei no 6.385, de 7 de dezembro de 1976, com a redação dada pela;

³⁶⁴ No sentido de que: *Durante o cumprimento das condições do compromisso de cessação, ou de desempenho, não há como o Estado impulsionar o processo para apuração da infração. O processo, necessariamente ficará suspenso. Assim, estando o Estado impedido de agir, nada mais justo que suspender o lapso prescricional. Mas, uma vez descumpridas as condições e restabelecido o processo, o prazo volta a correr a partir da data do restabelecimento do processo, o que deve ocorrer antes de expirar o prazo fixado, considerando-se o prazo que fluiu antes do compromisso*. MESQUITA JÚNIOR, S. R de. Obra citada, p. 8;

9.5. REDUÇÃO DO PRAZO

Mas nos meandros da análise do fenômeno suspensivo, surge um evento que exige atenção. Trata-se do fenômeno da redução de prazo. Tal atenção se mostra necessária na medida em que, numa análise apressada, pode sugerir tratar-se de uma forma de prescrição intercorrente. Contudo, o primeiro óbice à sua adequada compreensão diz respeito ao fato de que a interrupção no curso prescricional não se daria como fato ocorrente na formação de conteúdo da causa modificativa em si, mas sim de fator caracterizado por uma autonomia diversa da suspensão, quanto da interrupção.

Importa destacar que a redução aqui referida não é a destacada pelo art. 9º, do Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932, como também a referida pelo art. 3º do Decreto-lei nº 4.597, de 19 de agosto de 1942, na medida em que a redução dos prazos prescricionais, na forma dos estatutos retro-referidos deve dar-se a partir de um evento prévio e necessário de interrupção do prazo prescricional e não da redução decorrente de regra que não vincula tal redução a evento modificativo anterior, em nível de suspensão ou de interrupção.

Desse modo, no caso em tela, o que aqui se refere diz respeito a circunstâncias tais como as referidas pela Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, a qual dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários, a qual foi alterada pela Lei nº 9.457, de 05 de maio de 1997, onde o prazo da prescrição, por determinação expressa de lei, foi reduzido, passando a ser de quatro anos³⁶⁵. O que

³⁶⁵ Art. 3º Fica incluído na Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, o seguinte art. 33, renumerando-se os demais: Art. 33. Prescrevem em oito anos as infrações das normas legais cujo cumprimento incumba à Comissão de Valores Mobiliários fiscalizar, ocorridas no mercado de valores mobiliários, no âmbito de sua competência, contado esse prazo da prática do ilícito ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado; § 1º Aplica-se a prescrição a todo inquérito paralisado por mais de quatro anos, pendente de despacho ou julgamento, devendo ser arquivado de ofício ou a requerimento da parte interessada, sem prejuízo de serem apuradas as responsabilidades pela paralisação, se for o caso; § 2º A prescrição interrompe-se: I - pela notificação do indiciado; II - por qualquer ato inequívoco que importe apuração da irregularidade; III - pela decisão condenatória recorrível, de qualquer órgão julgador da Comissão de Valores Mobiliários; IV - pela assinatura do termo de compromisso, como previsto no § 5º do art. 11 desta Lei. § 3º Não correrá a prescrição quando o indiciado ou acusado encontrar-se em lugar incerto ou não sabido. § 4º Na hipótese do parágrafo anterior, o processo correrá contra os demais acusados, desmembrando-se o mesmo em

resultou criado pela regra legal mencionada. Portanto diz respeito a uma causa legal de redução de prazo prescricional. Importa destacar, contudo, que tal regra pressupõe, sempre, a existência de um procedimento administrativo, mas que, tão-somente por isto, não pode ser confundida com a prescrição intercorrente.

Por outro lado, a idéia de redução de prazo, em realidade, nos termos do regramento legal referenciado, gerou uma circunstância, a primeira vista, muito semelhante à da prescrição intercorrente. Tal perspectiva, *ad argumentandum tantum*, portanto, sob a forma de uma interpretação sistemática, poderia dar azo ao não reconhecimento da possibilidade, por força de tal categorização, do acolhimento da possibilidade de suspensão do curso prescricional, em razão da ocorrência de algum dos eventos com força de interrupção da prescrição.

Contudo, resulta manifesto que a possibilidade de redução não se dá, aos olhos do legislador, como um evento atrelado a qualquer causa legal de natureza interruptiva, lato senso, a título de pressuposto, mas sim, primordialmente, como sanção à imobilidade do administrador. Ou seja, ante a mera circunstância da paralisação de inquérito administrativo em razão de pendência de despacho ou de julgamento, por mais de quatro anos, a lei determina o seu imediato arquivamento.

De outra banda, resulta importante que mais uma vez se demonstre da impossibilidade de confundir-se tal redução de prazo prescricional aos limites do conceito de prescrição intercorrente. Tal perspectiva resulta facilitada a partir do reconhecimento de que o regramento legal apontado estatuiu causa de suspensão permanente da prescrição, bastando para tanto que o indiciado ou acusado esteja em lugar incerto e não sabido (art. 33, § 3º, da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976). Ou seja, no caso de inação da Administração Pública, o prazo prescricional, independentemente de qualquer causa, que não a inação referida, é reduzido. No caso de encontrar-se o indiciado ou acusado em lugar incerto e não sabido, o prazo é suspenso *sine die*, o que, a rigor, configura medida em afronta ao ordenamento jurídico nacional, como sistema.

relação ao acusado revel. Art. 4º Para os inquéritos administrativos pendentes ou fatos já ocorridos, os prazos de prescrição previstos no art. 33 da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, começarão a fluir a partir da data de vigência desta Lei;

Entretanto, até que tal regramento legal receba o devido controle abstrato de sua constitucionalidade, há de observar-se a sua vigência, e, por conseqüência, além das causas comuns modificativas da prescrição administrativa, há de ter-se em conta a existência de causa de redução, e de causa de prorrogação associadas a um limite marcadamente empírico, qual seja o do comparecimento do indiciado, ou do acusado à sede procedimental à qual ele há de submeter-se. Tal perspectiva, por conseqüência, apesar de *sui generis*, recolhe a sua validade jurídica por força da regra legal que a estatuiu, a qual, por seu turno, recolhe a sua validez dos pressupostos empíricos que ela normatizou, embora caracterize uma orientação que destoa do demais acervo normativo. Em realidade, tais circunstâncias refletem a total ausência de uma sistematização, em nível genérico, do instituto da prescrição administrativa, gerando-se excrescências como o acima referenciado.

9.6. RENÚNCIA DA PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA

Em todos os âmbitos de uma reflexão sediada nos limites da compreensão do fenômeno jurídico, a partir do Direito Administrativo, dificilmente consegue-se subtrair qualquer análise ou avaliação sem que se tenha em conta o princípio do interesse público. Desse modo, tanto o relevo quanto a renúncia à prescrição, tomando-se em conta, por exemplo, a possibilidade de relevar à prescrição para evitar eventual decisão condenatória, configura-se como atividade a ser sopesada a partir do princípio acima referido, mormente em razão de seu conteúdo marcadamente de natureza negativa.

A possibilidade de renúncia está diretamente associada à esfera de regulação do direito privado, de modo que, só por tal circunstância, em se ratando de Direito Administrativo, os cuidados devem ser redobrados. Isto resulta a exigir maior cuidado ainda na medida em que, como destacado por PONTES DE MIRANDA: (...) *Para renunciar à exceção de prescrição, é preciso que o titular desse direito tenha 'poder de dispor'*.³⁶⁶. Desse modo, caso não haja decisão judicial que tenha expressamente declarado a prescrição, impedindo a Administração Pública de continuar a buscar a

³⁶⁶ MIRANDA, F. C. P. de. Obra citada, p. 269;

pretensão atingida pelo fenômeno extintivo, em tratando-se de patrimônio público, só mediante autorização legislativa poder-se-á cogitar de renúncia, salvo a hipótese da promulgação de lei que venha a autorizar tal ato.

Em razão de tal compreensão, a possibilidade de renúncia à prescrição administrativa, por parte da Administração Pública, resulta resguardada em razão do interesse público, cuja existência se presume, enquanto que, no âmbito do regramento legal privado, em específico, por exemplo, no caso do art. 194 do Código Civil, resulta vedado ao juiz suprir a alegação de prescrição, à exceção no caso de proteção ao absolutamente incapaz. Deste modo, resta caracterizado, mais ainda, que, em se tratando de bens que integram ao patrimônio público, a prescrição não poderá ser renunciada, mesmo até que já se tenha consumado e não esteja a prejudicar interesse de terceiro. Tal perspectiva decorre da circunstância associada à indisponibilidade do patrimônio público, não se caracterizando, em presença de tais circunstâncias, a figura da renúncia tácita. Isto por que: *A renúncia à prescrição é ato de disposição; depende de poderes especiais e expressos.*³⁶⁷

Ante tal peculiaridade, o que se mostra fundamental à compreensão da impossibilidade de renúncia à prescrição administrativa, dá-se em razão da natureza indisponível inerente a todos os bens e interesses marcados pelo interesse público, em relação aos quais o administrador não se posta como titular do poder de dispor. Tanto é assim que MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO assevera que:

*Apesar das críticas a esse critério distintivo, que realmente não é absoluto, algumas verdades permanecem: em primeiro lugar, as normas de direito público, embora protejam reflexamente o interesse individual, têm o objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem-estar coletivo. Além disso, pode-se dizer que o direito público somente começou a se desenvolver quando, depois de superados o primado do Direito Civil, (que durou muitos séculos) e o individualismo que tomou conta dos vários setores da ciência, inclusive a do Direito, substituiu-se a idéia do homem como fim único do direito (própria do individualismo) pelo princípio que hoje serve de fundamento para todo o direito público e que vincula a Administração em todas as suas decisões: o de que os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais.*³⁶⁸

³⁶⁷ MIRANDA, F. C. P. de. Idem, p. 270;

³⁶⁸ DI PIETRO, M. S. Z. Obra citada, p. 69;

De tudo o que restou realçado, percebe-se então que os paradigmas oriundos do direito Civil não mais viscejam na esfera do Direito Público, em especial no que se refere ao Direito Administrativo. Nessa senda esclarece EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR que: *(...) no campo do Direito Público, os interesses curados pelo administrador, por pertencerem à sociedade, encontram-se afetados por uma finalidade legalmente prevista, não possuindo aquela capacidade, aqui denominada de competência, para livremente praticar atos de disposição, os quais somente emergirão válidos quando autorizados por lei específica.*³⁶⁹

São, isto sim, o bem comum e os relevantes interesses da comunidade os qualificativos essenciais à conformação da idéia de indisponibilidade dos bens e interesses públicos e, por conseqüência, da impossibilidade de renúncia à prescrição administrativa, a qual só poderá restar acolhida na medida em que tal decisão esteja qualificada normativamente. Ademais, ainda na visão de EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR, importa destacar que: *No campo do Direito Público, o vocábulo 'capacidade' transmuda-se em 'competência', elementar do ato administrativo integralmente vinculada. Assim, cabe à lei dispor qual o agente que possui o poder-dever de praticar determinado ato e a forma de praticá-lo.*³⁷⁰ Importa destacar, contudo, que:

*O Poder Público pode renunciar a direito próprio, mas esse ato de liberalidade não pode ser praticado discricionariamente, dependendo de lei que o autorize. A renúncia tem caráter abdutivo e em se tratando de ato de renúncia por parte da Administração depende sempre de lei autorizadora, porque importa no despojamento de bens ou direitos que extravasam dos poderes comuns do administrador público.*³⁷¹

Embora tal diretriz resulte inquestionável no seio da doutrina, como também merece reconhecimento uníssono da jurisprudência, significativo foi o reconhecimento de tal diretriz, no âmbito do direito positivo pátrio, na forma do grafado pelo art. 112 da Lei Federal nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, na qual restou grafado que: *A prescrição é de ordem pública, não podendo ser relevada pela Administração.* Ou seja,

³⁶⁹ NOBRE JÚNIOR, E. P. Obra citada, p. 55;

³⁷⁰ NOBRE JÚNIOR, E. P. Idem, p. 59;

³⁷¹ NOBRE JÚNIOR, E. P. Idem, p. 60;

a natureza pública do instituto, quando inserida na esfera das relações regradas pelo Direito Público, assume a condição de bem e de valor a ser tutelado de forma incondicional pela Administração Pública, o que resulta possível concluir no sentido de que, salvo o caso de autorização legislativa, a prescrição administrativa é irrenunciável.

9.7. TERMO INICIAL DA CAUSA EXTINTIVA

Sendo o fenômeno prescricional evento extintivo de repercussões graves e severas, o início do prazo prescricional há de ser marcado de modo incontroverso. PONTES DE MIRANDA realça que: *O prazo da prescrição começa de correr desde que nasce a pretensão.*³⁷² . Mas destaca, ainda que:

*(...) As pretensões que se adquirem mediante exercício de direito de impugnação, denúncia ou reclamação, começam de prescrever desde o momento em que a impugnação, denúncia ou reclamação é admissível, sem se indagar de quando o que poderia impugnar, ou reclamar, conhecia, ou não, o direito de fazê-lo. Dá-se o mesmo em caso de anulabilidade. Todavia, se a pretensão teria nascido no intervalo, atende-se a esse momento.*³⁷³

Ou seja, por tratar-se de fenômeno associado diretamente ao transcurso do tempo, configura-se a partir dos eventos que venham a suceder no seu curso. Ademais, ainda é PONTES DE MIRANDA quem preleciona que:

*(...) Há outras espécies em que o exercício, e não o nascimento da pretensão, depende da vontade do credor. Rege o 'princípio da exercibilidade da pretensão': se depende, não o nascimento da pretensão, mas só o exercício (pretensão que só se pode exercer depois, ou após algum fato ou ato), é da exercibilidade que se conta o prazo. Como, de regra, exercibilidade e pretensão nascem juntas, nada obsta a que se enuncie o princípio da coincidência do começo do prazo com o nascimento da pretensão. Se ao credor é que cabe fazer nascer a pretensão, desde o momento em que o pode se inicia o prazo prescricional: 'Toties praescribitur actioni nondum natae, quoties nativitas eius est in potestate creditoris'*³⁷⁴.

³⁷² MIRANDA, F. C. P. de. Obra citada. p. 148;

³⁷³ MIRANDA, F. C. P. de. Idem, p. 149;

³⁷⁴ MIRANDA, F. C. P. de. Obra citada, p. 150;

Aqui se percebe então a possibilidade de uma compreensão diversa a respeito do nascimento do fenômeno prescricional conforme é comumente percebido. Na esfera de um pensamento voltado à generalização e caracterizado pela feição de acriticidade, o princípio da *actio nata* assumiu as feições de regra inquestionável para a fixação de tal termo. Contudo, não se pode olvidar que o princípio retromencionado guarda uma subserviência desnecessária aos ditames do direito processual. Conforme tal compreensão, só a partir do momento em que determinado titular de direito possa fazer uso da via processual para garantia de seu interesse juridicamente relevante é que teria início o prazo prescricional.

Nunca é demais realçar que, PONTES DE MIRANDA, com visão percuciente, aponta para um caminho diverso. No sentir do insigne jurista, o que delimita o início do prazo prescricional é o nascimento da pretensão, início esse consolidado pelo princípio da exercitabilidade de tal pretensão. Ou seja, o início do prazo prescricional passa a vincular-se com a sua origem de instituto jurídico de natureza material, o que, no caso da prescrição administrativa, assume relevância significativa.

Por conseqüência, nessa senda, por analogia ao raciocínio formulado por PONTES DE MIRANDA, já que o festejado mestre cunhou sua interpretação nos limites da regulação privada, torna-se significativamente oportuno que se tenha como diretriz o reconhecimento fático de que a prescrição administrativa passa a gerar seus efeitos extintivos não a partir do momento em que o eventual prejudicado, ou interessado, possa ingressar em juízo para proteger o seu direito de lesão ou de ameaça de lesão, mas sim a partir do momento em que nasce a pretensão, tanto a do administrado, quanto à da Administração Pública.

Ante a um ato ou fato juridicamente relevante, independentemente de sua plena conformação, com força suficiente à geração da pretensão do titular de um determinado direito a ser exercitado processualmente, nasce, a partir daí, a fluência do prazo prescricional. É lógico, contudo, que tal concepção não invalida a percepção comum do início do prazo prescricional a partir do momento em que o direito de ação passa a ser possível de ser invocado. Entretanto, na visão de PONTES DE MIRANDA, o fundamental é o surgimento do direito material lastreado, tão-somente, por uma

pretensão a seu exercício, independentemente da necessidade de que tal exercício esteja, de alguma forma, sendo obstado, ou a exigir proteção pela via da tutela jurisdicional.

O que se afigura relevante é a possibilidade de que a idéia de pretensão possa assumir a coloração de um instituto autônomo. Tal independência pode restar materializada na percepção de que a pretensão não só nasce a partir da insatisfação de um determinado direito subjetivo, mas também junto a formação da própria relação jurídica. Nesse sentido, preleciona ANDRÉ FONTES que:

A determinação do momento em que nasce a pretensão ensejou a elaboração de duas teorias que se tornaram partes fundamentais para a compreensão do instituto. Seja pela aplicação de uma, seja pela da outra, os contrastes desses elementos verdadeiramente conceituais definiriam decisivamente o próprio instituto da pretensão, além de consagrar a sua função diferenciada do direito subjetivo. Podem ser reunidas como sendo 'uma' a teoria que sustenta o nascimento coetâneo ao da insatisfação do direito subjetivo e 'outra' a de que a pretensão é contemporânea à própria relação jurídica.³⁷⁵

Mas não é só o princípio da pretensão que se mostra diverso da compreensão generalizadora vulgarizada pelo princípio da *actio nata*. RENATO SOBROSA CORDEIRO, por seu turno, constrói sua percepção a partir do paradigma conformado pelo princípio da igualdade, justificando sua concepção apoiando-se na lição do *Mestre português*³⁷⁶. Para tanto, nas pegadas do constitucionalista lusitano, assume a categorização de tal princípio como sendo uma das diretrizes estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais, a partir de paradigmas que tenham como pilares: a exigência de igualdade na aplicação e na criação do direito; da construção de uma igualdade que se mostre justa, assumindo, por conseqüência, a condição de valor a ser observado, de modo que qualquer violação arbitrária do princípio da igualdade jurídica, caracteriza e confroma uma regulação jurídica sem fundamento sério, não produzindo nenhum sentido de legitimidade, na medida em que tolera a presença de diferenciações

³⁷⁵ FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*, p. 18;

³⁷⁶ Tal referência diz com a pessoa de José Joaquim Gomes Canotilho;

desprovidas de razoabilidade. De tal sorte, RENATO SOBROSA CORDEIRO³⁷⁷ destaca que:

Ninguém desconhece que o princípio da igualdade é um dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais, que se desdobra, segundo Canotilho, em 'igualdade na aplicação do direito' e 'igualdade na criação do direito'.

(...)

A criação de direito igual significa que 'para todos os indivíduos que tem as mesmas características devem prever-se, através de lei, iguais situações ou resultados jurídicos.

(...)

A igualdade justa, assim, segundo Canotilho, assume caráter valorativo, ou seja, 'existe observância da igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (proibição de arbítrio) tratadas como desiguais. Por outras palavras: o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge arbitrária (...) Existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica (i) não se basear em fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem ser razoável'.

Tal perspectiva, no que se refere ao núcleo de legitimação de tal raciocínio, refere, a partir da esfera da experiência prática, por consequência, a construção concreta da idéia de igualdade perante à lei, em razão da substancial e até mesmo ingênua crença de que a ordem é decorrência natural da lei.

Por isso que, a partir do momento em que se passa a questionar a respeito de qual seria o momento em que teria início o prazo prescricional, surge, antes que se responda à indagação de fundo, a pressuposição de que o início de tal prazo deverá, antes de qualquer circunstância, ser igual tanto para o administrado, quanto para a Administração Pública. A ordem construída a partir da lei deverá vincar as relações a partir de um sentido prévio de igualdade.

À evidência, tal percepção resulta problemática, porquanto sabe-se que a idéia dogmatizada de interesse público tem-se mostrado como o principal embaraço a tal concepção de natureza igualitária. Não porque à Administração Pública resulte inaceitável a possibilidade de assimilar uma igualdade juridicamente delimitada pela lei, mas fundamentalmente pela circunstância de que a questão do prazo está, entre outros

³⁷⁷ CORDEIRO, R. S. Obra citada, p. 115 a 116;

aspectos, diretamente associada à possibilidade de anular atos administrativos marcados por algum vício que lhes corrompa a indispensável higidez.

Entretanto, a contar de tal perspectiva, emerge a possibilidade do surgimento de um *problema*. A partir do momento em que se passa admitir prazos iguais, tanto para a Administração Pública, quanto para seu eventual antagonista, para o efeito de início da contagem inicial do evento prescricional, sob um certo sentido, numa ótica estritamente legalista, a Administração Pública estaria, de modo '*inconsciente*', em tolerando tal igualdade, acolhendo, de forma mediata, a orientação de que, pelo simples decurso do tempo, atos nulos possam resultar intocáveis. Isto porque não resultaria irracional admitir-se que a força principiológica da diretriz de isonomia pudesse estender seus efeitos além da mera similitude de oportunidades.

Contudo, a doutrina não se mostra uníssona na construção de paradigmas que digam respeito ao acolhimento de tal concepção isonômica de forma generalizadora, apoiando-se, para tanto, com destacada relevância, em referenciais situados fora dos estritos limites conformados pela lei. Desconsiderando referenciais metanormativos, como os informados, entre outros, pelo princípio da igualdade e do exercício da pretensão, numa visão marcada por um fatalismo estrito, SÍDIO ROSA DE MESQUITA JÚNIOR³⁷⁸ manifesta que:

O que marcará o termo inicial da prescrição é a data do fato, ou seja, quando o mesmo se concretiza. Há que se verificar, no entanto, que existem infrações permanentes e infrações continuadas. Nestas, o termo inicial será a data que cessar a conduta, ou que a reiteração da mesma for interrompida.

Entretanto, a adoção do princípio da igualdade também se configura, em nosso sistema jurídico, como mecanismo próprio a preservar uma determinada compreensão da ordem normativa. Tal compreensão, entretanto, não se conforma a partir de uma concepção marcada por um subjetivismo estrito, mas sim a partir de uma visão que privilegie o direito e o interesse de um conjunto de interessados, conforme a própria lógica do sistema, a qual se reconstrói a partir do princípio em tela. Ou seja, a partir de um legalismo, hodiernamente atenuado, estrutura-se um modelo de mediação visando,

³⁷⁸ MESQUITA JÚNIOR, S. R. de. Obra citada, p. 4;

na maioria das vezes, um resultado técnico, para a confecção do qual corresponde, não só o dispositivo legal, mas, fundamentalmente, a expectativa da realização do direito. Ou seja, o móvel substancial para a construção do critério há de ser aquele que possibilita a efetivação do direito. No caso da prescrição administrativa, portanto, tal critério há de apontar, além da prescrição administrativa em-si, a sua efetiva ocorrência, dando azo que ela gere o efeito extintivo que lhe constitui a substância e *vocação*.

Tal perspectiva mostra-se salutar, na medida em que consegue sobrepujar a própria abstração inerente a todo e qualquer instituto jurídico. Entretanto, é fundamental que se concretize a partir da estruturação de um modelo de regulação, no qual não haja discrepância alguma, de molde a gerar uma contradição insuperável, tanto em relação a prazos recursais, quanto à demarcação de início e de fim dos efeitos relativos às decisões administrativas, no que se refere à possibilidade de sua revisão, em especial no que atine aos atos administrativos vistos como portadores de algum vício. Desse modo, o *remédio não pode matar o doente*. Contudo, mesmo buscando-se a conformação de um critério informado pela coerência e pela adequação ao sistema jurídico positivo, controvertidas, porém, são as posições, no que atine ao início do prazo de demarcação do fenômeno prescricional, não no que se refere à sua identificação a partir da sua característica de inicialidade, mas sim em razão da possibilidade de mostrar-se como o elemento inaugural da conduta inerte da Administração Pública, após o transcurso de um prazo legal não previsto.

Importa destacar que tal delimitação resulta dificultada na medida em que, pela transmutação de princípios estruturados no âmbito do Direito Romano, é quase que unânime a concepção de que ao administrador cabe sempre reconhecer a nulidade de algum ato, desde que tal ato seja portador de algum vício. Ou seja, todo ato administrativo que esteja maculado por grave violação ao determinado pela lei, há de ser anulado e a qualquer tempo. Gesta-se, por tal raciocínio a concepção de que não há, portanto, no que atine às nulidades, no âmbito do Direito Público, limitação temporal ao poder da Administração Pública de anular aos seus próprios atos, salvo em presença de norma legal expressa.

Como resultante de tal concepção, a singela e superficial conduta de só e, tão-somente, aplicar à lei, ou de buscar assegurar à Administração Pública um lugar marcado pelo reconhecimento de seu poder absoluto, pode dar azo a danos muito maiores do que se imagina. Isto porque o administrado e a própria Administração Pública não estão resguardados, em seus interesses e em suas prerrogativas, grosso modo, exclusivamente pelo ordenamento jurídico legal ordinário. Importa que sempre tenhamos presente que estamos situados sob uma ordem delimitada pelos contornos de um Estado Democrático de Direito. Portanto, a lei e a ordem não podem se restringir aos limites estreitos da regra jurídica estatal. Conforme destaca CLARISSA SAMPAIO SILVA:

Em um Estado de Direito, a produção de atos administrativos em desconformidade com o ordenamento jurídico determina que estes tenham de ser eliminados, em virtude da necessidade de observância do princípio da legalidade, procedendo-se a tal fim por meio da invalidação dos referidos atos. A desconstituição desses atos e de seus efeitos pode acarretar, em algumas situações, a violação de outros princípios e valores, como a segurança jurídica e a boa-fé dos administrados. Por esta razão, faz-se mister reconhecer a existência de limites à atividade invalidatória, dentre os quais se destacam o decurso de tempo, a criação de situações ampliativas de direito dos particulares, o exaurimento da competência administrativa e a possibilidade de convalidação do ato, quando este possa ser re praticado sem vício. Além dos limites de ordem material, há ditames de ordem constitucional estabelecendo que o desfazimento dos atos administrativos deve ser realizado por procedimentos que assegurem a participação daqueles atingidos por suas disposições.³⁷⁹

Ora, no estágio em que se encontra a ciência jurídica contemporânea, não resulta mais possível que se mantenha assegurado à Administração Pública a perpetuação de seus poderes de invalidação de seus próprios atos, sem qualquer limite. A aplicação da lei pela lei agride a Constituição Federal, na medida em que inviabiliza, ou o que é pior, desconhece os princípios da segurança jurídica e do devido processo legal. Desse modo, há de ter-se em conta que o início do prazo prescricional não há de estar adstrito ao momento em que o ato administrativo é praticado, tão-somente, em sua generalidade de configurações, mas sim ao momento em que tal prática restou conhecida daqueles a quem se dirige. O velho paradigma positivista da

³⁷⁹ SILVA, Clarissa Sampaio. *Limites à invalidação dos atos administrativos*, p. 13;

impossibilidade de alegação do desconhecimento da regra jurídica, presumindo-se-a conhecida de todos, não mais viceja. Não há mais como pretender-se exigir a onisciência, de quem quer que seja. Tal perspectiva, portanto, resulta inafastável, dado que caso assim não o fosse, estar-se-ia, de forma mediata, a ferir o princípio da isonomia, como parâmetro angular do fenômeno prescricional. De tal modo: *O prazo da prescrição começa a correr desde que nasce a pretensão.*³⁸⁰, ou seja, desde o momento em que conhecido o fato, a consciência o processa e o assimila a partir de uma vontade livre.

De outra banda, analisando-se a transmutação da teoria das nulidades do direito privado para o direito público, forçando uma analogia a partir de uma pressuposta lógica do sistema jurídico como um todo, percebe-se que tal postura nada trouxe de positivo ao deslinde da controvérsia. Se, no caso das nulidades, tal orientação de feição privada, por muito tempo, serviu de norte ao Direito Administrativo, seguramente não tem mais se mostrado tão útil quanto o foi. O advento do Estado Democrático de Direito banuiu qualquer possibilidade de um absolutismo incontestável, a ponto de RAPHAEL PEIXOTO DE PAULA MARQUES asseverar que o prazo de que dispõe a Administração Pública para anular os seus próprios atos é de natureza decadencial, na medida em que não necessita da via judicial para fazê-lo.³⁸¹ De qualquer modo, não se afastando a possibilidade de considerar exagerada tal assertiva, importa que se lhe desvende às razões, quais sejam a proteção do terceiro de boa-fé e, primordialmente, a proteção da confiança do administrado.

Por fim, para o efeito de delimitar o início do prazo prescricional, como também identificar a origem remota das concepções que associam a prescrição administrativa com a decadência, basta que se examine a posição consolidada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, o qual, de há muito, delimitou que o início do prazo prescricional dá-se a partir do momento em que nasce para o titular do direito a ser protegido, ou seja a partir do momento em que se torna juridicamente possível o exercício do direito de

³⁸⁰ MIRANDA, F. C. P. de. Obra citada, p. 148;

³⁸¹ MARQUES, R. P. de P. Obra citada, p. 16;

ação. Configura-se, a partir de tal paradigma, o princípio da *actio nata*.³⁸² Entretanto, além do parâmetro diretamente delimitado pela Excelsa Corte, veio à baila a questão relativa ao fundo de direito. Ou seja, no caso de créditos a serem pagos em prestações, criou-se o entendimento de que, em razão do decurso de tempo sem o exercício da postulação relativa aos créditos vencidos, estes prescreveriam, mantendo-se intactos, tão-somente, os vincendos, caso não prescrito o direito que os legitima, ou seja, o fundo de direito de sustentação dos créditos, em prestação, pagos. A partir de tal perspectiva então, emergiu a idéia de que caso negado, possível seria a decadência do direito de fundo.

³⁸² Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE 101082 / SP – São Paulo. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator: Min. ALDIR PASSARINHO. Julgamento: 15/06/1984. Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. Publicação: DJU de 31-08-84, p. 13938. Ementário, vol. 01347-03, p. 00561 RTJ, vol. nº 112-01, p. 391. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 443. Se nada há que indique haver a Administração negado implícita ou explicitamente o direito vindicado mas, ao contrário, deixou assinalado não ter havido qualquer manifestação sua a respeito, e, a par disso, a lei complementar do Estado de São Paulo n. 75 não estipulou prazo para que fosse requerida a vantagem nela prevista e pleiteada pelo postulante, cabe a aplicação da jurisprudência fixada no enunciado da súmula 443. Recurso conhecido e provido. RE 106956 / PR – PARANÁ. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator: Min. ALDIR PASSARINHO. Julgamento: 05/06/1987. Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. Publicação: DJ DATA-07-08-87 PG-15436 EMENT VOL-01468-03 PG-00479. FUNCIONALISMO. PRESCRIÇÃO. Não prescrevem apenas as prestações, mas o próprio fundo do direito se a Administração, por ato expresso, ou implicitamente, nega o direito vindicado, e a ação não é ajuizada, no prazo prescricional. A prescrição incide apenas sobre as prestações anteriores ao quinquênio quando não há tal negativa. Precedentes. Óbice regimental ultrapassado: súmula 443. RE 102071 / SP - SÃO PAULO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator: Min. OSCAR CORREA. Julgamento: 18/06/1984. Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA. Publicação: DJ DATA-10-08-84 PG-12451 EMENT VOL-01344-05 PG-00759. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. VANTAGEM NÃO INCORPORADA (ADICIONAIS POR TEMPO DE SERVIÇO). Prescrição do direito. Decreto 20.910/32, Art. 1. Distinção entre a simples prescrição das prestações vincendas, regulada pelo art. 3. do Decreto 20.910, e a prescrição do fundo de direito prevista no art. 1., que está em causa. Jurisprudência do STF consubstanciada em que a prescrição, pelo princípio da "Actio Nata", atinge o próprio direito instituído quando não reclamado "oportuno tempore". Recurso Extraordinário conhecido e provido; RE 99544 / SP – São Paulo. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator: Min. CARLOS MADEIRA. Julgamento em: 26/11/1985. Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. Publicação: DJU de 19-12-85, p. 23627. Ementário, vol nº 1405-03, p. 600. FUNCIONALISMO. PRESCRIÇÃO. A prescrição do artigo 1. do Decreto n. 20.910, de 1932, refere-se ao próprio direito, não se confundindo com a prescrição de prestações. Assim, o direito a que a Administração Pública pratique um ato, de que decorrem benefícios a funcionários, prescreve em cinco anos; Importa destacar que a referência à prescrição do fundo de direito pressupõe sempre um direito não reconhecido. Desse modo, tão-somente, no caso de não reconhecimento do direito, por parte da Administração Pública é que se poderá falar em prescrição do direito. É justamente nessa filigrana que reside à confusão de ver na inação do administrado, face ao não reconhecimento de seu fundo de direito, a sua submissão a um evento decadencial. Tal circunstância não ocorre, porquanto não se poderia falar em decadência de um direito que não era reconhecido e, por conseqüência, não atributivo de prerrogativa, crédito ou vantagem alguma;

Em realidade, a confusão restou situada no fato de que se confundiu denegação de direito material com preclusão de direito reconhecido. Ou seja, não há como equiparar a direito reconhecido eventual prerrogativa não exercitada, dado que, como bem identificou o Egrégio Supremo Tribunal Federal, o que prescreve são as prestações e não o direito já reconhecido. Caso tal direito de base venha a não ser reconhecido, não há que se falar em decadência de tal acervo, na medida em que, não tendo sido reconhecido, não se lhe pode reconhecer eficácia alguma.

Tanto é assim que a lógica do sistema resulta de mais fácil compreensão a partir do grafado pelo art. 4º, do Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, no qual se assevera que: (...) *Não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, no reconhecimento ou no pagamento da dívida considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la.* Ou seja, impende destacar que, mantendo-se silente a Administração Pública, no que se refere a eventual direito titulado pelo administrado, não se caracterizando lesão alguma capaz de legitimar o ajuizamento de pretensão pela via judicializada, não se há que falar de início de prazo prescricional, como também não se poderia pressupor decadência, dado que esta só restaria possível ser considerada com o reconhecimento do direito por parte da Administração Pública. Ademais, mesmo assim, caso o direito reconhecido seja daqueles que se exercitam mediante pagamento por prestações, tão-somente estas restariam atingidas, mas não por decadência, mas sim por prescrição, ante aos incontroversos termos do art. 2º do Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932.

Há de realçar-se, ainda, que, em mantendo-se silente a Administração Pública quanto ao reconhecimento de direito do administrado, o fato de ser possível o ajuizamento de ação declaratória não caracterizaria a ocorrência da prescrição administrativa. Isto porque tal prescrição só restaria caracterizada e, por conseqüência, iniciado o curso do prazo prescricional, caso a inação da Administração Pública estivesse a gerar lesão a direito patrimonial do administrado, propiciando então, por tal razão, o ajuizamento de ação própria. Ora, no caso de ação declaratória, o administrado não obtém prestação alguma, mas, tão-somente, o reconhecimento da existência de uma relação jurídica de natureza material. Portanto, caso ajuizado pedido

declaratório, mesmo após o trânsito em julgado de tal pretensão, o lapso prescricional só iniciaria o seu curso a partir do momento em que o administrado passasse a exigir o seu direito reconhecido pela via declaratória, porquanto a decisão declaratória nada determina, tão-somente reconhece a existência do direito.

Desse modo, há de reconhecer-se que o início do prazo prescricional, na esfera administrativa, nasce a partir do momento em que surge, de forma concreta, tanto para o administrado, quanto para a Administração Pública, a pretensão a direito incontroverso, a qual poderá ser reconhecida pela Administração Pública, independentemente de manifestação judicial, em razão de sua autonomia político-administrativa. Supera-se, com isso o princípio da *actio nata*, dado que o reconhecimento do direito independe da mediação pelo Poder Judiciário.

9.8. SILÊNCIO LEGISLATIVO E PRAZO PRESCRICIONAL

Questão controvertida, entre tantas outras que gravitam em torno do instituto da prescrição administrativa, diz respeito ao silêncio do legislador em relação ao prazo prescricional. No âmbito das relações em que atua a Administração Pública, aqui delimitada a controvérsia, para efeitos puramente heurísticos, no que se refere ao prazo de que dispõe tal ente estatal para o efeito de anular aos seus próprios atos, tal problema assume significado transcendente, na medida em que, a partir de tal omissão do legislador, poder-se-ia concluir, até mesmo, pelo acolhimento, em nosso sistema jurídico positivo, do princípio da imprescritibilidade.

Ao exame da controvérsia, tem-se que, nos dias de hoje, em relação à prescrição administrativa, tanto a doutrina nacional, quanto a jurisprudência pátria, em sua maioria, a visão ofertada pelo Direito Privado, em específico pelo Código Civil³⁸³, constitui-se num referencial a ser, no mínimo, observado. Tanto é assim que ALMIRO DO COUTO E SILVA refere que:

³⁸³ Importa destacar que o estatuto civil, ao qual o autor se reporta, é o regramento de 1916, revogado pelo novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Contudo, para efeito do qual aqui se menciona, à exceção do tempo, o qual restou modificado de 20 anos para 10 anos, em nada resta prejudicada a assertiva do ilustre administrativista;

*Sobre a prescrição em Direito Administrativo pode-se dizer que o entendimento até hoje basicamente prevalecente é o mesmo que acabou por cristalizar-se na interpretação que a doutrina e a jurisprudência deram às disposições do nosso Código Civil. Em outras palavras e em termos práticos, o prazo geral da prescrição a que se sujeita a Administração Pública, relativamente as suas pretensões contra os particulares, é o de vinte anos, se prazo menor não tiver sido especialmente previsto em lei federal.*³⁸⁴

Entretanto, a posição acima referida não pode ser assumida como uma visão granítica. Trata-se, tão-somente, da posição de um insigne autor, entre tantos outros, em relação à prescrição administrativa. De tal sorte, a assertiva da vinculação dos prazos prescricionais, em sede de Direito Administrativo, ao regrado pelo estatuto civil, diz, tão-somente, em relação àquilo que poderia restar caracterizado como um prazo geral de prescrição administrativa, a muito mais na direção de um sentido associado a uma tentativa de colmatar uma falta.

A exemplo do acima mencionado, no caso da inexistência de prazo prescricional, expressamente previsto em lei, para o efeito de anotar-se a prescrição administrativa em relação à anulação de atos administrativos lesivos a bens, valores ou interesses tutelados pelo grafado a partir do art. 5º, LXXXIII, da Constituição Federal e, por decorrência do mandamento constitucional, nos termos do art. 1º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, a qual regula os casos de ação popular, o prazo prescricional resulta delimitado em cinco anos, asseverando tal administrativista que: *O prazo de cinco anos, que é o prazo prescricional previsto na Lei da Ação Popular, seria, no meu entender, razoável e adequado para que se operasse a sanção da invalidade e, por conseqüência, a preclusão ou decadência do direito e da pretensão de invalidar, salvo nos casos de má-fé dos interessados. A isso poder-se-ia chegar por elaboração doutrinária e por construção jurisprudencial.*³⁸⁵

A postura de buscar apoio no sistema legislado, a partir de um caso de regulação particular, para o efeito de situar um prazo que possa ser generalizado, de modo que, nos casos de omissão de manifestação legislativa, tenha-se um parâmetro a ser universalizado, esbarra na circunstância de que, além do fato de que muitas leis,

³⁸⁴ SILVA, A. do C. e. Obra citada, p. 22;

³⁸⁵ SILVA, A. do C. e. Obra citada, p. 30;

na esfera de regulação administrativa, estatuem lapsos temporais diversos, a escolha de um só critério mostra-se extremamente problemático, ante a razão de que, de imediato, o primeiro gesto a ser praticado diz respeito à necessária demonstração da legitimidade da escolha procedida.

Tanto é assim que a própria escolha, tradicionalmente procedida, qual seja em relação aos prazos estatuídos pelo Direito Civil, padece da mesma ilegitimidade, dado que a escolha de tal critério não espelha ou indica a sua origem a partir de critério que possa ser havido, no âmbito do direito público, como um critério inquestionavelmente adequado.

Em presença de tal perplexidade, manteve-se e, sob um certo sentido, mantém-se acesa a polémica. Enquanto LÚCIA VALLE FIGUEIREDO assume posição no sentido de que a Administração Pública detém o prazo de cinco anos para anular a seus próprios atos, qualificando-o a título de um prazo geral, RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA manifesta-se no sentido de que a Administração Pública não tem prazo algum para desfazer os seus atos. Na mesma esteira de LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, HELY LOPES MEIRELLES assevera que: (...) *quando a lei não fixa o prazo da prescrição administrativa, esta deve ocorrer em cinco anos, à semelhança da prescrição das ações pessoais contra a Fazenda Pública.*³⁸⁶

Ante tais perspectivas, não resulta inviável, portanto, deixar-se de envidar um esforço preliminar para a identificação de um prazo a ser universalizado. Poderíamos, por exemplo, partir de um critério inicial apoiado em diplomas legais, no âmbito da regulação administrativa, nos quais tal lapso resta fixado entre dois e cinco anos. Para tanto se usaria, como referência, às Leis: nº 8.429, de 02 de junho de 1992³⁸⁷; nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990³⁸⁸; e nº 4.717, de 29 de junho de 1965³⁸⁹, as quais, devem,

³⁸⁶ MEIRELLES, H. L. Obra citada, p. 583;

³⁸⁷ A Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências;

³⁸⁸ A Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais;

³⁸⁹ A Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, regula a ação popular;

por óbvio, serem compreendidas a partir do estabelecido pelo art. 37, § 5º, da Constituição Federal. Como consequência deste primeiro movimento de inteligência, de imediato exsurtem duas variáveis de identificação de tal concepção, quais sejam: a de que inexiste prescrição na esfera administrativa, salvo com expressa previsão legal; e que tais prazos serviriam como uma forma de identificação daquilo que se convencionou designar como sendo o espírito do legislador.

Percebe-se desde logo que a simples utilização de um ou mais diplomas legais para o efeito de assumirem, a título de referência, a função de identificação de um prazo a ser universalizado, caracteriza tarefa que já se depara com embaraço intransponível, na medida em que a própria lei abstém-se de firmar, de modo claro, incontroverso e pontual, um prazo fixo para as hipóteses que ultrapassam o seu conteúdo normativo. Ou seja, tais estatutos legais, de início, manifestam, de forma incontroversa, os limites e a temática que visam obedecer e regular, respectivamente, não dando, contudo, *um passo além de si próprios*.

Ante tal perspectiva, construiu-se uma nova tentativa de solução. Qual seja: ante a ausência de previsão legal expressa a respeito do prazo para correção dos atos administrativos ilegais, por parte da própria Administração Pública, deslocaram-se os intentos para a construção de um critério a partir dos paradigmas estatuídos pelo estudo das nulidades e anulabilidades, no âmbito do Direito Administrativo, cuja característica maior é a de ter-se sedimentado sob a influência do Direito Civil. De tal sorte, como bem salienta MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO:

Existem muitas controvérsias doutrinárias a respeito dos vícios dos atos administrativos, girando principalmente em torno da possibilidade ou não de aplicar-se aos mesmos a teoria das nulidades do Direito Civil. Sendo o ato administrativo modalidade de ato jurídico, é evidente que muitos dos princípios do Código Civil podem ser aplicados; porém, não se pode deixar de considerar que o ato administrativo apresenta certas peculiaridades que têm que ser levadas em consideração; de um lado, com relação aos próprios elementos integrantes, que são em maior número e de natureza um pouco diversa do que o ato de direito privado; de outro, com relação às consequências da inobservância da lei, que são diferentes no ato administrativo.

De qualquer forma, mesmo tendo-se presente tal advertência, a qual nunca passou despercebida dos administrativistas, porquanto a falta de previsão legal sempre

se mostrou como uma lacuna importante, mormente sob o ângulo da necessidade de restar resguardada a segurança jurídica dos administrados, cunharam-se, no dizer de SÉRGIO DE OLIVEIRA NETTO, sob a inspiração do princípio da isonomia, três teorias:

(...) Pela primeira, propugna-se pela inexistência de prazo decadencial, podendo a Administração a qualquer momento retirar o ato viciado da arena jurídica. [...] De acordo com a segunda, seria de se aplicar os critérios de direito privado, ou seja, prazos curtos para a invalidação de atos anuláveis, e longos para os atos nulos; E, sendo o maior prazo instituído no CC de 20 anos, este seria aplicado para a eliminação dos atos nulos. Enquanto que para os anuláveis seria empregado, por analogia, os critérios reinantes para os casos em que se verifique vícios de vontade, para o qual o prazo de invalidação seria de 4 anos. [...] E, para uma outra corrente de pensamento, deveria ser utilizado, analogicamente, o Decreto nº 20.910/32, [...] Bem como com base no prazo instituído para a interposição da ação popular, que prescreve em cinco anos (Lei nº 4.717/65, art. 21).³⁹⁰

Como se percebe, tal construção teórica em nada resolveu o problema. Ao contrário, além de misturar decadência e prescrição, buscou solucionar a lacuna de três modos distintos. Primeiro admitiu a possibilidade de imprescritibilidade, o que conflita com o regramento constitucional. Por segundo, intentou-se o deslocamento da teoria das nulidades do direito privado para o direito público, o que, à evidência, mostra-se inoportuno, na medida em que a idéia de vontade, por constituir-se em peça angular do sistema privado, recebe, no âmbito do direito público, cores totalmente diversas. Por fim a solução ofertada transferiu o problema para o uso da analogia. Neste último caso, portanto, resultaria admissível servir-se tanto de normas de Direito Público, quanto de normas integrantes do sistema de Direito Privado.

Essa última solução, de imediato, deparou-se com a peculiaridade de não conseguir ultrapassar o princípio da legalidade estrita, na forma do disciplinado pelo art. 37 da Constituição Federal, posto que se mostra inadmissível, no âmbito da atuação da Administração Pública, buscar-se a possibilidade de suprimir-lhe algum direito ou prerrogativa, sem que se tivesse norma expressa para tanto. Ante tal perspectiva, portanto, restou fortalecida a concepção daqueles que, na ausência de prazo legal

³⁹⁰ NETTO, S. de O. Obra citada, p. 01;

determinando e disciplinando a prescrição administrativa, a Administração Pública estaria livre para agir a qualquer tempo.

Mantida a perplexidade, em nada restou, entretanto, obstada a tentativa de encontrar-se um critério, face ao silêncio do legislador. Partindo do pressuposto de que, no direito brasileiro, *a regra é a prescribibilidade das pretensões*³⁹¹ [...] e que: *De longa data, o direito administrativo desfruta de autonomia didática e científica, tendo princípios, conceitos e regras próprios.*³⁹², LUÍS ROBERTO BARROSO assentou que:

O fato de não haver uma norma dispondo especificamente acerca do prazo prescricional, em determinada hipótese, não confere a qualquer pretensão a nota da imprescritibilidade. Caberá ao intérprete buscar no sistema normativo, em regra através da interpretação extensiva ou da analogia, o prazo aplicável. Com efeito, o argumento de que o tema da prescrição seria de 'direito estrito', não admitindo por isso a analogia, não tem fundamento. Como se sabe, a analogia só é vedada nas hipóteses de disposições excepcionais. Como a exceção, no caso, é que os direitos sejam imprescritíveis, não se poderão criar novas situações de imprescritibilidade mediante analogia. A prescribibilidade, ao contrário, sendo a regra, admite a integração.

Ora tal concepção, no que atine a uma solução efetiva, pouco avançou. O uso da analogia no âmbito da regulação delimitada por normas de Direito Público, caracteriza-se, a princípio, como meio inadequado, porquanto, por força de ditame constitucional expresso, a Administração Pública deverá obedecer, sempre, o princípio da legalidade. Ou seja, a existência de lei é fator fundamental a atividade estatal. De tal sorte, com o máximo respeito à formulação de LUÍS ROBERTO BARROSO, embora seja inescusável a sua assertiva de que a ausência de prazo não pode implicar em aceitação de eventual imprescritibilidade, a analogia, face ao princípio da legalidade estrita, ou a interpretação extensiva, por ora, em nada nos auxilia.

Ademais, atentos, ainda, a posição de LUÍS ROBERTO BARROSO, resta manifesto que a sua preocupação, no que atine à qualificação da prescrição como direito estrito ou não, diz com a provável intenção de evitar o obstáculo criado,

³⁹¹ BARROSO, L. R. Obra citada, p.115;

³⁹² BARROSO, L. R. Idem, ibidem;

fundamentalmente, por CARLOS MAXIMILIANO. Do exame do já clássico: *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, encontramos que:

(...) O recurso à analogia tem cabimento quanto a prescrições de Direito 'comum'; não do 'excepcional', nem do penal. No campo destes dois a lei só se aplica aos casos que específica.

O fundamento da primeira restrição é o seguinte: o processo analógico transporta a disposição formulada para uma espécie jurídica a outra hipótese não contemplada no texto; ora, quando este só encerra exceções, os casos não incluídos entre eles consideram-se sujeitos à 'regra geral'. Não se confunda, entretanto, o Direito 'excepcional' com o 'especial' ou 'particular'; neste cabem a 'analogia' e a exegese 'extensiva'.³⁹³

Mas não é só LUÍS ROBERTO BARROSO que vê na analogia a solução do problema. RENATO SOBROSA CORDEIRO, além de identificar na analogia, enquanto regra de integração, a solução do problema, funda sua perspectiva no princípio da plenitude do ordenamento jurídico.

Tal concepção estaria, portanto, assentada nos critérios estatuídos pelo art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, no caso da inexistência de regras de Direito Administrativo. Para tanto; RENATO SOBROSA CORDEIRO³⁹⁴ assenta que: a) a *integração de lacunas, pela via analógica, por parte da Administração Pública, não se mostra inconciliável como o princípio da legalidade;* b) *sendo as normas que estabelecem a prescrição, regras gerais de ordem jurídica, não se pode objetar o seu uso a partir de sua qualificação como sendo direito singular³⁹⁵, com o que resulta possível a utilização de integração analógica, para efeito de integração de lacuna;* c) *sendo agir irrecusável à Administração Pública a atuação direcionada a não lesar, ou tolerar que se lese, às garantias constitucionais dos administrados, incumbe ao administrador público o dever de efetivar a completude do ordenamento jurídico,*

³⁹³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 213;

³⁹⁴ CORDEIRO, R. S. Obra citada, p. 118 a 119;

³⁹⁵ Nesse sentido, aliás, assevera o Ministro Moreira Alves, em seu voto nos autos do Mandado de Segurança nº 20.069 (RDA vol. 155), que: *(...) em matéria de prescrição em nossos sistema jurídico, inclusive no terreno do direito disciplinar, não há que se falar em 'ius singulare', uma vez que a regra é a da prescritibilidade;*

servindo-se para tanto, face à lacuna legal, do processo analógico; d) a ausência de regra expressa prevendo prazo prescricional, desafia e exige do administrador público uma conduta interpretativa que situe a Constituição Federal como elemento normativo com força mediadora entre o interesse público e os interesses dos administrados em geral, de modo a não ofender ou por em risco bens e interesses juridicamente relevantes.

Portanto, do acima mencionado com base na concepção conformada pelo retro-referido autor, há de ter-se em conta que eventual vazão de regra, em sede de prescrição administrativa, exige a sua suplementação. A partir de tal circunstância, portanto, torna-se possível a atuação tanto da analogia como regra de integração, quanto de eventual interpretação analógica, caso exista norma que possibilite tal atuação interpretativa.

Tal atuação, contudo, há de estar direcionada, primordialmente, ao bem comum, visando, a partir de tal desiderato, assegurar à eficácia ao princípio sistêmico da prescritibilidade. Desse modo, em caso de ausência de norma legal expressa, há de reconhecer-se que o sistema não proíbe a identificação de preceito que possa, por analogia, vir a suprir a lacuna encontrada, até porque, em sentido contrário, por via mediata, ante a não formulação de meio capaz de suplantando a lacuna, estar-se-ia a fomentar o intolerável acolhimento da idéia da imprescritibilidade.

Na mesma senda, em havendo norma cuja interpretação permita a extensão de seu conteúdo normativo, em favor do reconhecimento do fenômeno prescricional, o fato de inexistir norma expressa a respeito de prescrição administrativa, em nada impede ao administrador, e, por decorrência, ao próprio administrado, em defesa de seus interesses, de buscar, no âmago do sistema jurídico positivo, norma que, por força de interpretação extensiva, possibilite fixar um prazo a ser aplicado.

Importa que resulte destacado que a analogia e a interpretação extensiva não se caracterizam como mecanismos idênticos.

(...) Do exposto já ficou evidente não ser lícito equiparar a analogia à interpretação extensiva'. Embora se pareçam à primeira vista, divergem sob mais de um aspecto. A última se atém 'ao conhecimento de uma regra legal em sua particularidade em face de outro querer jurídico, ao passo que a primeira se ocupa com a semelhança entre duas

questões de Direito'. Na analogia há um pensamento fundamental em dois casos concretos; na interpretação é uma idéia estendida, dilatada desenvolvida, até compreender outro fato abrangido pela mesma implicitamente. Uma submete duas hipóteses práticas à 'mesma' regra legal; a outra, a analogia, desdobra um preceito de modo que se confunda com 'outro' que lhe fica próximo.

A analogia ocupa-se com uma lacuna do Direito Positivo, com hipótese não prevista em dispositivo 'nenhum', e resolve esta por meio de soluções estabelecidas para casos afins; a interpretação extensiva completa a norma existente, trata de espécie já 'regulada pelo Código', enquadrada no 'sentido' de um preceito explícito, embora não se compreenda na 'letra' deste.³⁹⁶

Tal intento há de ser viabilizado, na medida em que, na lição de CAIO TÁCITO, não se pode olvidar que:

A ordem jurídica contempla entre seus pressupostos, a par da busca de justiça e da eqüidade, os princípios da estabilidade e da segurança. O efeito do decurso de tempo como fator de paz social, tranqüilizando as relações jurídicas pendentes, conduz a que — salvo direitos imperecíveis por sua própria natureza, como os da personalidade — as pretensões (e, por via de consequência as ações em que elas se possa exercer) tenham de regra, um limite temporal de exercício.³⁹⁷

Não se vê, de início, embaraço algum para o uso da analogia, em matéria de prescrição Administrativa. Tanto é assim que HELY LOPES MEIRELLES assevera que:

A analogia admissível no campo do Direito Público é a que permite aplicar o texto da norma administrativa à espécie não prevista, mas compreendida no seu espírito; a interpretação extensiva que negamos possa ser aplicada ao Direito Administrativo, é a que estende um entendimento do Direito Privado, não expresso no texto administrativo, nem compreendido no seu espírito, criando norma administrativa nova.³⁹⁸

Na mesma senda, CAIO TÁCITO reverbera que:

Firmado o princípio geral da prescritibilidade, cumpre ao intérprete construir o suprimento da lacuna legal, recorrendo ao método previsto no art. 4º da Lei de

396 MAXIMILIANO, C. Obra citada, p. 214 a 215;

397 TÁCITO, C. Obra citada, p. 286 a 287;

398 MEIRELLES, H. L. Obra citada, p. 40;

Introdução ao Código Civil: omissa a lei, cabe aplicar o apelo à analogia como recurso de integração.

*A norma jurídica vai além do comando explícito. Da virtualidade de seus princípios promana a força expansiva que projeta a vontade do legislador, nos interstícios do silêncio não intencional.*³⁹⁹

Ante tais perspectivas, tem-se então que o uso da analogia há de permitir, em casos semelhantes, usar-se de norma que, em regulando circunstância específica, possa restar utilizada para a fixação da regulação a caso análogo. Já no caso da interpretação extensiva, há de tomar-se em conta a utilização de regra jurídica cujo conteúdo esteja imantado pelo acolhimento de duas idéias fundamentais. A primeira, no sentido de tornar concreto o princípio da prescritibilidade, salvante a exceção constitucional expressa (art. 37, § 5º, da Constituição Federal), a segunda, no escopo de garantir a efetividade do princípio da segurança jurídica.

Desse modo, há de ter-se sempre em conta a advertência de CAIO TÁCITO, ao momento em que alerta para o fato de que:

*A estabilidade interna na sociedade tem um preço político que supera a vantagem corretiva que a sanção exprime. [...] Inexistindo norma específica, a prescrição administrativa, que se impõe, deverá ser determinada pelo processo da analogia, fundado na semelhança de situações. [...] O silêncio da autoridade terá efeito positivo de inexistência de responsabilidade.*⁴⁰⁰

Por conseqüência, tomando-se em consideração, fundamentalmente, o princípio da segurança jurídica, considerando-se, também, os contornos que resultam delimitados a partir das concepções inerentes ao Estado Democrático de Direito, torna-se possível assegurar que o princípio da prescritibilidade, com as suas exceções já realçadas, permeia o ordenamento jurídico nacional, no qual, por óbvio, encontra-se, também, inserida a regulação conformada pelo Direito Administrativo.

Equivocada, portanto, qualquer resistência ao reconhecimento de tal fenômeno, sob a alegação de que o uso da analogia, especificamente, estaria vedado ao âmbito

³⁹⁹ TÁCITO, C. Obra citada, p. 289;

⁴⁰⁰ TÁCITO, C. Obra citada, p. 290 a 292;

da prescrição administrativa, porquanto sua sede estaria delimitada a partir do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, o qual, por sua natureza específica, destina-se a regular relações situadas no âmbito das relações privadas, o que, por si só, se mostraria incompatível com as relações submetidas à esfera do Direito Público. Tal argumento, de há muito restou superado.

Superado, basicamente, em razão das normas constitucionais em vigência, face às quais, em razão de sua interpretação extensiva, permitem perceber que os casos exíguos de imprescritibilidade encontram-se perfeitamente delimitados pelo sistema constitucional, resultando seguro que, no demais, resulta inviável falar-se de imprescritibilidade.

Tal conclusão resulta da simples compreensão de que o legislador constitucional, quando pretendeu regular a prescrição, no que atine a possibilidade de firmar situações em que o evento extintivo não há de ser reconhecido, identificou-os de forma explícita. Ou seja, disse que são imprescritíveis os casos que envolvam a prática de racismo (art. 5º, inciso XLII, da CF), as ações de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, inciso XLIV, da CF), e para o ajuizamento de ações de ressarcimento, em razão de prejuízos causados ao erário (art. 37, § 5º, da CF). Ou seja, só nestes casos é que se pode falar de imprescritibilidade.

De tal forma, tanto a analogia, quanto a interpretação extensiva, podem ser utilizadas para estabelecer prazo prescricional, sendo tal interpretação o resultado da observância do princípio da supremacia da Constituição. Nesse sentido, esclarece LUÍS ROBERTO BARROSO que: *Toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado*⁴⁰¹. De modo que, conforme ainda ensina o festejado mestre: *Por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental*. Ou seja, se o legislador constitucional disse, de forma pontual, expressa e incontroversa quais seriam os casos em que se toleraria a possibilidade de imprescritibilidade, resulta

⁴⁰¹ BARROSO, L. R. Obra citada, p. 158;

manifesto que, caso pretendesse ampliar tal espectro a todos os casos em que a lei ordinária não faz referência a tal fenômeno, também o haveria de dizer. Ora, se não disse, resta logicamente incontroverso que optou pelo princípio da prescritibilidade. Tanto é assim que GERALDO CAMARGO VIDIGAL alerta que:

(...) A conduta do legislador constitucional, ao declarar expressamente imprescritibilidade daquelas situações em que a desejou, ao silenciar em hipóteses de crimes gravíssimos, intercaladas na declaração de princípios do art. 5º, patenteou haver a Constituição reconhecido a presença do princípio geral de Direito de que nasceu o instituto da prescrição. Este princípio geral é que reclama a preservação da dignidade humana, afirmado no art. 1º da Constituição do Brasil: afronta a exigências da Ética, possa alguém ser submetido a qualquer tempo, ao longo da vida, à exumação de possíveis faltas de um momento remoto de seu passado.⁴⁰²

E, no que atine ao Direito Administrativo, assevera, ainda, GERALDO CAMARGO VIDIGAL que:

Na análise e interpretação dos diferentes textos constitucionais que regem a prescrição, o parágrafo 5º do Artigo 37, especificamente voltado para os fatos administrativos; os três incisos referidos do Artigo 5º, dois deles afirmando imprescritibilidade excepcionalmente estabelecida para condutas determinadas, o terceiro silenciando, em face do princípio geral de direito que afirma a prescritibilidade — inciso do artigo 1º, reivindicando respeito à dignidade humana — conduzem à certeza de que também são prescritíveis os ilícitos de natureza administrativa, impondo a aplicação das regras legais da analogia, quanto aos prazos, nos casos em que houvesse omissão do legislador.⁴⁰³

Ora, não padece dúvida alguma que, em havendo omissão do legislador, não há que pretender construir entendimento em afronta direta ao texto constitucional, até porque caso: (...) adotado o critério de interpretação da 'ratio legis', chegar-se-ia, no caso do princípio geral da prescritibilidade, a conclusão idêntica: desumano seria submeter alguém ao perpétuo questionamento da regularidade de todos os seus atos passados.⁴⁰⁴ Portanto, em presença de silêncio do legislador, não só o sistema

⁴⁰² VIDIGAL. G. de C. Obra citada, p. 301;

⁴⁰³ VIDIGAL. G. de C. Idem, p. 302;

⁴⁰⁴ VIDIGAL. Geraldo de C. Idem, ibidem;

constitucional, mas o conjunto universal dos princípios que permeiam a ordem jurídica nacional, resulta seguro manifestar que, tanto por analogia, quanto por interpretação analógica, há de restar reconhecido, em nome da segurança jurídica, o princípio da prescritibilidade a alcançar todos os atos e todas as condutas abrangidos pelo Direito Administrativo, à exceção de norma constitucional expressa, em sentido contrário.

10. REMANESCÊNCIAS: DISTINÇÕES E DIFERENÇAS

10.1. ALÉM DO ADMINISTRAR

À evidência, resulta plenamente possível que as indagações relativas à prescrição, no caso específico em que se refere à prescrição administrativa, situem-se, também, além dos contornos estabelecidos pela prática cotidiana do mister objetivo de administrar. No inter-relacionamento entre a Administração Pública e o administrado, permeiam direitos informados por interesses que resultam, eventualmente não atendidos. Dá-se tal defasagem tanto no que se refere aos interesses da Administração Pública, quanto aos interesses titulados pelo administrado. Nessa esfera multifacetada, por óbvio, sobre tais direitos e interesses também há de reconhecer-se a possível incidência do evento prescricional. Ante tal perspectiva, pode-se indagar: qual seria então o fio condutor adequado à solução das controvérsias resultantes de tal entrechoque.

Em princípio, parece-nos que o princípio da legalidade seria, indubitavelmente, o mais adequado. Contudo, no caso das dívidas ativas de titularidade da Administração Pública há carência de regulação legislada de forma expressa, a qual discipline de forma incontroversa e pontual tal espaço de controvérsia, além de eventuais circunstâncias atinentes aos ditos direitos pessoais. De tal sorte, ante este vazio normativo específico, a referência mais imediata a ocupar tal território, passa a ser assumida pelo princípio da igualdade, porquanto tal princípio, entre as múltiplas feições que possa vira a assumir, dá azo a um sentimento de equilíbrio e de justiça, capaz de legitimar as atitudes que venham, eventualmente, a pacificar tais confrontos. Ademais, tal escolha dá-se, fundamentalmente, em razão da ordem jurídica estar situada num Estado Democrático de Direito, exigindo-se, portanto, que a proteção jurídica deva dar-se a partir de critérios que não gerem desigualdade injustificada⁴⁰⁵, o que por certo acabaria por afrontar a própria ordem constitucional.

⁴⁰⁵ A idéia da existência de uma desigualdade injustificada está diretamente associada a uma conduta que se mostra afrontosa, de início, a um preceito legal, ou, de forma mediata, a um princípio situado no âmago do sistema jurídico, com os quais, norma e princípio, estejam em

10.2. AÇÕES PESSOAIS MOVIDAS PELO PARTICULAR CONTRA PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO E FUNDO DE DIREITO

Por óbvio, não são somente as pretensões da Administração Pública que restam atingidas pela prescrição. As dívidas passivas a serem suportadas pela Fazenda Pública também prescrevem. Neste caso, a legislação mostra-se marcada por um número maior de peculiaridades e de especificidades, dado ser incontroverso que o sistema jurídico há de estar *atento* ante à perspectiva de ser o Estado o devedor ou o responsável por uma prestação positiva ou negativa, visando, basicamente, o atendimento ao direito de outrem, sem, contudo, conseguir despir-se do móvel ideológico informado pelo princípio da supremacia do interesse público.

Ademais, tal dicotomia resta exacerbada em razão das novas feições que está a assumir o Direito Administrativo contemporâneo, na medida em que:

O individualismo jurídico se decompõe sob a pressão poderosa de causas e concausas sociais. A socialização do Direito transcende ao plano doutrinário e se afirma na criação legislativa e na hermenêutica constitucional. Não se trata apenas — disse o professor Afonso Arinos de Melo Franco — de crise do Direito, mas de Direito da crise.

*As condições sociais atribuem ao Estado uma posição de tutela e gerência de interesses individuais. A manutenção e sobrevivência do indivíduo, a sua proteção contra riscos e incertezas sociais, a própria defesa da soberania nacional motivam a revisão de alicerces, a propriedade, a família, o trabalho, a autonomia da vontade ou a liberdade de contrato, obedecem a novos pressupostos de inspiração coletiva.*⁴⁰⁶

De tal forma, a partir de tal perspectiva, o servidor, em geral, e o administrado não podem mais figurar como sendo personagens antagônicas à Administração Pública e aos interesses que a lei lhe determina defender, até porque não são seus, mas muito mais da sociedade e de cada um dos indivíduos que a compõe. Tanto é assim que

conflito evidente. Portanto, o sentido de não justificação da conduta só pode ser identificado a partir do próprio sistema jurídico consolidado segundo as diretrizes do Estado Democrático de Direito. Há, portanto, um deslocamento da percepção racional dos sentidos possíveis da desigualdade, como categoria, para os limites estritos da ordem jurídica, de modo a evitar-se que tal circunstância possa ser discutida em parâmetros de referência puramente abstratos, inviabilizando uma intencionalidade reguladora de tal fenômeno, sob o prisma necessário de uma igualdade material a ser reconhecida;

⁴⁰⁶ TÁCITO, Caio. *Perspectivas do direito administrativo no próximo milênio*, p. 6;

desde os albores da regulação em relação às dívidas passivas da Administração Pública, restaram resguardados os interesses dos particulares.

Nos termos da Lei nº 243, de 30 de Novembro de 1841, que fixava a despesa, o orçamento e a receita para o exercício do ano financeiro de 1842 — 1843, já restava determinado, em seu art. 20 que:

Do 1º de Janeiro de 1843 em diante não terá mais lugar inscripção alguma da devida passiva fluctuante, mandada fundar pela Lei de 15 de Novembro de 1827, á excepção daquellas que nessa epoca se acharem em liquidação, ou penderem de processo judicial, ficando inteiramente prescriptas, e perdido para os credores o direito de requerer a liquidação e pagamento dellas. Da mesma data em diante ficão em vigor os Capitulos 209 e 210 do regimento de Fazenda, assim pelo que respeita à divida passiva posterior ao anno de 1826, existente até hoje e á divida futura, como pelo que respeita a toda divida activa da Nação. O Governo dará toda publicidade á disposição deste Artigo e dos referidos Capitulos.

Ou seja, reconhecendo a existência de dívida passiva, não se omitia a Administração Pública, da época, em delimitar o prazo prescricional para o seu exercício, com o que, indubitavelmente, de forma expressa, assegurava aos credores da Fazenda Pública uma referencial legislado, donde, inequivocamente, exsurgia segurança jurídica. Ademais, ao contrário da legislação contemporânea, também estabelecia limite expresso às suas pretensões no tocante à dívida ativa.

No mesmo sentido e de modo mais minudente, demonstrando significativa preocupação com a segurança jurídica dos administrados, embora com visível desigualdade no que se refere ao prazo prescricional em benefício da Fazenda Pública⁴⁰⁷, determinava o Decreto nº 857, de 12 de novembro de 1851, ao explicar o

⁴⁰⁷ Art. 9º A prescripção de 40 annos posta em vigor pelo citado Art. 20 da Lei de 30 de Novembro de 1841, com referencia ao Capitulo 210 do Regimento da Fazenda, a respeito da divida activa da Nação, opera a completa desoneração dos devedores da Fazenda Nacional do pagamento das dividas, que incorrem na mesma prescripção, de maneira que, passados os 40 annos, não póde haver contra elles penhora, execução, ou outro qualquer constrangimento; Art. 10. Os 40 annos para a prescripção da divida activa começão a correr, para as dividas contrahidas até o ultimo de Dezembro de 1842, do dia 1º de Janeiro de 1843, e para as posteriores, desde o ultimo dia do prazo estabelecido para o pagamento por Lei, regulamento, ou contracto, huma vez que passem continuada e seguidamente sem interrupção; Art. 11. O curso dos 40 annos interrompe-se, impedindo a prescripção: 1º Pela citação, penhora, ou sequestro feito aos devedores para se haver pagamento. 2º Por qualquer outro procedimento judicial ou administrativo havido contra elles para o mesmo fim. 3º Pela concessão de espaço aos devedores, admitindo-os pagar por prestações.

disposto pelo art. 20 da Lei de 30 de Novembro de 1841, relativo à prescrição da dívida ativa e passiva da Nação, extensa regulação a respeito da prescrição administrativa.

Com um escopo de muito maior abrangência, tal legislação, não só, regulava a prescrição das dívidas passivas, mas também delimitava prazo para a busca de satisfação de dívida a ser suportada pela Administração Pública, independente da natureza do direito em que se fundava.⁴⁰⁸

Outra previsão de natureza significativa delimitada pelo Decreto nº 857, de 12 de novembro de 1851, diz respeito à inscrição da dívida junto aos assentamentos da Fazenda Nacional, no prazo de cinco anos, reconhecendo-se, posteriormente, aos credores, novo prazo de cinco anos, caso não tivessem suas pretensões satisfeitas. Vê-se, portanto, de tal dispositivo, que aí já se encontrava o germe da diversidade entre prescrição administrativa e prescrição processual.⁴⁰⁹

A própria idéia fundante do conceito de fundo de direito, resultava também prevista por tal legislação imperial⁴¹⁰, sendo que a possibilidade de suspensão do curso

⁴⁰⁸ Art. 1º A prescrição de 5 annos, posta em vigor pelo Art. 20 da Lei de 30 de Novembro de 1841, com referencia ao Capitulo 209 do Regimento da Fazenda, a respeito da divida passiva da Nação, opera a completa desoneração da Fazenda Nacional do pagamento da divida, que incorre na mesma prescripção. Art. 2º Esta prescripção comprehende: 1º o Direito que alguem pretenda ter a ser declarado credor do Estado, sob qualquer título que seja. 2º O direito que alguem tenha a haver pagamento de huma divida já reconhecida, qualquer que seja a natureza della.;

⁴⁰⁹ Art. 3º Todos aquelles, que pretenderem ser credores da Fazenda Nacional por ordenados, soldos, congruas, ou gratificações e outros vencimentos de empregos; por pensões, tenças, meio soldo e monte pio; por preço de arrematações e contractos de qualquer natureza, e pagamento de despesas feitas e serviços prestados; e por quaesquer reclamações, indemnisações, e restituções, deverão requerer o reconhecimento e liquidação de suas dividas, a expedição de despachos, ordens, e títulos para o pagamento, e fazer o assentamento das que o precisarem dentro dos 5 annos; e passado este prazo, ficará prescripto a favor da Fazenda Nacional todo o direito que tiverem; Art. 4º Todos aquelles que depois de haverem os seus despachos correntes para o pagamento, tiverem feito o assentamento, ou estiverem lançados na folha, não requererem que effectivamente se lhes pague o que lhes for devido dentro dos 5 annos, perderão o direito a esse pagamento em virtude da prescripção a favor da Fazenda Nacional;

⁴¹⁰ Art. 5º Quando o pagamento que se houver de fazer aos credores for dividido por prazo de mezes, trimestres, semestres ou annos, e se der a negligencia da parte dos mesmos credores, a prescripção se irá verificando a respeito d'aquelle ou d'aquelles pagamentos parciaes, que se forem comprehendendo no lapso dos 5 annos; de sorte que por se ter perdido o direito a hum pagamento mensal, trimestral, semestral, ou annual, não se perde o direito aos seguintes a respeito dos quaes ainda não tiver corrido o tempo da prescripção;

prescricional podia restar obtida por mera postulação administrativa, face à demora da Administração Pública e atender o pleito de seus credores.⁴¹¹

Na mesma senda, a Lei de 28 de agosto de 1908, em seu art. 9º, delimitou, para efeito de prescrição, no que se refere a direitos patrimoniais ou não, o prazo de cinco anos, prazo este que resultou consolidado pelo Código Civil de 1916, nos termos de seu artigo 178, § 10, inciso VI, embora tenha regulado a matéria de forma reducionista, face à sua vinculação normativa estrita à União, aos Estados e aos Municípios. Tal orientação codificada veio a ser acolhida pelo Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932, o qual, contudo, alargou seu espectro a todo e qualquer direito ou ação, embora restrita às pretensões de natureza passiva, tão-somente.

Com uma pequena ampliação do arco regulatório, embora, ainda, restrita às dívidas passivas, o Decreto-lei nº 4.597, de 19 de agosto de 1942, estendeu o prazo prescricional em relação às dívidas a serem suportadas pelas autarquias, ou entidades e órgãos paraestatais, criados por lei e mantidos mediante impostos, taxas ou quaisquer contribuições, exigidas em virtude de lei federal, estadual ou municipal. Tal legislação também manteve o dever de responsabilidade passiva em relação a todo e qualquer direito e ação contra tais entes da Administração Indireta eventualmente postulados.

Entre uma multiplicidade de conflitos possíveis, as pretensões pessoais, face à Administração Pública, não se mostram como algo inusitado. A contínua interferência do Estado na vida dos cidadãos acaba por gerar pontos de entrecchoque entre os interesses privados e o interesse público. É o redobrado cuidado com tal interesse que se constitui em uma *categoria de mediação* para efeito de solução das contendas nesta esfera de litígio. Tanto é o *cuidado* e tão relevantes são os valores envolvidos na pacificação de tais colisões de interesses, dado serem juridicamente relevantes em um nível tido por superior, que a lei avoca para si, em específico, o controle de tais situações, o que, indubitavelmente, se mostra acertado.

⁴¹¹ Art. 12. *Aquelles que quizerem segurar o seu direito obstando á que corra para a prescripção o tempo consumido por demora e embaraços das Repartições, poderão requerer, e se lhes dará hum certificado da apresentação do requerimento e documentos com especificada declaração do dia, mez e anno;*

Hodiernamente. no caso da prescrição administrativa, no que atine às dívidas passivas da Fazenda Pública, observa-se que o Decreto nº 20.910 de 1932 dá início a seu escopo regulatório, em matéria prescricional, tratando, especificamente, das dívidas passivas da Administração Pública, em suas três esferas, bem como de todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Pública, no fito de exigir-lhe alguma prestação de conteúdo pessoal. Tal orientação restou mantida na forma do Decreto-lei nº 4.597, de 19 de agosto de 1942. Portanto, o legislador demonstra, de modo incontestado, que as ações de cunho pessoal, oriundas de interesses privados, face à Administração Pública, no geral, possuem significação e importância de destaque.

Nesse caminho, não padece dúvida alguma, não só da possibilidade de prescrição das dívidas passivas a serem suportadas pela Administração Pública, como também por uma decorrência reflexa decorrente da própria certeza da existência concreta do direito pessoal titulado pelo administrado, ou titular de direito inadimplido ou não reconhecido, gerando-se, por conseqüência, colisão de interesses com a esfera pública. Desse modo: *“A prescrição das ações pessoais contra a Fazenda Pública e suas autarquias’ é de cinco anos, conforme estabelece o Decreto ditatorial (com força de Lei) n. 20.910, de 06.01.1932, complementado pelo Decreto-Lei n. 4.597, de 19.08.1942.”*⁴¹²

Contudo, importa destacar que a aplicação do regramento legal retro-referido destina-se a atuar, tão-somente, na esfera restrita dos direitos categorizados como direitos pessoais, na medida em que:

*As ações pessoais’ têm por finalidade fazer valer direitos oriundos de uma obrigação de dar, fazer ou não fazer algo, quer assumida voluntariamente pelo sujeito passivo, quer imposta por norma jurídica. São aquelas correspondentes a direitos cujo objeto seja uma prestação. Neste sentido direcionam-se para defesa dos direitos creditícios, ou direitos pessoais, não abrangendo a garantia dos direitos privados da personalidade que, embora constituam direitos pessoais por excelência, são imprescritíveis.*⁴¹³

⁴¹² NASSAR, Elody. *Prescrição na administração pública*, p.153;

⁴¹³ NASSAR, E. *Idem*, *ibidem*;

Em presença de tais circunstâncias, resulta, por conseqüência lógica, a conclusão de que direitos reais não se submetem a tais referenciais normativos, não só no que atine ao prazo prescricional, como também a respeito da própria matéria de fundo a sofrer regulação. Tal assertiva prende-se ao fato de que:

A 'prescrição das ações reais contra a Fazenda Pública' tem sido considerada pelos tribunais como sendo comum (agora dez anos), e não a quinquenal do Decreto n. 20.910/32, a teor do art. 205 do Código Civil de 2002.

Esse entendimento vigora para as ações indenizatórias por desapropriação indireta, também denominadas por apossamento administrativo.

Verdadeiramente, admitir-se a prescrição quinquenal nas ações reais importaria em estabelecer um usucapião de cinco anos em favor da União, dos Estados e dos Municípios, o que redundaria em nova forma de aquisição, não permitida em lei.⁴¹⁴

Tal compreensão, aliás, restou consolidada nos termos da súmula nº 119, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que: *A ação de desapropriação indireta prescreve em vinte anos.*⁴¹⁵

Mas o problema maior situa-se na medida em que é consabido que não resulta impossível que o interesse privado, materializado por um direito integrado ao patrimônio de um titular, possa restar atingido em razão de um agir situado na esfera de auto-gestão da própria Administração Pública, e que, pelo seu reconhecimento em tal sede estrita, não se necessite buscar a prestação dele decorrente junto ao Poder Judiciário.

Ademais, importa destacar que em circunstâncias diversas, a própria Administração não reconhece tal direito e, de certo modo, *sanciona* a inadequação do pretendido, negando ou revendo situação concreta, a título de restaurar, primordialmente, a legalidade. Diz-se primordialmente, dado que tal princípio assume uma prevalência significativa na condição de diretriz fundamental de atuação da Administração Pública. Contudo, nada há a impedir que a atuação corretiva da Administração Pública esteja informada, em suas razões de base, por outros dos princípios que regem à sua atuação.

⁴¹⁴ NASSAR, E. Obra citada, p.155;

⁴¹⁵ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Brasília. Distrito Federal;

Dá-se tal agir de natureza recompositiva, sob o pálio daquilo que se reconhece como Princípio da Autotutela, porquanto, no mínimo, não seria admissível que se imaginasse que só o particular possa cometer equívocos. Ademais, não se pode olvidar que a Administração Pública configura uma abstração, atuando no mundo da vida através de pessoas físicas, às quais é inerente, dada a sua condição humana, a possibilidade de falha. No sentido das razões que possibilitam tal atuação corretiva, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO⁴¹⁶ preleciona que:

A Administração Pública comete equívocos no exercício de sua atividade, o que não é nem um pouco estranhável em vista das múltiplas tarefas a seu cargo. Defrontando-se com esses erros, no entanto, pode ela mesma revê-los para restaurar a situação de regularidade. Não se trata apenas de uma faculdade, mas também de um dever, pois que não se pode admitir que, diante de situações irregulares, permaneça inerte e desinteressada. Na verdade, só restaurando a situação de regularidade é que a Administração observa o princípio da legalidade, do qual a autotutela é um dos mais importantes corolários.

[...]

Registre-se, ainda, que autotutela envolve dois aspectos quanto à atuação administrativa:

- 1. aspectos de legalidade, em relação aos quais a Administração, de ofício, procede à revisão de atos ilegais;*
- 2. aspectos de mérito, em que reexamina atos anteriores quanto à conveniência e oportunidade de sua manutenção ou desfazimento.*

Portanto, resulta plenamente possível que a Administração Pública, no exercício de sua autotutela, passe a disciplinar relação jurídica entre ela e o particular, suprimindo direito, ou reconhecendo-o, nos limites que a lei, a juízo do gestor público, o possibilita.

De qualquer modo, no caso de supressão ou não acolhimento de pretensão a direito, o *credor* deverá buscar a via jurídica adequada para a ressalva dos seus jurídicos interesses, em sua singularidade, no que atine ao exaurimento da pretensão por ato de adimplemento único. Buscará, portanto, aquilo que entenda estar protegido pela ordem jurídica positiva.

⁴¹⁶ CARVALHO FILHO, J. dos S. Obra citada, p. 19;

Isso, a nosso juízo, de modo geral, poderá dar-se tanto na esfera puramente administrativa, quanto, ao depois, perante o Poder Judiciário. É de alertar-se, desde já, que no caso das relações jurídicas de trato sucessivo, estando a Administração Pública obrigada a adimplir suas obrigações por atos que se repetem no transcurso do tempo, poderá, na esfera dos efeitos decorrentes do fenômeno prescricional, surgir situação diferenciada.

Diferenciada, no sentido do ao final destacado, por peculiar, entre às possibilidades do exercício da mencionada autotutela, é de se destacar situações caracterizadas por aquelas em que a Administração Pública já havia reconhecido o direito do administrado, agindo, entretanto, em presença de uma pontual inação do particular credor, em detrimento da forma de implementação concreta de tal pretensão já reconhecida.

Em tais circunstâncias, partindo de uma compreensão obstativa do reconhecimento absoluto de tal direito, a Administração Pública identifica um fato ou circunstância com matiz, a seu juízo, constitutivo, ao qual atribui feição negativa, de modo a gerar evento que lhe atribua a possibilidade jurídica de negar o adimplemento de uma particular obrigação a ser cumprida por reiteração de conduta, a qual se identifica sob o título de relação jurídica de trato sucessivo. Ou seja, a Administração Pública encontra e identifica um modo de não cumprir com o atendimento de um direito já reconhecido, negando-se, contudo, a adimpli-lo, no que se refere à sua prestação sucessiva.

Muitas podem ser as razões de tal agir, desde que sempre lastreadas na observância da lei. Mas, no caso em tela o que nos interessa é o fenômeno prescricional. De tal sorte, categorizando tal direito a partir de sua singular autonomia, a Administração Pública esquiva-se de adimplir sua genérica obrigação passiva, por pretendê-la alcançada pela prescrição.

Visando solver a controvérsia oriunda do rechaço à obrigação passiva, deu azo ao Supremo Tribunal Federal formular solução concretizada em súmula. De tal sorte, diz a súmula 85 do STF que: *Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio*

direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.

Ora, como efeito de tal autorizada mediação interpretativa, o que se percebe, de imediato, é que houve uma relativização do grafado pelo art. 1º do Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932. Diz-se relativização na medida em que a intelecção judicial autoriza a incidência da prescrição, tão-somente, no que se refere às prestações já vencidas há mais de cinco anos. Mantêm-se intacto, portanto, àquilo que recebeu a denominação de *fundo de direito*, o qual permanece íntegro. Devendo, portanto, ser reconhecido pela Administração. Nesse aspecto, diz PAULO DE TARSO DRESCH SILVEIRA⁴¹⁷ que:

A súmula nº 85, acima transcrita, relativiza, sem qualquer dúvida, o rigor do art. 1º do Decreto nº 20.910/32, permitindo que esse atinja, apenas, as prestações já vencidas há mais de cinco anos, mantendo, intacto o fundo de direito. Esse, contudo, poderá desaparecer no quinquênio se já tiver sido objeto de postulação junto à administração Pública e tenha sido negado.

Entretanto, no momento em que se passa a indagar a tal perplexidade, sob a ótica da prescrição, surge o vazio legislativo como fator provocador de dúvida imediata. Ante tal perplexidade, há de perquerir-se então qual seria, além da interpretação judicial, o critério adequado a formatar regulação para tais circunstâncias. Impende que se conheça de algum critério, na medida em que a orientação jurisprudencial situa-se em mera análise de relação de consequência a partir de um entendimento historicamente situado em face de um determinado caso concreto. Isto tudo porque tal entendimento, como é de sua própria natureza, poderá resultar alterado. Portanto, para efeito de que seja resguardada a segurança jurídica, mostra-se necessária a localização de preceito jurídico que autorize tal perspectiva.

Entender-se, em razão de tal vazio, que a Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999 restringiu, de modo generalizado, o direito de autocontrole, fixando o prazo

⁴¹⁷ SILVEIRA, Paulo de Tarso Dresch. *Breves apontamentos sobre a prescrição no direito administrativo brasileiro*, p. 2;

improrrogável de 5 (cinco) anos, parece-nos configurar uma interpretação, no mínimo, forçada. O que é possível vislumbrar da norma grafada pelo art. 54 da Lei nº 9.784/1999, é o estabelecimento de um regramento básico para o processo administrativo, no âmbito da Administração Federal direta e indireta, devendo atuar, também, na proteção do administrado, como também para o *melhor cumprimento dos fins da Administração*. Contudo, tal regulação não vai além disso.

Por primeiro, constata-se que da análise do cipoal de normas administrativas componentes da tecitura de regulação do Direito Administrativo pátrio, são encontráveis outras regras que também disciplinam matéria prescricional. Isto, contudo, não legitima imaginar-se que devam, tão-só por isso, assumirem a condição de preceitos de aplicação universalizada para a regulação do fenômeno prescricional. De modo que pretender generalizar o peculiar comando extintivo grafado pela Lei nº 9.784/1999, além de caracterizar atitude precipitada, cria manifesto equívoco, estabelecendo alcance que a própria lei não reconhece a si própria.

Nessa senda, o STF, ao que parece, sem formular uma estrutura conceitual de solução, buscou no princípio da *actio nata* uma solução que nos parece provisória, dada a possibilidade permanente de alteração de tal compreensão jurisprudencial. Conforme lançado nos autos do recurso extraordinário nº 99.544, oriundo do Estado de São Paulo, restou assentado que:

'Funcionalismo'. Prescrição. A prescrição do art. 1º do Decreto nº 20.910, de 1932, refere-se ao próprio direito, não se confundindo com a prescrição de prestações. Assim, o direito a que a Administração Pública pratique um ato, de que decorrem benefícios a funcionários, prescreve em cinco anos.^{418 419}

⁴¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Conhecimento e deferimento de recurso Recurso Extraordinário nº 99.544-SP. Estado de São Paulo e Ireno Perassi e outros. Relator: Ministro Carlos Madeira. Brasília, 26 de novembro de 1985. Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 117, p. 122;

⁴¹⁹ No mesmo sentido: *a prescrição quinquenal a favor da Fazenda Pública, estabelecida pelo Decreto nº 20.910, de 1932, alcança todo e qualquer direito e ação, seja qual for a sua natureza, sem exceptuar os assegurados em lei ao servidor público. A prescrição apenas das prestações pressupõe que a Administração Pública não tenha praticado ato de que decorra o não pagamento delas.* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Conhecimento e deferimento de recurso Recurso Extraordinário nº 95.592-2-SP. Relator: Ministro Soares Muñoz. Brasília. Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 117, p. 123, mês e ano; e: *Quando é um direito reconhecido, sobre o qual não se questiona, aí, são as prestações que vão prescrevendo,*

Entretanto, importa que se destaque que tais: *quaisquer direitos* estão situados na esfera dos direitos pessoais, conforme já realçado acima. De modo que resulta consagrado, portanto, que em se tratando de dívidas passivas da Administração Pública, a prescrição da ação necessária à recomposição do patrimônio privado lesado, ocorre no prazo de cinco anos, sendo tal limite adstrito a qualquer direito de natureza pessoal. Quanto ao cognominado fundo de direito, também ocorre a prescrição no mesmo prazo, independentemente de eventuais prestações devidas, não porque o princípio da igualdade constitua a razão de tal reconhecimento, mas sim em razão do princípio da *actio nata*. Nessa senda, encontram-se posições dissonantes, Nesse sentido, diz JOSÉ CRETELLA JÚNIOR⁴²⁰ que:

Não é assim tão absoluta e rígida a regra, ainda em vigor do D. n. 20.910, de 1932, art. 1º, ao preceituar que 'todo e qualquer direito ou ação, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos'. De maneira alguma. Existem direitos e ações contra a Fazenda Pública que 'nunca prescrevem'. São direitos subjetivos públicos, que, por sua natureza intrínseca, ficam imunes à prescritibilidade, quer pelo caráter alimentar, quer pela índole previdenciária de que se revestem.

Nos dias de hoje, tal compreensão não mais se sustenta. Por força da Constituição Federal de 1988, restou claro que o princípio geral atinente à prescrição, enquanto fenômeno extintivo resultou universalizado. Tanto é assim que o regramento constitucional explicitou, de forma pontual, específica e incontroversa as situações que escapam à regra geral da prescritibilidade. Ora, entre essas não se encontram os mencionados direitos referidos por CRETELLA JÚNIOR. Portanto, à exceção das hipóteses constitucionalmente explicitadas, o não exercício de direito a ser postulado ao cumprimento da Administração Pública, no prazo de cinco anos, restará, inexoravelmente, atingido pelo evento prescricional, sob pena de afronta mediata ao

mas, se o direito às prestações decorre do direito à anulação do ato, é claro que, prescrita a ação em relação a este, não é possível julgar prescritas apenas as prestações, porque prescreveu a ação para o reconhecimento do direito, do qual decorreria o direito às prestações. Do contrário seria admitir o efeito sem causa. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário conhecido e não provido. Relator: Ministro Luiz Gallotti. Brasília. Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 117, p. 123, Brasília, agosto de 1966;

⁴²⁰ CRETELLA JR. J. Obra citada, p. 8;

ordenamento constitucional positivo, tomando-se em conta, contudo, a dicotomia existente entre direitos pessoais e direitos reais.

10.3. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO RÉS - DIREITO POSTULADO E NEGADO ADMINISTRATIVAMENTE

Como já realçado acima, a posição passiva da Administração Pública, no que se refere ao fenômeno da prescrição, não gera maior perplexidade. Tal circunstância decorre da existência de regulação expressa neste sentido, através do disciplinado, primordialmente, pelo Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932, em seu art. 1º. Contudo, como já realçado, tal disciplina é de abrangência estrita.

No caso das obrigações de trato sucessivo, também é o mesmo regramento legal quem estabelece às diretrizes gerais ao adimplemento de tais obrigações a serem suportadas pela Fazenda Pública, em específico na forma do estatuído pelo art. 2º do Decreto nº 20.910/1932, conforme o acima destacado.

No que se refere à especificidade apontada, qual seja às das obrigações de trato sucessivo onde surge, por vínculo estrito, a figura do denominado fundo de direito, há de ter-se em conta, como pressuposto de existência e de arrimo mediato, a necessidade de que tal direito não tenha sido negado na via administrativa.

Tratando-se, contudo, de situação peculiar, ou seja, em presença de negativa do direito postulado, face a negativa de seu reconhecimento por parte da Administração Pública, nos termos do invocado pelo administrado, gera-se questão problemática, no que se refere ao evento prescricional, na medida em que se cria impasse a partir da possibilidade, ou não, de aplicar-se, em princípio, a disciplina formatada pelo art. 1º do Decreto nº 20.910/1932.

A delimitação judicial sumulada pouco auxilia, na medida em que a súmula nº 85 do Superior Tribunal de Justiça estabelece que: *Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não*

tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior a propositura da ação. Nada afirma, portanto, com relação ao direito de base, ou, como reiteradamente sedimentado, ao fundo de direito.

A regulação legal, por seu turno, sofreu forte influência de tal orientação jurisprudencial, embora tenha inserido uma compreensão de conteúdo ideológico diverso, porquanto ampliou o efeito extintivo dimensionado pela compreensão judicial. Tal assertiva é percebida da leitura do art. 103 da Lei Federal nº 8.213, de 24.07.1991, o qual, como exemplo do que aqui se aponta, dispõe:

Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo. (grifos nossos).

Parágrafo único. Prescreve em cinco anos, a contar da data em que deveriam ter sido pagas, toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela Previdência Social, salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes, na forma do Código Civil. (grifos nossos).

Tomando em conta a legislação acima transcrita, resulta interessante destacar que, por força de tal regra legal, resta, por primeiro, reconhecido que o evento extintivo é consolidado através de prazo categorizado como de decadência e não de natureza prescricional, a atingir o próprio fundo de direito. Gestou-se, a partir de tal regra, o apoio legal que possibilita à Administração Pública, não considerado aqui, por óbvio, a própria ausência do direito em-si, negar o direito em-si na esfera administrativa, atribuindo a tal ato um efeito extintivo perpétuo.

A repercussão de tal regulação mostra-se significativa, a partir do momento em que submetemos à análise, num movimento de descentramento da razão formal de legitimação do agir da Administração Pública, o conteúdo ampliativo propiciado pela norma legal em tela. Ou seja, tal negativa não decorre de um mero juízo de conveniência ou oportunidade da Administração Pública,

mas sim que, apoiada na força do evento extintivo decadencial, nega o direito na esfera administrativa, atingindo-o de *morte*, já que o prazo decadencial atinge o próprio fundo do direito em-si.

Do cotejo de tais circunstâncias, percebe-se que o conteúdo ideológico da legislação que disciplina a matéria prescricional, em sede administrativa, evoluiu, mostrando-se ideologicamente dissidente das diretrizes estabelecidas pelo próprio Estado Democrático de Direito. Percebe-se, portanto, que, a Administração Pública busca isentar-se, de forma definitiva, de seu dever, caso o administrado não tenha agido em tempo oportuno para revisar àquilo que lhe está sendo prestado em desacordo com a lei, ou até mesmo negado.

Tal perspectiva, além da desconsideração à observância do princípio da boa-fé do administrado, revela profunda insensibilidade, dado que a maioria desses direitos foram adquiridos mediante o custeio de sua aquisição por dispêndio retirado do patrimônio do administrado, durante o largo transcurso dos anos, o que revela, até mesmo, sob um ângulo de percepção construído a partir de uma idéia singular de justiça, uma forma insidiosa de enriquecimento ilícito.

No que se refere às prestações vencidas ou quaisquer valores devidos a título de restituições ou diferenças, o preceito legal remete ao prazo prescricional de cinco anos. Não inova, apenas resguarda-se em seus interesses. Portanto, mantém-se, no que atine ao efeito prescricional, a regra grafada pelo art. 1º do Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932, em seu artigo primeiro.

Vê-se, portanto, no caso dos direitos negados administrativamente, que a Administração Pública, em uma de suas variáveis de regulação, estatui regra extintiva de direito do administrado, cuja rigidez, dada à natureza do direito em tela, não é encontrável nem mesmo na esfera privada. Sabe-se, *ad argumentandum tantum*, que os alimentos — e os benefícios previdenciários tem este conteúdo — são irrenunciáveis, bastando ao exercício da pretensão ao seu recebimento que resulte comprovada a necessidade. Tal reconhecimento dá-se

inclusive no caso do cônjuge culpado pela dissolução da sociedade conjugal, ao qual a lei busca assegurar a sobrevivência⁴²¹.

Estranhável, portanto, que a Administração Pública, em tratando-se de direitos semelhantes quanto à sua natureza, qual seja direito pessoal à sobrevivência, insira, por ora, no caso de revisão de benefício, regra extintiva do direito em-si, limitando os efeitos extintivos da prescrição, tão-somente no que se refere a eventuais prestações associadas ao fundo de direito.

Dessa forma, em razão de eventuais conflitos nos quais a matéria controvertida esteja situada, a partir da discussão da viabilidade da categoria que se convencionou designar por direitos de fundo, ou fundo de direito, resulta inadequado limitá-lo por efeito de decadência e não de prescrição. Em realidade, tal concepção decorre da superada compreensão dualista do fenômeno jurídico, na qual a legitimidade decorre, tão-somente, como efeito direto do processo de regulação estatuído a partir do modelo que só exige um comportamento objetivo conforme a norma. Como resultado de tal visão não democrática do direito, ao optar-se pelo instituto da decadência ao invés da prescrição, o sistema acaba sendo permeado pela imoralidade e pela ausência de um alicerce ético. Não se pode, nunca, esquecer que, num Estado Democrático de Direito:

(...) a legitimidade de regras se mede pela resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa; e o que conta, em última instância, é o fato de elas terem surgido num processo legislativo racional – ou o fato de que elas poderiam ter sido justificadas sob pontos de vista pragmáticos, éticos e morais. A legitimidade de uma regra independe do fato de ela conseguir impor-se.⁴²²

Já a visão jurisprudencial com maior acatamento assume postura mais consentânea com as diretrizes do Estado Democrático de Direito, estatuidando que a pretensão a destempo ajuizada, dá causa à prescrição e não a decadência do direito, na forma do disciplinado pelo art. 1º, do Decreto nº 20.910, de 06 de

⁴²¹ Tal disciplina é conformada pelo Código Civil, nos termos dos artigos. 1.694 a 1.710;

⁴²² HABERMAS, J. Obra citada, p. 50;

janeiro de 1932.⁴²³ Ou seja, a compreensão jurisprudencial reconhece que a prescrição referida pelo art. 1º, do Decreto nº 20.910/1932, diz respeito ao próprio direito, não se referindo à prescrição que atinge às prestações. Ou seja, a não atuação do administrado dá azo à perda da possibilidade de reconhecimento do fundo de direito e não apenas ao de pagamento das sucessivas prestações.⁴²⁴

A partir de tal entendimento jurisprudencial, formou-se compreensão doutrinária no sentido de que: *Não há, por conseguinte, prescrição do fundo de direito, se não foi indeferida, expressamente, pela Administração, a pretensão ou o direito reclamado.*⁴²⁵ Desse modo, mais uma vez, resta configurada a existência de uma prescrição administrativa, na medida em que, caso o direito postulado seja negado pela Administração Pública, tal evento dá causa a prescrição do próprio direito, no prazo de cinco anos, nos termos do grafado pelo art. 1º, do Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932, o que, em princípio, não exclui, de forma definitiva, o restabelecimento de uma situação eticamente justificável.

10.4. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO COMO AUTORAS

A Administração Pública, por óbvio, não se inscreve, no âmbito das relações jurídicas que integra, tão-somente, na condição de parte passiva. Assume, também, a condição de credora e, por decorrência de tais feições, eventualmente ocupa o espaço processual na condição de autora.

⁴²³ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 116.732. Rio de Janeiro. 2ª Turma. Relator: Ministro Carlos Madeira. Recorrente: o Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Milton Corrêa da Silva e outros. RTJ 129/431. *Prescrição quinquenal. Pretensão ajuizada dezesseis anos após o transcurso do prazo prescricional. Prescrição do direito. Decreto nº 20.910/32, art. 1º. Segundo o princípio da 'actio nata', prescreve, no quinquênio, o próprio direito não postulado oportunamente e não as prestações sucessivas não alcançadas pelo decurso do tempo. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal;*

⁴²⁴ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 99.544. São Paulo. 2ª Turma. Relator: Ministro Carlos Madeira. Recorrente: o Estado de São Paulo. Recorridos: Irene Perassi e outros. RTJ 117/122. *Funcionalismo. Prescrição. A prescrição do artigo 1º do Decreto nº 20.910, de 1932, refere-se ao próprio direito, não se confundindo com a prescrição de prestações. Assim o direito a que a Administração Pública pratique um ato, de que decorrem benefícios a funcionários, prescreve em cinco anos;*

⁴²⁵ NASSAR, E. Obra citada, p. 161;

Tal condição dá azo, no que atine ao fenômeno jurídico da prescrição administrativa, à perplexidade marcada por forte relevância. Tal perplexidade configura-se na medida em que, à exceção de regulação específica, no geral, não se encontra, hodiernamente, dispositivo legal que refira, de modo expreso, geral e direto, estrutura de regulação em relação às dívidas ativas da Administração Pública⁴²⁶.

Nesse caso, tais pretensões são acolhidas pelo sistema jurídico como um todo, observada, tão-somente, a especificidade da matéria. Mesmo assim, tal tolerabilidade, para o efeito de opção, de interpretação, e de aplicação de uma determinada regulação legislativa, não gera nenhuma uma espécie de circunstância impeditiva à Fazenda Pública Federal. Esta pode buscar, indubitavelmente, os créditos dos quais é titular. No caso, no que atine à prescrição, é reconhecida a legitimidade do sistema que disciplina a relação jurídica de base. Contudo, muitas são as omissões legais, inexistindo regramento específico.

Desse modo, tal circunstância exige atenta reflexão por suas eventuais conseqüências. Importa que se destaque que tal carência legislativa poderia dar azo, por ausência de regra legal expressa, em presença de pretensão lastreada pelo princípio constitucional da igualdade, a que o administrado, viesse exigir o reconhecimento da prescrição de todas as suas eventuais obrigações não reclamadas pela Administração Pública no prazo de cinco anos. Visualizar-se-ia, portanto, uma ilegítima e inadequada reciprocidade entre interesse público e interesse privado, igualdade esta que nem mesmo a lei e muito menos a Constituição Federal reconhecem.

⁴²⁶ Importa destacar que tal afirmação assume aqui uma condição de pressuposto heurístico, de molde a possibilitar a construção das hipóteses necessárias ao deslinde das controvérsias em nível de solução. De tal sorte, toma-se como modelo empírico a submeter-se a tais contingências, a Administração Pública Federal. Tal atitude vincula-se, não só a necessidade de um referencial concreto a submeter-se aos necessários questionamentos, como também a impossibilidade de buscarem-se outros referenciais, tais como os regramentos administrativos estaduais e municipais, porquanto tal opção redundaria em imprecisão inaceitável, na medida em que restaria impossível, nos limites aos quais se propões as presentes indagações, examinar-se toda a legislação relativa a tais entes federados;

Portanto, face à possibilidade concreta de que a Administração Pública seja titular de créditos, importa, por primeiro, que se tenha bem claro o que significam tais pretensões. Ora, tais pretensões, na sua variabilidade concreta, significam àquilo que, genericamente, passou a ser cognominado de dívida ativa. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR⁴²⁷ explicita o que são dívidas da Fazenda Pública, asseverando que:

Dívida ativa é o mesmo que crédito. É a obrigação jurídica vista pela ótica do credor, que pode contabilizá-la na coluna do ativo, já que se integra em seu patrimônio. É o crédito a ser recebido pelo titular da dívida proveniente de impostos, direitos ou indiretos, concernentes a dado exercício financeiro e que não tenha entrado para os cofres públicos, no devido tempo. Dívida ativa é, assim, o somatório de impostos atrasados e devidos, não recebidos ainda pelo Estado e cuja cobrança, amigável ou judicial, pode ser promovida tempestivamente, dentro do prazo fixado em lei. Não só. Há dívidas provenientes de diversas naturezas, como, por exemplo, entre outras, as relativas ao quantum pago a mais, por erro de cálculo, ao funcionário público federal e que a União tem o poder-dever de pedir de volta, administrativa ou judicialmente. E há ainda dívidas ativas originadas de ilícito penal.

O problema decorrente de tal compreensão que, de início, pareceria, tão-somente, um falso problema, exsurge como forte perplexidade, na medida em que se o visualiza a partir dos contornos inerentes ao princípio da supremacia do interesse público. Tanto é assim que, equivocadamente, a esse respeito, referindo-se, ainda, ao sistema de regulação estatuído pelo Código Civil de 1916, diz JOSÉ CRETELLA JÚNIOR⁴²⁸ que:

Não só o art. 178, § 10, VI do Código Civil Brasileiro, como também o art. 1º do Decreto nº 20.910 de 6 de janeiro de 1932, fazem referência apenas a dívidas passivas, determinando que elas prescrevem em cinco anos, contados da data do ato ou fato do qual se originaram.

Esses dispositivos, assim como os da Lei nº 5.761, de 25 de junho de 1930, os do Decreto-lei nº 4.597, de 19 de agosto de 1942, e os da Lei nº 2.221, de 31 de maio de 1954, estão na mesma linha do Código Civil e do Decreto nº 20.910/32. Nenhum desses dispositivos, repetimos, emprega a expressão dívidas ativas.

Nesse caso, existe, portanto, uma lacuna da lei a respeito do prazo prescricional para este tipo de dívida, assim como falta, na legislação, dispositivo expresso,

⁴²⁷ CRETELLA JR. J. Obra citada, p. 67 a 68;

⁴²⁸ CRETELLA JÚNIOR. J. Idem, p. 71 a 72;

que indique o momento preciso em que se começara a contar o prazo prescricional, na hipótese de dívida ativa da União. Entretanto, como todos, Estado e particular, são constitucionalmente iguais perante a lei, os dispositivos concernentes às dívidas passivas, relativas à União, aos Estados e aos Municípios, seja qual for a natureza, aplicam-se às dívidas ativas, fazendo-se abstração, no caso, da qualificação do credor ou do devedor. Basta que haja relação jurídica de crédito e débito, para que se apliquem as regras do prazo prescricional e o momento em que se principia a contagem desse prazo.

De imediato se percebe que tal critério, no mínimo, é fonte de sérias dúvidas quanto à sua adequação. Isto porque funda a sua racionalidade em compreensão de extensão generalizadora, igualando, em tabula rasa, Administração Pública e administrado, embora ninguém duvide, ou saiba, de que se tratam de desiguais. Desiguais, entre outros aspectos, em razão de uma marcante desigualdade no que atine aos seus correspondentes interesses. Se resultar admissível que interesses privados podem estar, eventualmente, alinhados a interesse públicos, também resulta seguro que tal identidade de interesses, quase sempre, mostra-se absolutamente dissonante, bastando, para tanto, que o objeto almejado seja identificado por sua unicidade, como também pelo fato de que deve ser assegurado a tão só um dos interessados.

Não há dúvida de que a expressão: *todos são iguais perante à lei*, gera, de imediato, uma certeza transitória de que a Administração Pública e o administrado estão em identidade de direitos. Contudo, tal assertiva não se revela verdadeira, na medida em que não se pode olvidar que a igualdade dá-se, tão-somente, em face da lei. E lei, neste sentido, não há. Ademais, como acima realçado, mostra-se seguramente preocupante o fato de que tal *equiparação* pode se mostrar lesiva ao interesse público.

Portanto, no que se refere ao prazo relativo à prescrição das dívidas ativas da Fazenda nacional, como tê-lo por igual ao assegurado ao particular, quando na condição de credor, se a própria Constituição Federal diz ser a lei o parâmetro da pretendida igualdade e, no caso, lei não há.

De tal sorte, retornando-se ao problema anteriormente destacado, tomando-se em conta de que a lei é, em princípio, o divisor de águas para o acolhimento de tal

igualdade, e que, no caso em tela, a lei nada diz em relação às dívidas ativas, impende que se identifique a existência, ou a inexistência de um critério de solução para tal perplexidade. Mas qual critério?

Em razão de tal perplexidade, outra circunstância que tornou tal pretensão de delimitação de um prazo geral complicada, é aquela que, por absoluta falta de convicção na possibilidade de formulação de um determinado critério, reconheceu, por uma via de solução mais fácil, a simplificadora aceitação da existência de direitos imprescritíveis em favor da Fazenda Pública. Entretanto, trata-se de perplexidade que já recebeu exame adequado em sítio específico das presentes indagações.

O que se buscou com a reflexão acima realçada, além de destacar-se da inadequação específica do princípio da igualdade, foi identificar-se o surgimento de um novo complicador, ou seja, a vazia e fácil aceitação da imprescritibilidade em favor da Administração Pública, servindo-se, para tanto, do surrado argumento de proteção inafastável do interesse público.

A nosso sentir, o problema em tela só pode ter sua solução estruturada a partir de uma argumentação relativa aos limites estabelecidos pelo princípio geral da prescritibilidade. Até porque, caso ainda se pretendesse esgrimir com a pretensão de igualdade, a supremacia do interesse público, enquanto diretriz basilar de nosso sistema jurídico normativo de Direito Administrativo, poderia acabar sendo vítima de um outro sentido de natureza simplificadora, marcado por uma racionalidade que, estrategicamente, acabaria por tolerar práticas, sob tal premissa construída e direcionada, voltadas ao atendimento de interesses privados, em detrimento dos interesses da própria Administração Pública.

Como se vê, as posições formuladas pela doutrina e pela jurisprudência não encaminham para a construção de uma solução que se mostre plenamente justificada. O ponto fulcral da questão dá-se na medida em que, na ausência de preceito legal expresso, a adoção do princípio da igualdade pode dar azo à legitimação de condutas lesivas ao interesse público e, por decorrência, à própria sociedade como um todo. Ante tais circunstâncias, portanto, há de buscar-se a solução da controvérsia, a partir da

construção de um critério de mediação de natureza ético-jurídica. Mas qual seria tal critério?

No que se refere às dívidas ativas, em razão das quais a Administração Pública assume a condição de credora, podemos encontrar, por primeiro, nas Ordenações Filipinas⁴²⁹ as primeiras regras que garantiram tal espécie de pretensão. Ali, o prazo prescricional restava limitado, como regra geral, ao transcurso de trinta anos. Contudo, tal lapso temporal, nos dias de hoje, mostra-se como totalmente inadequado.

Contudo, é o Decreto n. 857, de 12 de novembro de 1851, que consolida, em nosso ordenamento jurídico, pela primeira vez, no que atine à Fazenda Pública, a regulação da prescrição sob uma ótica generalizadora. Tal regramento estabeleceu prazos diversos para incidência do fenômeno extintivo, tendo, à época de sua vigência, diferenciando o lapso temporal a ser exaurido, tanto no atinente às condições de credora, quanto de devedora, assumidas, respectivamente, pela Fazenda Pública.

No que se atine à Fazenda Nacional, na condição de devedora, o Decreto n. 857, de 12 de dezembro de 1851, delimitou o curso do lapso prescricional em cinco anos. Já no que se refere à dívida ativa sob a titularidade da Administração Pública, qual seja naquela em que a Fazenda é credora, tal regramento legal fez ressurgir o

⁴²⁹ A primeira legislação de que se tem notícia, a respeito da prescrição administrativa, está fundada nas Ordenações Filipinas, a qual, em seu título 79, de seu livro IV, estabelecia o prazo de 30 anos em relação às dívidas ativas, norma esta que era aplicável à Fazenda. Dizia tal dispositivo que: Se alguma pessoa for obrigada à outra em alguma certa cousa, ou quantidade, por razão de algum contracto, ou quasi-contracto, poderá ser demandada até trinta annos, contados do dia que essa cousa ou quantidade haja de ser paga, em diante. E passados os ditos trinta annos, não poderá ser mais demandado por essa cousa, ou quantidade; por quanto por a negligencia, que a parte teve, de não demandar em tanto tempo sua cousa, ou divida, havemos por bem, que seja prescripta a aução, que tinha para demandar. Porém esta Lei não havera lugar nos devedores, que tiverem má fé porque estes taes não poderão prescrever per tempo algum, por se não dar ocasião de peccar, tendo o alheo indevidamente. Porem, se a dita prescripção for interrompida por citação, feita ao devedor sobre essa divida, ou per outro qualquer modo, per que per Direito deva ser interrompida, começara outra vez de novo correr o dito tempo. E se aquelle a que for a cousa, ou quantidade devida, for menor de quatorze annos, não correrá contra elle o dito tempo até que tenha idade de quatorze annos cumpridos. E tanto que chegar a ella, correrá contra elle. E postoque o dito tempo corra contra o maior de quatorze annos, e menor de vinte e cinco, poderá elle pedir restituição contra sua negligencia, que teve em não demandar dentro de dito tempo, até chegar a idade de vinte e cinco annos; com tanto que do tempo, que elle chegar a idade de vinte e cinco annos, até quatro annos cumpridos, em que fara vinte e nove annos, a peça e impetre. E pedida e impetrada a restituição, podera haver e cobrar toda sua divida, como se nunca o dito tempo de trinta annos corresse contra ele. E quanto aos bens obrigados a outrem em geral, ou em especial, se guarde o que temos dito no Título 3: *Que quando se rende a cousa, que he obrigada, sempre passa com seu encargo;*

prazo prescricional de quarenta anos, conforme já estabelecera o Capítulo 210 do Regimento da Fazenda de 1516. Contudo, foi a Lei nº 243, de 30 de Novembro de 1841⁴³⁰ quem melhor delimitou tal questão, no que se refere a tal prazo prescricional para o exercício da pretensão de recebimento das dívidas ativas da Fazenda Nacional. Tal regramento legal assentava que:

Considerando que o Art. 20 da Lei de 30 de Novembro de 1841, relativo á prescripção da divida passiva e activa da Nação, exige explicações claras e explicitas, que sirvão tanto para dirigir os executores, como para instruir as partes no que toca a seus direitos e interesses, Hei por bem Determinar o seguinte:

[...]

Art. 9º A prescripção de 40 annos posta em vigor pelo citado Art. 20 da Lei de 30 de Novembro de 1841, com referencia ao Capitulo 210 do Regimento da Fazenda, a respeito da divida activa da Nação, opera a completa desoneração dos devedores da Fazenda Nacional do pagamento das dividas, que incorrem na mesma prescripção, de maneira que, passados os 40 annos, não póde haver contra elles penhora, execução, ou outro qualquer constrangimento.

Vê-se, portanto, que o legislador, apesar da meritória conduta de disciplinar a prescrição em relação aos créditos titulados, tanto pela Fazenda Pública, quanto pelos administrados, primou por injustificada diferenciação no que atine ao lapso temporário necessário para o reconhecimento do fenômeno extintivo. Isto porque em se tratando de dívidas passivas a serem suportadas pela Administração Pública, o prazo prescricional não ultrapassava aos cinco anos, enquanto que, em se tratando de dívida ativa, qual seja em presença da pretensão da Fazenda Pública, enquanto credora, o prazo prescricional recebeu o dilargado prazo de quarenta anos. Gritante, portanto, a desigualdade de tratamento acolhida por tal regramento.

⁴³⁰ Lei nº 243 — de 30 de Novembro de 1841. Fixando a Despeza, e Orçando a Receita para o Exercício do anno financeiro de 1842 — 1843. Dom Pedro Segundo, por Graça de Deos, e Unanime Acclamação dos Povos, Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brasil, Fazemos saber a todos os Nossos Subditos, que a Assembléa Geral Decretou, e Nós Queremos a Lei seguinte. [...] Art. 20º Do 1º de Janeiro de 1843 em diante não terá mais lugar inscripção alguma da devida passiva fluctuante, mandada fundar pela Lei de 15 de Novembro de 1827, á excepção daquellas que nessa epoca se acharem em liquidação, ou penderem de processo judicial, ficando inteiramente prescriptas, e perdido para os credores o direito de requerer a liquidação e pagamento dellas. Da mesma data em diante ficão em vigor os Capitulos 209 e 210 do regimento de Fazenda, assim pelo que respeita à divida passiva posterior ao anno de 1826, existente até hoje e á divida futura, como pelo que respeita a toda divida activa da Nação. O Governo dará toda publicidade á disposição deste Artigo e dos referidos Capitulos;

Com o advento do Código Civil, a prescrição, no que se refere às pretensões creditícias da Administração Pública, à exceção do regulado por lei especial, passou a ser regrada pelo estatuto civil, dado que tal legislação codificada, em seu art. 163⁴³¹, estabelecia que: *As pessoas jurídicas estão sujeitas aos efeitos da prescrição e podem invocá-los sempre que lhes aproveitar.* Portanto, ante a inexistência de regra especial, todos os créditos ativos titulados pelas pessoas jurídicas de Direito Público, passaram a submeter-se aos prazos prescricionais estabelecidos pelo Código Civil.

Tal entendimento não se mostrou isento de contrariedade. Clóvis Beviláqua, apoiado no disposto pelos artigos. 66, inciso III, e 67, ambos do estatuto civil revogado, manifestava que os créditos relativos às dívidas ativas das pessoas jurídicas de Direito Público eram imprescritíveis, dado que sendo tais bens integrantes do patrimônio público, assumiam a condição de inalienáveis, não podendo, portanto, prescrever a ação que os assegurava, salvo que tal inalienabilidade lhes fosse retirada por força de lei.

De tal modo, a prescrição em desfavor da Fazenda Pública é hoje reconhecida, por grande parte da doutrina, como sendo a comum da lei civil ou comercial, salvo as exceções previstas em lei especial. Tanto é assim que HELY LOPES MEIRELLES⁴³² preleciona que:

A 'prescrição das ações da Fazenda Pública contra o particular' é a comum da lei civil ou comercial, conforme a natureza do ato ou contrato a ser ajuizado. Entretanto, para a cobrança do crédito tributário, qualquer que seja a origem ou espécie, a prescrição é de 'cinco anos', consoante estabelece o Código Tributário Nacional (art. 174), e em igual prazo ocorre a decadência do direito de constituir esse crédito (art. 173).

Nesse passo, entretanto, importa realçar que circunstância diferenciada surge do grafado pelo art. 37, § 5º, da Constituição Federal. Do exame de tal dispositivo, consolidou-se na doutrina o entendimento de que em se tratando de ações de natureza

⁴³¹ República Federativa do Brasil. Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916;

⁴³² MEIRELLES, H. L. Obra citada, p. 624;

indenizatória, tratam-se de pretensões imprescritíveis, sendo: (...) *inextinguíveis pelo decurso do tempo, embora extinguíveis são os ilícitos que lhes deram causa*⁴³³.

Tal preceito, contudo, é caso de regulação pontual, sofrendo explicitação marcada por forte diferenciação em favor da Administração Pública e de seus agentes, em relação ao administrado em geral. Isto porque, quando algum agente público, servidor ou não, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, venha a perpetrar ato que configure improbidade administrativa, com conseqüente prejuízo ao Erário, incide a regra do art. 23 da Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, delimitando o prazo prescricional de cinco anos, o que acaba por gerar, manifesta lesão ao princípio da igualdade, na medida que, em outras circunstâncias que reste possível a pretensão a indenização por prejuízo sofrido pelo Erário, a Administração Pública não estará sujeita a prazo prescricional algum, nos termos do regramento constitucional acima realçado. Nesse sentido, esclarece PAULO DE TARSO DRESCH DA SILVEIRA que:

No que se refere aos prazos prescricionais a serem aplicados quando as pessoas jurídicas de direito público figurem como autoras das demandas, cabe observar-se que, regra geral, esses são os previstos no artigo 177 do Código Civil brasileiro.

A regra geral, contudo, encontra exceções, sendo possível citar-se, como exemplo, o disposto no § 5º do artigo 37 da Constituição Federal de 1988 que assim dispõe: '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.'

Da leitura do dispositivo acima é possível verificar-se que o constituinte de 1988 afastou-se, no que se refere às ações de ressarcimento, o princípio básico de nosso direito que prevê a prescritibilidade de todas as ações de natureza condenatória.

A previsão expressa à imprescritibilidade das ações de ressarcimento de danos causados ao erário, por servidor ou não, representa clara opção do constituinte na proteção, em primeiro lugar, do interesse público, demonstrando o claro cunho social de nossa Constituição Federal.

[...]

Quanto às sociedades de economia mista, as empresas públicas e as fundações privadas instituídas e mantidas pelo Poder Público, cabe observar-se que essas, tendo

⁴³³ GASPARINI, D. Obra citada, p. 756;

*em vista a natureza privada que possuem, estão sujeitas, da mesma forma como ocorre quando são rés, aos prazos previstos no art. 177 do Código Civil brasileiro.*⁴³⁴

De tudo o que até aqui se afirmou, não há mais dúvida que as dívidas ativas das pessoas administrativas são prescritíveis; importa, tão-somente, fixarem-se os prazos, no que há duas posições. A compreensão fundada no entendimento jurisprudencial situa-se a partir de duas óticas específicas. A primeira atine aos casos em que há legislação especial, pela qual restam fixados prazos prescricionais próprios, tais como no caso do Direito Tributário, no que se refere às dívidas fiscais. A segunda visão situa-se, por força de compreensão a partir da substância da controvérsia, ou seja, tomando-se em conta a natureza do direito em conflito.

Por isso, a partir de tais referenciais, podemos admitir como critério válido aquele que toma em conta o direito de substância a permear o conflito. Tratando-se, portanto, de direito de natureza privada, têm-se nos prazos prescricionais grafados pelo Código Civil o referencial normativo adotado, situando-se, a título de prazo prescricional geral, o grafado pelo art. 205 do novo Código Civil, o qual preceitua que: (...) *A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.*⁴³⁵

Ora, tal perspectiva, hodiernamente, resulta perfeitamente adequada, na medida em que, cada vez mais:

*(...) O direito Administrativo contemporâneo tende ao abandono da vertente autoritária para valorizar a participação de seus destinatários finais quanto à formação da conduta administrativa. O Direito Administrativo de mão única caminha para modelos de colaboração, acolhidos em modernos textos constitucionais e legais, mediante a perspectiva da iniciativa popular ou de cooperação privada no desempenho de prestações administrativas.*⁴³⁶

[...]

*Paralelamente, as Constituições mais recentes prestigiam a proteção da cidadania, revitalizando os clássicos princípios da liberdade, da igualdade e fraternidade.*⁴³⁷

⁴³⁴ SILVEIRA, P. de T. D. da. Obra citada, p. 4;

⁴³⁵ República Federativa do Brasil. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002;

⁴³⁶ TÁCITO, C. Obra citada, p. 8;

⁴³⁷ TÁCITO, C. Idem, p. 9;

Observada então não só a orientação jurisprudencial consolidada, há de tomar-se em conta a inexorável tendência de flexibilização do Direito Administrativo, de sua cada vez mais significativa aproximação em direção à esfera privada, a qual deixa, a cada dia que passa, de ser vista como um território antagônico, e, fundamentalmente pelo forte *prestígio* assegurado ao rol de direitos que integram o amplo conceito de cidadania. De modo que, inexistindo regulação expressa, para o efeito de regulação da prescrição administrativa, há de buscar-se o prazo estruturado de forma geral pelo grafado pelo art. 205 do Código Civil, conforme acima já referenciado.

10.5. PRESCRIÇÃO E RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Delimitação que, em um primeiro momento, podia dar azo a uma má compreensão, resulta plasmada pela expressão: (...) *bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, (...)*, conforme grafada pelo art. 1º do Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932. De tal assertiva legal, poder-se-ia formar a compreensão equivocada de que, no caso de pretensões a serem deduzidas face à Administração Pública, independentemente da natureza do direito lesado, ou ameaçado de lesão, o prazo para o exercício da ação estaria associado à natureza do direito invocado, de molde a excluir-se o prazo de cinco anos, observando, para efeito prescricional, o prazo previsto pela respectiva legislação que disciplina o direito violado.

Fator primordial a bem aclarar tal controvérsia, diz respeito ao fato de que no referente às dívidas passivas da Fazenda Pública, o Decreto nº 20.910/1932 revogou o normatizado pelo artigo 178, § 10, VI, do então vigente Código Civil, de modo que a prescrição, em benefício do Estado “*devedor*”, escapou da regulação atinente à esfera privada, passando a ser disciplinada por regulação vinculada à esfera pública. Nesse sentido, ensina GILBERTO DE ABREU SODRÉ CARVALHO que:

(...) no primeiro período ditatorial do Sr. Getúlio Vargas, esse, como Chefe do governo Provisório, baixou o Dec. 20.910, de 6.1.32 [...] O mencionado decreto, com força de

lei, atribuiu também para os direitos seja qual for sua natureza (palavras essas não constantes do n. VI, do § 10, do art. 178, do CC, que até então cuidava da prescrição das ações contra as fazendas públicas) o prazo de prescrição de cinco anos. Fez mais: retirou a prescrição contra o Estado, antes em sede de direito civil positivo, para um sistema a parte, de direito público, em que a 'ratione personae', o Estado é favorecido. Ocorre que formalmente o decreto getuliano não alterou a redação do n. VI, do § 10 do art. 178 do CC; simplesmente o revogou por tratar da mesma matéria.⁴³⁸

Importa que se destaque que, com o advento da nova legislação codificada civil, manteve-se a ausência de qualquer regulação, pela esfera e ótica privadas⁴³⁹, relativa à prescrição administrativa. Contudo, o advento de tal cisão de conteúdo material recolhe maior significação no disciplinado pela Constituição de 1946. É a partir de tal texto constitucional que a Administração Pública deixa de receber privilégio no prazo e no tratamento para o efeito de pedidos de indenização e de responsabilidade civil extracontratual, em face de pretensões a serem ajuizados pelo cidadão. O Estado, portanto, a partir de tal estatuto constitucional passa a ser, de modo incontroverso, civilmente responsável. Ou seja, a Administração Pública, em se tratando de responsabilidade civil e de eventuais pedidos de indenização por danos por seus agentes causados, passa a submeter-se à disciplina do Direito Civil. Nessa senda, é, ainda, GILBERTO DE ABREU SODRÉ CARVALHO quem destaca que:

Expressamente, a constituição de 46, estabeleceu, pelo seu art. 194, 'caput', cobrindo mais ou menos o que era e é constante do art. 15, do CC, que: 'as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Esse dispositivo constitucional — combinado com o princípio da isonomia, contido na mesma constituição, no art. 141, § 10 e no art. 144, que determina terem valor como direito e garantia individual outros direitos e garantias estipulados em outras partes daquela Carta Magna — leva ao entendimento de que: I — Com a Constituição de 46, deixa de haver suporte constitucional para prazos prescricionais privilegiadores do Estado para pleitos de indenização por responsabilidade civil extracontratual: II —

⁴³⁸ CARVALHO, Gilberto de Abreu Sodré. *Fundamentos para reconhecimento da prescrição vintenária para as ações contra o Estado em matéria de responsabilidade civil extracontratual*, p. 34;

⁴³⁹ Independente da exclusão da matéria prescricional relativa à Fazenda Pública da esfera de regulação privada, é de destacar-se a existência de outras circunstâncias que escapam até mesmo ao grafado pelos: Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, e Decreto-Lei nº 4.597, de 19 de agosto de 1942, tais como as atinentes às atividades nucleares (Lei n. 6.453, de 17.10.77); ao FUNRURAL; ao Código Tributário Nacional.

'Civilmente' quer dizer: segundo o previsto no direito civil ou no direito privado. Isto é, o Estado e as pessoas de direito público são responsáveis de conformidade com o Código civil, especialmente o art. 159 e os demais relativos ao ilícito civil, como qualquer outra pessoa, não lhes cabendo privilégios por ser Estado. Se a expressão 'civilmente' é redundante no corpo do Código civil, art. 15, não o é absolutamente em um artigo de Constituição, o referido art. 194.⁴⁴⁰

Cria-se, então, a partir de sede constitucional, um princípio implícito de isonomia entre a Administração Pública e o administrado, no que se refere à responsabilidade civil extracontratual, podendo tal normatização ser ainda lida como uma garantia individual do cidadão. A partir de tal simetria, portanto, resulta possibilitada a implementação do princípio da segurança jurídica, na medida em que, mesmo consideradas as diferenças inerentes aos interesses eventualmente em conflito, estabelecem-se parâmetros previamente conhecidos, os quais, situados na lei, permitem a antecipação das condutas numa perspectiva de uma previsibilidade limitada pela ordem jurídica.

No que atine à questão da responsabilidade civil, tomada a partir do ângulo privado, não se pode olvidar que a dualidade de expressão oriunda de tal instituto jurídico recebe, em presença do Estado, por força de determinação constitucional, regramento específico, nos termos do art. 37, § 6º, da CF de 1988. Diz tal dispositivo constitucional que: *§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.* Portanto, conforme esclarece ALEXANDRE DE MORAES:

(...) a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público baseia-se no risco administrativo, sendo objetiva. Essa responsabilidade objetiva exige a ocorrência dos seguintes requisitos: ocorrência de dano; ação ou omissão administrativa; existência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa e ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.

⁴⁴⁰ CARVALHO, G. de A. S. Obra citada, p. 35;

*A adoção constitucional da Teoria do Risco Administrativo veda qualquer possibilidade de previsão normativa de outras teorias, inclusive da Teoria do Risco Integral.*⁴⁴¹

Por tal vertente de regulação, na esfera da responsabilidade civil, resulta desnecessário continuar-se na prática de buscar, em tais casos, o uso irrefletido da analogia com o Direito Civil. Isto porque, a partir do ditame constitucional, a responsabilidade civil da Administração Pública há de ser tomada como responsabilidade objetiva. O retorno permanente à esfera privada sempre deu causa a uma multiplicidade de posições, cuja marca principal sempre foi a da polêmica e de uma infundável busca de sentido, capaz de atribuir às relações jurídicas conformadas no âmbito do Direito Público um mínimo de segurança jurídica. Tais controvérsias envolviam a circunstância de que:

*O tema da responsabilidade civil do Estado tem inspirado vasta literatura, na justa medida das incertezas e variações que suscita. A causa principal dessa situação, que os juristas desejam ardentemente modificar, como o testemunha o renovado esforço dedicado a clarear o problema, está, em grande parte, no fato de contemplar a responsabilidade do Estado como instituto de direito civil, pois é certo que a tal anseio não satisfaz a simples transposição, para o seu domínio, dos princípios de responsabilidade do direito privado. A responsabilidade civil do Estado é matéria de direito administrativo.*⁴⁴²

Como decorrência de tal visão, impõe-se, então, que se busque delimitar o prazo para o exercício de eventual pretensão do administrado, no fito de responsabilizar, civilmente, ao Estado, grosso modo, sem que se perca de vista, entretanto, que, como realçado acima, a noção de que *a responsabilidade civil do Estado é matéria de direito administrativo*. Ora, tomando-se em conta que a Constituição Federal não delimita prazo, mas reconhece tal responsabilidade, tudo leva a indicar que o prazo prescricional será o de cinco anos e não mais o previsto pela legislação privada. Tal consequência resulta construída a partir da certeza de que o Direito Administrativo constitui-se, hodiernamente, em sistema com autonomia temática e regulatória suficiente à delimitação dos contornos de sua disciplina. Não se mostra

⁴⁴¹ MORAES, A. de. Obra citada, p. 899;

⁴⁴² DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, p. 223 a 224;

mais adequado, portanto, que se continue a buscar, primordialmente, no Direito Civil a solução de conflitos que passaram a ser suficientemente regulados no âmbito da regulação de Direito Público. A esse respeito, diz DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO que:

O Direito administrativo, após quase dois séculos de evolução acompanhando as grandes transformações sociais, econômicas e políticas ocorridas nesse período, não pode ser mais considerado, como sublinhamos, um sistema derogatório do direito privado concernente às atividades administrativas do Estado, mas um sistema ordinário, destinando a conciliar a prossecução do interesse público com a proteção dos interesses individual, coletivo e difuso.

Por isso, o direito administrativo é hoje o direito comum do direito público, assim como o direito civil é o direito comum do direito privado. É no direito administrativo que são encontrados os princípios, conceitos e institutos fundamentais dos demais ramos do direito público interno.⁴⁴³

Nesse sentido, e tomando-se em conta que a prescrição administrativa inscreve-se como diretriz autônoma em relação ao demais regramento ordinário que disciplina o fenômeno extintivo, o Supremo Tribunal Federal já assentou que a responsabilidade civil do Estado há de ser buscada no tempo possível de cinco anos⁴⁴⁴, observadas as diretrizes firmadas pelo Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932.

Na mesma senda de delimitação temporal, YUSSEF SAID CAHALI também assevera, em tese singular, que a responsabilidade civil do Estado há de ser buscado nos limites do grafado pelo Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932. Diz o festejado mestre que o ponto nodal da questão está associado à distinção teórica das responsabilidades, distinguindo a responsabilidade do agente público da responsabilidade da Administração Pública, pelo que destaca que:

⁴⁴³ MOREIRA NETO, D. de F. Obra citada, p. 40;

⁴⁴⁴ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 101.212, Rio de Janeiro. Relator: Min. Carlos Madeira, 2ª Turma. RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO. A ação de reparação do dano causado por obra pública prescreve em cinco anos (Art.178, § 10, VI, do Código Civil). Entretanto, se a reparação foi reclamada à autoridade administrativa e só seis anos depois foi indeferida, o prazo prescricional começa a fluir a partir dessa data, a teor do disposto no artigo 4º do Decreto 20910, de 1932. Recurso conhecido e improvido. Julgamento: 01 de abril de 1986. Publicação: DJU em 09 de maio de 1986, página 7628. Ementário, volume nº 1418-02, página 323;

Uma coisa, com efeito, é a responsabilidade, ‘penal e civil’, do agente público, autor direto da lesão imanente à prática delituosa, o qual está, pois, em tese, sujeito a ação criminal e, de modo primário alternativo, também a ação ou a execução civil. [...] Outra coisa, muitíssimo diversa, é, porém, a responsabilidade ‘civil’ solidária da pessoa jurídica de direito público interno, a cujos quadros pertença o funcionário ofensor, a qual — escusaria sublinhá-lo — não está exposta a nenhum processo crime. O caminho da vítima, ou de seus sucessores, contra ela, é único e consiste na ação civil de reparação do dano ‘ex delicto’, fundada, em princípio, no art. 107, ‘caput’, da Constituição, cuja amplitude prescinde da alegação de culpa. Tal pretensão tem a sua eficácia limitada a prazo ‘especial’ de prescrição, que é o estatuído no art. 1º do Decreto 20.910/32, e, como tal, computável da data do ato ilícito. Consuma esta prescrição daquela ação de conhecimento, ao lesado já não sobra outro instrumento processual, de qualquer espécie, para fazer concreta a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público, ainda quando seja indubitosa, dos pontos de vista penal e civil, a do seu agente. Não há, aqui, simetria com a responsabilidade ‘pessoal’ do funcionário, pela intuitiva razão de que, não havendo pensar em ação criminal contra a pessoa jurídica, não o há em eventual sentença penal condenatória que, em relação a ela, como sujeito passivo, pudesse servir de título executivo judicial, em favor do credor, ou credores. “Exatamente porque a responsabilidade criminal é pessoal, a execução civil decorrente do dano causado pelo delito recai ‘exclusivamente’ sobre o patrimônio do próprio condenado.”⁴⁴⁵

Por fim, culmina o insigne doutrinador que:

Em suma, sentença penal condenatória de agente público figura título executivo judicial contra o condenado, não, porém, contra a pessoa jurídica de direito público, cuja responsabilidade, adstrita à esfera civil, só é demandável em ação específica de conhecimento, sujeita a prescrição quinquenal, cujo prazo se inicia da data em que, por obra do ato delituoso, surge o dano.”⁴⁴⁶

Não se pode olvidar que a compreensão de YUSSEF SAID CAHALI constrói-se a partir dos limites de uma única hipótese, qual seja a oriunda de dano *ex delicto*, a qual, à evidência, não se constitui no único caso em que a Administração Pública deverá indenizar. Há outras hipóteses. Para estas últimas, o prazo legal haverá de ser o grafado pelo art. 1º do Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932, salvo regra legal que estabeleça outro prazo.

Não se trata, entretanto, tão-somente, dos danos *ex delicto* que deverão sujeitar a Administração Pública à reparação civil, mas sim, nos termos do regramento legal

⁴⁴⁵ CAHALI, Y. S. Obra citada, p. 238 e 239;

⁴⁴⁶ CAHALI, Y. S. Idem, p. 240;

retrolançado, em razão de todos os danos que: *seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte deste, culpa ou dolo.*

Em realidade, sem que com isso se desqualifique a própria autonomia do Direito Administrativo, não se pode perder de vista que, por força do grafado pelo artigo 43 do Código Civil: *As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte deste, culpa ou dolo.* Tal dispositivo legal, contudo, há de ser lido, tão-somente, como uma diretriz de natureza geral atinente ao tema da responsabilidade civil, o qual, por óbvio, resulta concretizado na sede legislativa natural à sua essencialidade.

Ora, a responsabilidade civil da Administração Pública situa-se, na sua implementação concreta, segundo os parâmetros atinentes ao Direito Administrativo, não guardando nenhuma dependência em relação ao normatizado pelo Direito Civil. Para que melhor se compreenda tal circunstância, basta que se reflita a partir do *locus* estrutural da vontade como elemento desencadeador da aplicação da ordem jurídica. Na esfera do Direito Privado, tal vontade dá-se a partir de um juízo subjetivo informado pelos interesses individuais do sujeito de direito. Na esfera pública, ao contrário, tal vontade constrói-se a partir da lei, devendo o Administrador Público submeter-se, enquanto pessoa física, àquilo que, para efeito de compreensão significativa, está concretizado pela lei.

Não se confunda, entretanto, a partir de uma leitura apressada do texto legal configurado pelo artigo 43 do Código Civil, que se tenha modificado o critério de responsabilidade civil objetiva a ser suportada pela Administração Pública. Em realidade, a presença de dano ou de culpa prende-se, tão-somente, para o efeito de legitimar a atuação regressiva da Administração Pública. De qualquer sorte, impende que se tenha claro que, no caso da responsabilidade civil da Administração Pública, o prazo prescricional para a busca da satisfação dos interesses lesados resulta

submetida aos parâmetros estatuídos pelo Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932.⁴⁴⁷

10.6. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA - PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO

No que atine às pessoas jurídicas de direito privado, vinculadas à Administração Pública indireta, tais como: as sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações privadas instituídas e mantidas pelo Poder Público, não há como inseri-las no grafado pelo art. 2º do Decreto-Lei nº 4.597/1942. Isso porque nenhuma é mantida, ou recebe custeio oriundo de tributos, dado que desenvolvem atividades econômicas, retirando do lucro obtido pelo recebimento de preços públicos a sua manutenção. Tanto é assim que JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO destaca que:

As sociedades de economia mista e as empresas públicas, como se tem observado até o momento, exibem dois aspectos inerentes à sua condição jurídica: de um lado, são pessoas jurídicas de direito privado e, de outro, são pessoas sob o controle do Estado.

*Esses dois aspectos demonstram, nitidamente, que nem estão elas sujeitas inteiramente ao regime de direito privado nem inteiramente ao de direito público. Na verdade pode dizer-se, como fazem alguns estudiosos, que seu regime tem certa **natureza híbrida**, já que sofrem o influxo de normas de direito privado em alguns setores de sua atuação e de normas de direito público em outros desses*

⁴⁴⁷ Nesse sentido: Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 288.724. Paraná. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Recorrente: Instituto de Desenvolvimento Educacional do Paraná – FUNDEPAR. Recorrido: Maurício Vialle. Julgado em 28 de maio de 2002. *PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE ATIVA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. AUSÊNCIA DE RECURSO. PRECLUSÃO CIVIL. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. AUTARQUIA ESTADUAL. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. 1. Não merece conhecimento o recurso especial na parte que veicula matéria apreciada em decisão interlocutória não impugnada. Ocorrência de preclusão. 2. O prazo prescricional para propositura da ação de indenização por danos morais segue aquele previsto para pleitear a reparação dos prejuízos patrimoniais. 3. Sendo quinquenal o prazo para pleitear a indenização dos prejuízos materiais causados pela Fazenda Pública, a teor do art. 1º do Decreto nº 20.910/32, quinquenal também será o lapso temporal para se demandar a compensação dos danos morais. 4. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. Decisão acessada em data de 20/08/2003, no site do Superior Tribunal de Justiça (www.stj.gov.br);*

setores. E nem poderia ser de outra forma, quando se analisa seu revestimento jurídico de direito privado e sua ligação com o Estado.

[...]

*Aliás, essa é que deve ser a regra geral, o que se confirma pelo art. 173, § 1º, II, da CF, que é peremptório ao estabelecer sua **sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas** quanto a direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias. Em outras palavras, não devem ter privilégios que as beneficiem, sem serem estendidas às empresas privadas, pois que isso provocaria desequilíbrio no setor econômico em que ambas as categorias atuam.⁴⁴⁸*

Por tal compreensão, no que se refere à prescrição, na esteira desse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça consolidou jurisprudência, nos termos de sua súmula 39, disciplinando que: *Prescreve em vinte anos a ação para haver indenização, por responsabilidade civil, de sociedade de economia mista.* Com isto aquela Corte superior reconhece a vinculação de tais entes ao regime jurídico privado no que atine à regulação de eventuais conflitos oriundos de atos perpetrados por tais pessoas jurídicas e que tenham gerado alguma espécie de dano a terceiros.

Portanto, no que se refere à prescrição administrativa, o Decreto nº 20.910/1932 e o Decreto-Lei nº 4.597/1942 tem suas aplicações limitadas às pessoas jurídicas de direito público. Entretanto, é oportuno que se destaque que tal interpretação não tem pertinência exclusiva às ações de natureza pessoal.

No caso de ações envolvendo pretensões associadas a direitos reais contudo, mesmo gravitando interesse da Administração Pública, haverá de incidir a disciplina do Código Civil. Tal entendimento decorre de interpretação jurisprudencial paradigmática, estando assentada, basicamente, na idéia de que as regras de Direito Administrativo não podem tratar da disciplina que envolva, fundamentalmente, o direito de propriedade, o que, em princípio, caso o contrário se admitisse, estar-se-ia a quebrar os paradigmas conceituais de constituição do

⁴⁴⁸ CARVALHO FILHO. J. dos S. Obra citada, p.375 e 376;

Direito Privado. Nesse sentido, reiteradamente vem decidindo o Supremo Tribunal Federal.⁴⁴⁹

Para que melhor se compreenda tal distinção em relação às pretensões de natureza real, elucidativo é o voto do insigne ministro OROZIMBO NONATO, nos autos do Recurso Extraordinário nº 3.968, julgado em 23 de janeiro de 1942, no qual firmou-se a concepção da não submissão dos prazos prescricionais firmados pelo Decreto nº 20.910/1932, para as ações de natureza real. Retira-se do voto do Ministro OROZIMBO NONATO que:

Se a interpretação puramente gramatical leva a resultados contra a lógica, contra o sistema jurídico, contra a harmonia do direito, será necessário ir além dessa para-exgese literal.

[...]

O 'jus reivindicandi' é um dos direitos elementares que entram na noção complexa do domínio ao lado do 'jus utendi', do 'fruendi' e do 'abutendi'. A lei assegura ao proprietário, dispõe o art. 524 do Código Civil, o direito de usar, gozar e dispor de seus bens e rehavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.

A perda do 'jus reivindicandi' somente pode ocorrer com a perda da propriedade mesma, o que, por força de prescrição, somente se verifica pelo usucapião.

Vivo o direito de propriedade, não pode deixar de ser considerada viva a ação, que o protege. A prescrição extintiva, no caso, somente pode ser consequência do usucapião.

[...]

A ação de reivindicação não é possível aplicar as disposições legais invocadas pelo recorrente sem criar, do mesmo passo, em favor da Fazenda um usucapião de cinco anos, que a lei não conhece ou concluir pela existência de um direito sem sujeito (a propriedade deixou de ser do antigo titular sem passar ao 'prescribente') ou de um direito sem ação (a propriedade continua a ser do

⁴⁴⁹ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 57.966. São Paulo. Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo. Recorrido: Indaiá – Imobiliária e Construtora. Relator: Ministro Luiz Gallotti. Julgado em 25 de março de 1966. Terceira Turma. *Prescrição quinquenal, de que goza a Fazenda Pública. Não se aplica às ações reais.* Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 54.991. Goiás. Recorrente: Radif Kosac e outros. Recorridos: Urbano de Almeida Fernandes e outros. Relator: Ministro Osvaldo Trigueiro. Julgado em 25 de fevereiro de 1969. Primeira Turma. *Prescrição quinquenal em favor da Fazenda Pública, desde que não se trata de ação real. Inocorrência de dissídio de jurisprudência. Recurso não conhecido.* Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 65.776. Paraná. Recorrente: Estado do Paraná. Recorrido: Aprígio Alves de Almeida Filho. Relator: Ministro Luiz Gallotti. Julgado em 12 de setembro de 1969. Primeira Turma. *Prescrição quinquenal, de que goza a Fazenda Pública. Não se aplica às ações reais. Ação de reivindicação julgada procedente. Recurso Extraordinário conhecido e não provido;*

antigo titular que, entretanto, não poderá reivindicá-la). Todas essas conseqüências chofram contra os princípios e contra a lei.

*Nestes termos, para compor as leis citadas com o próprio sistema jurídico em que se integram a cláusula 'seja qual for a sua natureza' do Dec. Nº 20.910, deverá ser entendida, como observava o eminente Sr. Ministro CARVALHO MOURÃO, como 'extensiva da referida prescrição a toda e qualquer ação pessoal, na qual pleiteiem direitos contra a União, os Estados ou os Municípios'. 'Seja qual for a sua natureza', quer dizer sejam ou não direitos patrimoniais (...)*⁴⁵⁰

Consequentemente, tal especialização de compreensão da matéria legislada, dá cunho de especificidade e de autonomia temática ao regramento administrativo, buscando-se, fundamentalmente, a partir de um critério de racionalidade material, estabelecer ponto de limite entre o interesse público e o interesse privado. Nessa senda, diz PAULO DE TARSO DRESCH DA SILVEIRA que:

(...) é possível afirmar-se que na realidade nacional, tanto o Decreto nº 20.910/32 como o Decreto-lei nº 4.597/42 têm o seu campo de aplicação limitado, apenas, às pessoas jurídicas de direito público, quais sejam: União Federal, estados-Membros, Municípios, distrito Federal, autarquias e Fundações Públicas, sendo aplicados, para as demais pessoas jurídicas da Administração Pública Indireta, os prazos previstos no artigo 177 do código Civil brasileiro.

*É necessário salientar-se, a fim de que se tenha clara visão da aplicação do instituto da prescrição no campo do direito administrativo nacional, que os dois decretos acima referidos deixam de ser utilizados mesmo em se tratando de pessoas jurídicas de direito público, quando a ação ajuizada pelo particular contra essas for de natureza real, sendo, nessa hipótese, aplicados os prazos previstos no Código Civil brasileiro, quais sejam: dez anos entre presentes e quinze entre ausentes, conforme já teve condições de se manifestar o Supremo Tribunal Federal desde longa data.*⁴⁵¹

⁴⁵⁰ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 3.968. Rio de Janeiro. Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo. Recorrido: Carlos Alberto Barbosa Aranha. Julgado em 23 de janeiro de 1942. Relator: Ministro Orozimbo Nonato. Revista Forense, volume 91, agosto. Rio de Janeiro: Forense, 1942, p. 401 a 404. *PRESCRIÇÃO QUINQUENAL – NÃO ABRANGE AS AÇÕES REAIS – SUBSISTÊNCIA DA AÇÃO DE REIVINDICAÇÃO. Não abrange as ações reais a prescrição quinquenal estabelecida em favor das pessoas jurídicas de direito público. Enquanto subsiste o direito de propriedade, perdura a ação de reivindicação, que a assegura.*

⁴⁵¹ SILVEIRA, P. de T. D. Obra citada, p. 2;

Tal critério, portanto, dá-se a partir do pressuposto de diferenciação de matérias e não a partir de eventual conteúdo patrimonial, ante a imediata e inexorável colisão com a idéia e princípio de proteção ao interesse público, já que o gestor público não tem a disponibilidade do patrimônio público. Esclarecedora é a pontuação de EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR, quando assevera que:

É pacífico competir ao organismo estatal curar os interesses da coletividade e, somente, indiretamente, as aspirações individuais. Centrando-se tais interesses no bem comum, pertencem ao grupamento de indivíduos que habitam a porção territorial do Estado.

Não pertencendo o interesse público, calcado no bem-estar da sociedade, ao gestor administrativo, mas sim àquela, remata-se que, não sendo este dono, dele não poderá, em nenhum instante, dispor.

Todo e qualquer ato de disposição, de liberalidade, somente poderá ser perpetrado se autorizado por lei — expressão da ‘volanté générale. Do contrário será inválido.’⁴⁵²

Ora, além da natureza da pessoa jurídica envolvida no litígio, como também em razão da matéria, a prescrição administrativa resultará afastada em se tratando de pessoas jurídicas de direito privado não criadas por lei e não mantidas por recursos oriundos de impostos, taxas, ou quaisquer contribuições exigidas em virtude de lei, ou quando a controvérsia versar a respeito de direito de natureza real.

10.7. EXECUÇÃO FISCAL

Outro aspecto a ser destacado no que se refere à prescrição de pretensões de titularidade do administrado, ou em benefício da Administração Pública, diz respeito ao âmbito do Direito Tributário.

Conforme o regrado pelo art. 174 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966): *a ação de cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.* De modo que em tal sede não há

⁴⁵² NOBRE JÚNIOR, E. P. Obra citada, p. 163;

espaço para dúvidas imediatas, nos estreitos âmbitos em que se desenvolvem as presentes indagações, ao contrário do que se dá nas demais esferas em que a Administração Pública possa vir a buscar o reconhecimento de sua pretensão em relação a crédito de que seja titular.

No que se refere à execução fiscal, embora se trate de terreno inçado de perplexidades, no que atine à prescrição de pretensões tituladas, tanto pela Fazenda Pública, quanto pelo administrado, lá tido por contribuinte, configura sítio regulado, em princípio, de modo suficiente. Dado que as normas que disciplinam a espécie não guardam perplexidades relevantes, embora se reconheça a existência de algumas especificidades caracterizadas por uma certa controvérsia, tal como as relativas ao autolancamento e a respeito da existência, ou não de prescrição intercorrente.

Em seu significado estrito, a prescrição tributária qualifica-se de forma indireta. Não há no regramento tributário codificado a sua explicitação objetualizada, sob as vestes de uma tipologia formalmente materializada em regras estritas, ao modo de um conjunto de regras topicamente localizadas, assumindo as feições de uma regulação geral, para o efeito de traçar-lhe, com minúcias, as feições particulares, ou para o efeito de vislumbrar-lhe as características. Em tal sede, portanto, torna-se necessário, por primeiro, encontrarem-se os seus vínculos ao sistema.

De qualquer modo, o primeiro nexo de sua identificação está associado à idéia de efeito extintivo. Tanto a prescrição, quanto a decadência, estão associadas ao fim de extinção do crédito tributário. Diz o art. 156 do CTN que: *Extinguem o crédito tributário: (...) V - a prescrição e a decadência.* Contudo, à exceção do pagamento, são também tratadas, com as demais modalidades previstas em lei, em uma esfera de regulação que às vincula de modo explícito ao instituto do lançamento (arts. 173 a 174 do CTN). Repete-se, no território tributário, a ideologia conformada pelo direito privado, cujo matiz de feições extintivas é a tonalidade marcante dos dois institutos. Repete-se, também, na idealização do modelo adotado pelo Código Civil de 1916, o tratamento conjunto dos dois institutos, exigindo a sua diferenciação por exclusão de circunstâncias pontualizadas pela lei.

De outra banda, outros dois nexos orientam o *locus* dos institutos junto ao CTN. O primeiro associado à idéia central da regulação, cuja vinculação mostra-se em estrita subordinação à figura do lançamento e não — o que se mostra interessante — ao crédito tributário. O segundo, com coerência sistêmica pela reiteração mediata da importância reconhecida à figura do pagamento, ao tratar do pagamento indevido e de sua restituição.

Numa análise prévia e imediata, resta possível vislumbrar-se que, para o sistema tributário codificado, mais importante que o crédito tributário são o seu pagamento e a atividade de sua constituição pela via do lançamento. Tal perspectiva, de início, revela a visão sobrevalorizada da importância redobrada que o Estado atribuiu à arrecadação, como móvel privilegiado do intento estatal contemporâneo.

Por decorrência, para uma compreensão possível da figura específica da prescrição tributária, ora demarcada, resta inadiável visualizarem-se os dois pontos de amarração do sistema, corporificados pelo lançamento e pelo pagamento. Isso porque não há, por parte do legislador, a vontade de explicitar o conteúdo autônomo de tal fenômeno extintivo.

No que atine à prescrição tributária, à semelhança dos contornos estabelecidos pelo direito privado, vincula-se tal instituto a uma vocação inspirada em muito pelo direito processual. Dá-se, portanto, a prescrição quando, constituído e não pago o crédito tributário, a contar do lançamento, a Fazenda Pública não busca, pela via processual adequada, o recebimento do valor compulsoriamente devido, no lapso temporal delimitado pela lei (Art. 174 do CTN). De tal sorte, firmado o lançamento como termo inicial do prazo prescricional, a inação fazendária passa a permitir a fluência do prazo extintivo. Emerge aqui o já mencionado princípio da *actio nata*, dado que o prazo prescricional somente passa a fluir a partir do dia em que a ação de cobrança passa a ser possível juridicamente.

Desse modo, pela natureza especialíssima da matéria, não há que se lhe confundir com o tema submetido à análise nesta investigação. Contudo, não se há de negar que as vinculações são tão estreitas que, não fosse o inafastável dever de observar preceitos irredutíveis de investigação científica, em especial aquele que exige

a não tergiversação em presença da necessidade de delimitação do tema, a prescrição tributária poderia, aqui, também restar investigada. Contudo, como realçado, não é o caso.

10.8. CRÉDITOS E DÍVIDAS PREVIDENCIÁRIAS

A regulação da prescrição administrativa no que atine às contribuições previdenciárias esteve sempre associada, nos últimos tempos, a duas vias distintas. A primeira relativa às normas constitucionais reguladoras de tais institutos jurídicos. A segunda, caracterizada pela interpretação dado pelo Supremo Tribunal Federal em relação a tal matéria. O que é certo, contudo, é que a prescrição a incidir sobre as contribuições previdenciárias tem a natureza de prescrição administrativa. De qualquer modo, impende que se conheça como se formulou tal discussão, de molde que melhor possamos conhecê-la, até o presente momento.

Até ao advento da Emenda Constitucional nº 08 de 14 de abril de 1977, as dívidas previdenciárias, no que atine à incidência da prescrição, eram tomadas como débitos fiscais, incidindo, por conseqüência, o lapso prescricional de cinco anos, nos termos do disciplinado pelo Código Tributário Nacional. Contudo, com o advento da mencionada EC nº 08/1977, tais contribuições perderam tal natureza jurídica. De qualquer modo, o que importa é não se confundir as contribuições a serem procedidas no interesse da Previdência Social, com as contribuições instituídas a partir do disciplinado pelo art. 149 da Constituição Federal. As primeiras dizem respeito ao que se determina na Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, a qual dispõe sobre a organização da Seguridade Social e institui seu Plano de Custeio. As segundas formulam-se como mecanismos de intervenção social do Estado, assumindo, portanto, a força de tributos. No caso das primeiras, o seu prazo prescricional é o de dez anos. No caso das segundas, o seu prazo prescricional é o de cinco anos, nos termos do determinado pelo art. 174 do Código Tributário Nacional.

A legislação que disciplina a matéria transitou por três espaços distintos. Por primeiro, nos termos da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, a qual dispunha sobre a

Lei Orgânica da Previdência Social, restava firmado em seu art. 144, que: *O direito de receber ou cobrar as importâncias que lhes sejam devidas, prescreverá, para as instituições de previdência social, em trinta anos.* Em face de tal disposição, inexistia dúvida alguma que, mesmo estando presente a idéia de que as contribuições previdenciárias constituíam-se em tributos, o seu prazo prescricional não observava o grafado pelo Código Tributário Nacional.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 8, de 14 de abril de 1977, à Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967, a qual deu nova redação ao inciso I, do parágrafo segundo, do art. 21, o Supremo Tribunal Federal passou a entender que as contribuições previdenciárias não mais se constituíam em tributos, de modo que se lhes tornava inaplicável o Código Tributário Nacional.

Tal prazo prescricional, tomando-se ainda as contribuições previdenciárias como não-tributos, restou ratificado pelo disposto pelo art. 9º, da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, a qual dispõe sobre a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências, disciplinando que: *9º - O prazo para a cobrança das contribuições previdenciárias continua a ser o estabelecido no artigo 144 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960.* Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal alterou, novamente, à sua interpretação a respeito da natureza jurídica das contribuições previdenciárias.

Com a promulgação da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 que dispõe sobre a organização da Seguridade Social e institui Plano de Custeio, dando outras providências, embora o Supremo Tribunal Federal não se tenha manifestado a respeito de alteração de interpretação a respeito da natureza jurídica das contribuições previdenciárias, restou assentado por tal legislação que:

Art. 45. O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada.

Parágrafo único. A Seguridade Social nunca perde o direito de apurar e constituir créditos provenientes de importâncias descontadas dos segurados ou de terceiros ou decorrentes da prática de crimes previstos na alínea j do art. 95 desta lei.

Art. 46. O direito de cobrar os créditos da Seguridade Social, constituídos na forma do artigo anterior, prescreve em 10 (dez) anos.

Ou seja, restou delimitado prazo específico, diverso do previsto no código Tributário Nacional, o que, sob a ótica da necessidade de sistematização da cobrança de tributos, caracteriza-se como uma quebra do estatuído pelo Código Tributário Nacional. Tal circunstância, que a princípio pode mostrar-se como tolerável, cria perplexidade na medida em que a Constituição Federal estabelece, em seu art. 146, inciso III, alínea 'a', caber à lei complementar: (...) *estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários.*

Ora, tal legislação complementar já existe, estando materializada pela Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, qual seja o Código Tributário Nacional, o qual foi recepcionado pela constituição Federal em vigor. Diante de tal perspectiva, cria-se a dúvida a respeito da constitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, na medida em que tais dispositivos estão, de forma mediata, em conflito com a determinação constitucional acima realçada. De qualquer modo, por ora, resulta manifesto que o prazo para que se verifique a prescrição administrativa, em se tratando de contribuições previdenciárias, mesmo que se lhes atribua à natureza jurídica de tributos, é o de 10 (dez) anos, nos termos do disciplinado pelos dispositivos infraconstitucionais acima realçados. De qualquer sorte, tal controvérsia deverá receber exame específico em sede de indagação específica, que não a do presente trabalho, dado extrapolar os limites desta investigação.

CONCLUSÃO

De tal sorte, em conclusão, após o breve trajeto procedido na senda da prescrição administrativa, resulta viável identificar-lhe os contornos.

De tudo que restou examinado, por opção metodológica, a prescrição administrativa foi desvelada, no fito de buscar identificar-lhe à essência, a partir do princípio da segurança jurídica, funcionando tal diretriz, portanto, como *moldura* de tal fenômeno extintivo, para o efeito de sua compreensão e de sua aplicação.

Tal perspectiva mostra-se adequada, no escopo de buscar-se a preservação de uma igualdade possível em face de eventuais conflitos firmados entre a Administração Pública e o administrado, embora a Administração Pública sempre tenha buscado, de forma unilateral, privilegiar aos seus próprios interesses, esgrimindo, para tanto, com os conceitos de ordem pública e de legalidade estrita, a título de tentar conformar um sentido de legitimação de sua atuação, na construção de uma compreensão dogmática impermeável a qualquer outro critério.

Contudo, tal perspectiva sempre deixou clara à sua insuficiência, dado caracterizar um critério desprovido de vinculação direta a um princípio ético, mormente no momento em que visava afastar o fenômeno prescricional. Para tanto, a Administração Pública sempre buscou servir-se de conceitos marcados por um extremo subjetivismo, como os da má e da boa-fé, oriundos, em sua vertente mais primitiva, da teoria dos negócios jurídicos privados, o que, pela própria natureza e origem de tais institutos, configura, de imediato, em relação à esfera do direito Público, importante inadequação técnico-ideológica.

Ademais, a malsinada e reiterada tentativa de acolher como possível o instituto da imprescritibilidade, sempre deixou claro um intento de buscar garantir uma determinada forma de privilégio ilegítimo e antidemocrático a ser assegurado à Administração Pública. Para isto, o legislador contemporâneo, enquanto manteve-se dissociado dos paradigmas inerentes ao Estado Democrático de Direito, ao momento de pretender proceder à regulação da prescrição administrativa, sempre buscou associar o fenômeno extintivo com a natureza jurídica do objeto regulado, em

associação direta às idéias de interesse público e de salvaguarda estrita e inflexível do princípio da legalidade, no intento espúrio de legitimar a inaceitável figura da imprescritibilidade.

Ora, a partir de tal concepção, o fenômeno extintivo, no âmbito do Direito Administrativo, sempre foi tratado a partir de uma forma marcada por uma instrumentalidade de natureza tópica, com o que se gerou a fragmentação do fenômeno designado por prescrição administrativa. Como resultado de tal compreensão, significativas dúvidas surgiram em relação à possibilidade da existência, ou não, de tal forma de prescrição, em uma conformação de natureza autônoma e independente, situada na sede exclusiva do Direito Administrativo, sem que fosse necessário qualquer apelo a paradigmas situados no direito processual, quanto no Direito Civil, sendo tal concepção, portanto, um dos maiores equívocos a permear a análise e a aplicação do instituto prescricional, em sede de regulação administrativa.

Em presença de tal categorização, criou-se, por conseqüência, a dúvida em relação à existência ou não de um princípio de garantia da prescrição administrativa, incerteza esta que, em presença da tensão eventualmente conformada entre os interesses do administrado e os da Administração Pública, deu azo a graves danos, em especial, aos interesses dos administrados, ante a prevalência de um dogmatismo positivista-legalista de *feições* intransigentes, cujos olhos sempre dirigiram-se ao acolhimento irrefletido dos interesses da Administração Pública, como um dogma.

Contudo, não mais se pode negar que, em presença de um conflito configurado entre o princípio da prescritibilidade e o princípio do interesse público, por força dos paradigmas que alicerçam ao Estado Democrático de Direito, a prescrição administrativa há de ser reconhecida, assumindo, a partir daí, a tríplice condição de: princípio informador de toda ordem jurídica; de valor jurídico social a ser preservado; e de garantia ao administrado, como um limite à atuação da Administração Pública em geral.

Tais circunstâncias decorrem do fato de que a prescrição administrativa gera um efeito desencadeador de certeza jurídica, no fito de garantir ao bem-estar da sociedade em geral, com a submissão da atuação da Administração Pública aos limites

da ordem jurídica positivada, mesmo ante a inexistência de um regime ou de um regramento de natureza geral a disciplinar a instituição da prescrição administrativa de forma estrita.

De tal sorte, não há mais como não reconhecer que a própria dinâmica do Direito Administrativo contemporâneo caracteriza-se como fator positivo, no sentido de que os atos administrativos podem, e em face de determinadas circunstâncias devem, ser atingidos pela prescrição, mesmo em face da ausência de texto legal expresso, porquanto em presença do princípio da segurança jurídica, como também em atenção aos paradigmas do Estado Democrático de Direito, não se mostra mais viável erigir a insegurança e a incerteza como fatores inerentes a uma realidade possível.

Por isso, não faz mais sentido continuarmos vinculados a antigos e irracionais mitos, tais como àqueles que divulgam ser a prescrição administrativa fator de desestabilização do sistema jurídico. Conforme o realçado nas presentes indagações, mostra-se inequívoco que tal fenômeno extintivo, ao contrário do mito da desestabilização e da desordem, estabiliza e assegura credibilidade ao Estado e à Administração Pública, em específico, dando azo que o administrado e o cidadão, em geral, possam vir a novamente confiar no Estado.

Importa destacar, portanto, que, ao contrário, o não reconhecimento da prescrição administrativa gera afronta direta ao princípio da segurança jurídica, *institucionalizando* a desordem, a descrença e a insegurança social e política.

Nos dias de hoje, o Direito Público deve ser lido, compreendido e aplicado, como um conjunto de regras e de princípios que configura um sistema complexo, cujo desiderato maior é o de assumir a condição de uma totalidade tonalizada pelo sentido de garantia. De tal sorte, em presença da lei, tomando-se em conta que *o território* cognominado por sistema jurídico não se limita, exclusivamente, aos textos legais, o aplicador da regra jurídica, ao momento de sua aplicação, deverá ter sempre presente a possibilidade de flexibilização da atuação administrativa, lastreando o seu agir no conjunto de regras e princípios que informam o Estado Democrático de Direito, no qual o exercício do poder é e deverá ser sempre limitado.

Portanto, em face dos paradigmas estatuídos pelo Estado Democrático de Direito, resulta inadequada a argumentação de que o princípio da prescribibilidade coloca a sociedade em risco. Tal compreensão constitui-se em um estímulo à impunidade, com manifesto sacrifício dos interesses coletivos, para o efeito de, tão-somente, proteger ao interesse pontual da Administração Pública. Nunca se poderá perder de vista que tal concepção é mero resíduo do pensamento que instrumentalizou os estados ditatoriais, nos quais a democracia e os princípios a ela inerentes sempre restaram afrontados.

Por isso, em face de tal momento histórico e do modelo político-jurídico em voga, em especial no que se refere ao regime jurídico-constitucional em vigor em nosso país, não há mais necessidade alguma de recorrermos ao uso da analogia ou da interpretação extensiva, como paliativos ante a eventual ausência de previsão de prazo prescricional expresso. Urge, em presença da necessidade de proteção à confiança do administrado, como também em razão da inafastabilidade do princípio da segurança jurídica, o reconhecimento da prescrição administrativa.

Nessa senda, portanto, o princípio da prescribibilidade há de ser categorizado a título de norma jurídica geral, tolerando-se a imprescribibilidade, tão-somente, como critério de exceção e, portanto, expressamente previsto no texto constitucional. Em um Estado de Direito, qualquer forma de manifestação ou de atuação de um dos poderes de estruturação do próprio Estado, há de estar inquestionavelmente submetida a limites, limites estes que devem estar inseridos na estrutura de regulação constitucional, assumindo a dupla condição de princípio de orientação-garantia. Orientação à Administração Pública; garantia ao administrado.

Nessa senda, no que se refere aos atos administrativos, como consequência direta da concepção ora esposada, é momento mais do que azado que excluamos da esfera do Direito Administrativo a teoria das nulidades deslocada do âmago do Direito Privado. Deve, como máxima urgência, restar construída uma teoria das nulidades fundada nos estritos parâmetros do Direito Público, na qual a prescrição administrativa haverá de ser um dos elementos de informação do sistema. Com isto poder-se-á não só esquecer, como também eliminar, de uma vez por todas, a cansativa querela da teoria

das nulidades que, de forma mais suave, ainda grassa, no seio dos cultores do Direito Administrativo.

Portanto, a questão das nulidades, no âmbito do Direito Administrativo, há de ser vista a partir de um sentido dual, ou seja pela ótica que permita identificarem-se e diferenciarem-se os atos válidos dos atos inválidos, com fundamento prévio, mas não absoluto, no princípio da legalidade, sob o temperamento do preceituado pela súmula nº. 473, do Supremo Tribunal Federal. Contudo, no confronto dos princípios da segurança jurídica, com o princípio da legalidade estrita, deverá preponderar o princípio da segurança jurídica, de molde a buscarmos, sempre, alcançar a consecução de uma justiça material, para o efeito de solucionar os conflitos sob o pálio da certeza, da segurança e da garantia.

Importa, portanto, que afastemos, para sempre, a possibilidade de cogitarmos, à exceção de preceito constitucional expresso, do acolhimento da idéia ou da aceitação da imprescritibilidade da revisão ou da anulação dos atos administrativos, como de resto nos demais temas situados no espaço regulado pelo Direito Administrativo.

Outro aspecto a restar destacado diz que, sob um ponto de vista prático, no Direito Administrativo, prescrição e decadência produzem, em princípio, os mesmos resultados. Contudo, em nenhuma das hipóteses em que a Administração Pública venha a atuar lastreada em algum de tais institutos, não resta nunca afastada a possibilidade de buscar-se a via judicial, para efeito de contrapor-se a qualquer ato ilegal ou abusivo da Administração Pública, mesmo que tal atuação esteja lastreado em tais fenômenos extintivos.

Por tais circunstâncias, portanto, resta possível afirmar que, sob a ótica da possibilidade de admitirmos a existência de um fenômeno extintivo, passível de universalização, por força das diretrizes de um Estado Democrático de Direito, na esfera do regulado pelo Direito Administrativo, o grafado pelo art. 54, da Lei Federal nº. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, configurada evidente perplexidade. Embora deva ser considerado como um mero referencial restrito à lei que o capitula, não possuindo e nem legitimando qualquer pretensão que se situe na vontade de universalizar tal preceito.

Tudo porque, em realidade, a denominada decadência assume a condição de uma mera *redesignação* imprópria do fenômeno prescricional. A ninguém resulta seguro olvidar que, em face do princípio da inafastabilidade do controle e exame de toda lesão ou ameaça de lesão por parte do Poder Judiciário, o qual, em sendo invocado pela via própria, simplesmente arrasará os pretensos efeitos extintivos, em nível decadencial, caso reste comprovado que tenha o ato, em sua concretização, sido praticado com comprovada má-fé, circunstância esta que, à evidência, não se coaduna com as estruturas essenciais do instituto da decadência.

Ora, caso estivesse a lei tratando efetivamente de decadência, o seu reconhecimento não poderia permitir, em hipótese alguma, que, posteriormente, restasse restabelecido o direito, sob a alegação de ter sido perpetrado o ato maculado por vício de origem subjetiva.

É consabido que, ao contrário da prescrição, a decadência nasce com o próprio direito ao qual irá fulminar, não sendo possível, portanto, que, posteriormente aos seus efeitos de extinção, venhamos a desconsiderar a sua existência, em face de vício de natureza subjetiva, o qual, em princípio, a qualquer tempo poderia vir a restabelecer o direito de anular, reconhecendo-se, por via transversa, com graves danos à segurança jurídica, a possibilidade de um direito imprescritível de anular em favor da Administração Pública, lesando, por consequência, pelos mesmos fatos, o princípio de proteção à confiança do administrado.

Em prosseguindo-se, do exame do sistema normativo positivado, importa destacar que a prescrição administrativa, além das suas outras peculiaridades, assume a condição de evento de natureza sanatória. A forma de convalidação que dela decorre, pode ser vista como uma forma de atualização do direito e não como ato de violação da lei. Ou seja, não sendo mais possível à Administração Pública ou ao administrado agirem, respectivamente, o direito não desaparece, tão-somente, por força do evento prescricional, o vício é que é considerado sanado.

Isso porque a prescrição administrativa caracteriza-se como evento de convalidação objetiva dos vícios eventualmente perpetrados pela atuação da Administração Pública, ou do administrado, relativizando o princípio da legalidade.

Tal perspectiva se mostra inquestionável, na medida em que, apoiados nos parâmetros estatuídos pelo Estado Democrático de Direito, invocamos, como já realçado acima, diretrizes de proteção à boa-fé dos administrados. Ou seja, proteção à confiança daqueles que se submetem aos atos perpetrados pela Administração Pública, como também em razão da necessidade de que seja respeitada uma mínima segurança jurídico-social, na qual o desejo e a expectativa pela garantia de ordem, certeza e segurança a reger as relações jurídicas nas quais intervém a Administração Pública, passam a ser exigidas, de molde a evitar a desconfiança, a insegurança e a instabilidade social.

A partir dos pressupostos acima referenciados, também resulta possível concluir que as formas jurídicas extintivas surgem como um critério de natureza concreta, já que se mostram a partir da própria emergência do fenômeno prescricional em-si, devendo-se reconhecer-lhes a sua eficácia direta e imediata. Ou seja, a extinção decorre do fenômeno prescricional, o qual pode restar reconhecido pela própria Administração Pública, em razão de tratar-se de instituto de direito material, não necessitando da via processual para restar reconhecido.

Desse modo, a prescrição administrativa, enquanto fenômeno extintivo convocado pelo sistema, em presença de uma ordem jurídica possibilitadora de um modo próprio de compreensão reconhecido e residente no âmbito do próprio Direito Administrativo, afastada da idéia e dos limites impostos pelos modelos kantianos de categoria e de conceito, assume sua condição de limite jurídico a partir de uma idéia que não se mostra avessa aos característicos inerentes ao Direito Público.

É claro que tal possibilidade é informada por uma ideologia mediada por uma determinada política administrativa, a qual resulta conformada por um legislador que estabelece tal possibilidade de poder, ou não, *interromper o tempo*. Contudo, não se pode desconhecer que tal possibilidade jurídica nasce a partir de uma escolha ideológica marcada por uma forma de conveniência politicamente demarcada e não pela natural possibilidade de interromper. Contudo, tal conveniência não é ilimitada, mas submetida aos paradigmas estatuídos pelo ordenamento constitucional positivado.

Ademais, tal possibilidade será sempre vinculada à substância das pretensões e dos interesses delimitados pelo próprio sistema jurídico em sua totalidade, o qual formulará os critérios que devem servir para mediar os conflitos, mediante uma instrumentalização das expectativas do administrado, em geral, como também, de certo modo, das *expectativas* da própria Administração Pública.

De tal sorte, por tais critérios institucionalizam-se fronteiras tolerantes da diversidade norma/natureza, permitindo a possibilidade de entrega de uma prestação positiva/negativa, em face da qual o comportamento dos titulares dos direitos em conflito, na extensão das suas expectativas, deverão, entre o arsenal de mecanismos jurídicos próprios ao atendimento das pretensões deduzidas, postular o reconhecimento do próprio fenômeno extintivo, caso adequado e aplicável à espécie concreta.

Nesse prisma, portanto, a própria necessidade permanente da superação da dicotomia entre valor econômico e não valor econômico, para efeito de reconhecimento não provocado da prescrição em-si, perde o seu significado mais corriqueiro, já que o valor passa a ser o próprio bem jurídico a ser tutelado. Ou seja, o que há de restar protegido é o valor oriundo do *mundo-da-vida*, sendo sua natureza, tão-somente, um conteúdo informado a título de mera abstração, a partir de um arbitrário critério seletivo. Portanto, acima de tudo isto é imprescindível que o sentido de proteção seja primordialmente marcado pela idéia de uma subjetividade interessada.

Tal subjetividade interessada nasce da concepção da necessidade de proteção ao sujeito e aos seus interesses, e não em razão da coisa em-si. Afasta-se, por conseqüência, a possibilidade de que a mera alegação de um conceito indeterminado, tal como o do interesse público, possa obstar, por si só e de forma irrefletida, a ocorrência do fenômeno extintivo, já que a idéia de subjetividade interessada está, em razão dos paradigmas inerentes ao Estado Democrático de Direito, limitada, tão-somente, à comprovação de sua legitimidade.

Por isso, até mesmo a prescrição administrativa intercorrente não pode deixar de ser acolhida, sob a alegação de não haver regra geral expressa, já que por força do princípio da segurança jurídica não há mais sentido em se tutelar ao imobilismo injustificável. Também por isto, é de afastar-se a ultrapassada idéia de que as esferas

pública e privada são incompatíveis, dado que, hoje em dia, resulta inexorável perceber que ambas, ao invés de repelirem-se, interpenetram-se.

Portanto, na esteira do acima realçado, a prescrição administrativa há de ser entendida e aplicada a partir de uma subjetividade interessada. Subjetividade esta legitimada a partir dos bens valorados pelo mundo-da-vida, os quais devem ser tutelados e protegidos pela interferência e atenção direta, entre outros princípios aqui já destacados, do princípio de proteção à confiança do administrado, visando, em conjunto, à obtenção da segurança jurídica.

No caso das causas modificativas do fenômeno prescricional administrativo, não se põe em dúvida, ao início, de que o princípio da legalidade configura um limite ao fenômeno prescricional. Isto porque devemos partir de uma pré-compreensão da decisão administrativa como fenômeno jurídico situado (âmbito administrativo), embora, como se sabe, sempre sujeito tal limite à possibilidade de reexame pelo Poder Judiciário.

Entretanto, por força do estágio atual de evolução do mundo contemporâneo, surge a possibilidade de que o fenômeno prescricional se afaste, cada vez mais, dos paradigmas inerentes ao Direito Público ortodoxo, aproximando-se de feições semelhantes às que configuram as relações privadas.

Em razão de tais circunstâncias, o fenômeno da prescrição administrativa passa a assumir feições inerentes a uma identidade própria. Identidade que, embora se consolide a partir dos próprios paradigmas do Direito Público, afasta-se, cada vez mais, dos modelos configurados pelo Direito Civil, assumindo, paulatinamente, um significado e um sentido informado por uma dinâmica mais flexível em sua aplicação às relações regidas pelo Direito Administrativo.

De qualquer modo, a diversidade retratada por uma prescrição administrativa não pode, sob pena de grave retrocesso, ser caracterizada como uma forma de subversão ao sistema, mas sim como sendo o surgimento de uma força significativa de renovação dos alicerces do Direito Público. Isto tudo porque a nova concepção da prescrição administrativa deve estabelecer a relativização das estruturas normativas positivadas a partir de um modelo que afronta a confiança do administrado, que agride

aos paradigmas do Estado Democrático de Direito e que privilegia, de forma irracional, os interesses da Administração Pública.

É, portanto, a partir da estrutura formal das questões por ela elucidadas, informada por um funcionalismo prático, nascido de seus propósitos e de seus motivos, que tem permitido o afastamento da prescrição administrativa, como também de outros institutos do Direito Administrativo, de um modelo de Direito Público de natureza rígida e antidemocrático.

Por isso, cada vez mais tal percepção passa a não mais legitimar o Direito Civil como paradigma do Direito Administrativo, no que se refere à questão da prescrição. Em realidade, o uso do Direito Civil reflete muito mais uma tentativa de buscar colmatar uma falta, no caso pontual de ausência de prazos de prescrição administrativa, do que o reconhecimento de que tal sistema caracteriza um critério de natureza transcendente a ser universalizado como regra geral.

Contudo, tal concepção não implica conseqüências ilimitadas, as quais, considerada a natureza específica da prescrição administrativa, por exemplo, permitam resultar incontroverso que não só por autorização legislativa expressa, tal forma de prescrição poderá ser renunciada. Há um limite. Por mais flexível que seja o sistema normativo, não se pode olvidar, jamais, que a prescrição administrativa assume a condição de um bem e de um valor tutelado pela Administração Pública, em razão de sua natureza pública, mostrando-se, portanto, indisponível ao agir do administrador, o qual não age por sua vontade livre, mas sim por estar formalmente adstrito à necessidade de observar a lei.

Nesse mesmo caminho, outra questão problemática a restar destacada diz respeito ao início do prazo prescricional. Por óbvio, aqui não se está a pretender discutir tal evento em face de prazo objetivamente fixado pela lei, mas sim buscando articular o sentido da fixação do prazo com o evento que, *a priori*, deve determiná-lo. De tal sorte, restou evidenciado que o melhor critério a explicitar tal sentido, de início, deve ser reconhecido a partir do nascimento da pretensão juridicamente relevante, dado que a prescrição administrativa se trata de instituto de natureza material e não processual, em sua essência. A idéia de pretensão, portanto, assume a condição de variável autônoma,

isto, de forma mediata. Tal concepção nasce por força dos reflexos inerentes ao crescimento da relevância das diretrizes que estruturam a teoria de regime geral dos direitos fundamentais, tema que, embora não vinculado com as investigações ora procedidas, permeia toda a problemática jurídica contemporânea, mormente no que se refere à sua influência direta na construção de um novo modelo de interpretação, a partir de uma postura pós-positivista.

De tal sorte, em razão de tal articulação inafastável com as concepções oriundas das teorias do direitos fundamentais e, fundamentalmente, em presença da exigência de igualdade na aplicação do direito, associada a uma forte demanda social voltada para a busca permanente da exclusão da possibilidade da perpetuação de práticas marcadas pela injustiça, visando-se o afastamento de qualquer violência arbitrária, resulta inexorável que se fixe tal prazo a partir do momento em que o indivíduo formula uma pretensão juridicamente relevante, afastando-se, portanto, a necessidade da existência prévia de um prazo expressamente previsto.

Ademais, a necessidade de legitimidade formal e material a permear as estruturas inerentes a qualquer ação da Administração Pública, não mais permite que se tolere quaisquer formas de diferenciação, as quais possam, por tal falta ou agressão ao princípio constitucional da isonomia, gerem em tais atos um sentido marcado por uma ausência injustificável de razoabilidade.

Importa, contudo, que se advirta que se há de ter em conta que a diretriz principiológica da isonomia deve estender sua força para além da mera similitude de oportunidades, e que um dos critérios primordiais a ser observado deve ser o da efetividade do direito, dando causa que a prescrição administrativa efetivamente gere efeito extintivo, a partir da formulação de uma determinada pretensão, não importando que tal pretensão seja oriunda de manifestação advinda do administrado, ou da própria Administração Pública. Tudo porque já é momento de reconhecermos a efetiva autonomia do Direito Administrativo, como também, a partir de uma leitura contemporânea a respeito do agir administrativo adstrito às práticas diuturnas inerentes ao administrar, assegurar à Administração Pública idêntica autonomia, desvencilhando-a de um subordinação injustificada a qualquer outro segmento de composição ou de

estruturação do Estado contemporâneo, devendo, contudo, manter-se atenta ao que resta determinado pela lei.

Contudo, nunca se poderá olvidar que o só aplicar a lei, pela lei, conflita com os paradigmas do Estado Democrático de Direito. Há de se reconhecer a existência de limites. A prescrição administrativa é um deles.

Portanto, o prazo inicial do curso da prescrição administrativa inicia-se desde o momento em que nasce uma pretensão incontroversa, independente de qualquer manifestação exterior à esfera administrativa, à exceção, por óbvio, das circunstâncias em que a lei torna específico e incontroverso o início de tal prazo, de modo que não se encontraria justificativa alguma para não reconhecer a previsão legal em sua especificidade.

Em prosseguindo-se, resta impossível desconhecer, portanto, a existência de um princípio sistêmico de reconhecimento da prescritibilidade, mesmo no caso de ausência de norma legal expressa. Tal princípio é retirado do próprio âmago do sistema jurídico positivo, já que a ordem jurídica, apoiada nas idéias de justiça e de equidade, busca sempre a garantia de segurança e de estabilidade das relações jurídico-sociais. A tais idéias a Administração Pública não pode mostrar-se avessa.

Por tais razões é que já não há mais necessidade alguma em se admitir o uso da analogia, como meio de reconhecimento do princípio da prescritibilidade, em sede de Direito Administrativo, com apoio no grafado pela lei de introdução ao código civil (art. 4º). Ou seja, o sistema normativo de regulação do Direito Administrativo, associado aos paradigmas constitucionais do Estado Democrático de Direito, impõe, por conseqüência lógico-normativa, o reconhecimento de um princípio geral de prescritibilidade.

Mas, em face de todas as manifestações do fenômeno prescricional identificadas, até naquelas cunhadas a partir da possibilidade de sua transcendência em face da mera previsão legal, a prescrição administrativa permite, também, que se consolide uma certeza de que não há mais nenhum sentido em se continuar a temer à instabilidade social, argumento este esgrimido a partir de uma visão positivista-legalista que não mais se sustenta. Por tal circunstância, portanto, a prescrição administrativa

assume a condição de valor jurídico. Ou seja, a prescrição administrativa assume, enquanto valor jurídico, a condição necessária à instauração de um processo de autocontrole do próprio agir da Administração Pública, afastando-se de todos os pressupostos não demonstrados que estruturam a visão dogmática positivista.

Por outro lado, a submissão aos efeitos da prescrição administrativa gerando, por outro lado, uma idéia da necessidade de um sacrifício em favor da ordem jurídica, não mais se mostra como um dever de natureza ilimitada. Exige-se que, para tanto, reste, em tal *sacrifício*, a preservação de uma certa proporcionalidade, a qual deve tomar em conta as circunstâncias que envolvem cada caso concreto, devendo tal análise restar sempre modulada pelas circunstâncias inerentes ao caso concreto, observado, contudo, de modo insofismável, o limite estabelecido pela ordem jurídica.

Contudo, tal limite deve ser construído tomando-se em conta às peculiaridades do próprio conflito e das pessoas e dos interesses que o integram. Tudo porque a garantia criada pela ordem jurídica, há, primordialmente, de evitar agressões a qualquer direito ou pretensão juridicamente tutelada, propiciando a paz social, pela certeza de garantia de segurança e de estabilidade. Ou seja, a pretensão de validade da prescrição administrativa não nasce exclusivamente de um texto legal, estrito senso, mas sim a partir dos pressupostos que ela própria tematiza, os quais são subjacentes à própria ordem jurídica positivada.

Desse modo, a prescrição administrativa há, também, de produzir um sentido marcado pela oferta de uma diretriz possibilitadora de uma melhor adequação ao sistema, assumindo, numa deontologia construída em atenção direta aos princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito, a condição de princípio informador do próprio ordenamento jurídico, o qual deve assumir, entre outras atividades, a de configurar-se como um modelo de interpretação funcionalizado, já que a prescrição administrativa também realiza a ordem jurídica.

Em prosseguindo, agora em presença das vinculações possíveis entre a falta administrativa e a prática criminosa, nunca podemos olvidar que a analogia, como processo de conformação de um sentido de revelação de normas, devemos tomar em conta, de início, no caso das investigações em tela, a diferença que existe entre ilícito

penal e ilícito administrativo, porquanto, no mínimo, tratam-se de institutos jurídicos qualitativamente diversos.

Como premissa inicial, portanto, em tal sede de regulação, é inarredável que a data do conhecimento do fato, ato ou conduta indicadora ou caracterizadora de falta administrativa a ser submetida a processo administrativo disciplinar, enquanto indicativo do início do prazo prescricional, deve, independentemente do critério escolhido, assumir as feições de garantia ao próprio servidor faltoso, devendo tal marco estar assentado em prazo certo, tanto para o servidor, quanto para a Administração Pública. Com isto há de evitar-se a possibilidade de que se acabe por propiciar eventual impunidade éticamente inaceitável, com colisão frontal ao princípio constitucional da moralidade administrativa.

Contudo, quando a conduta havida como crime dá azo a instauração de procedimento punitivo, as circunstâncias relativas à prescrição administrativa devem ser sopesadas de forma distinta. Devem os prazos prescricionais estar com seu início demarcado expressamente previsto em lei, não sendo o bastante a pretensão de punir manifestada pela Administração Pública. Tudo porque a falta administrativa que também configura ilícito penal, mesmo em presença do pressuposto fictício de que sua prática esteve, ao momento do seu cometimento, marcada por uma atuação informada por motivação livre, no sentido de que o servidor há de compreender, perfeitamente, a extensão resultante de seu ato, não autoriza que, nesses casos, se reconheça a possibilidade de imputar e punir tal conduta a partir de um critério de imputação puramente objetiva. Tal atenção está direcionada a evitar que, por uma inadequação estrutural da disciplina relativa à prescrição administrativa, gere-se uma distonia causadora de um tratamento desigual, propiciando uma incoerência sistemática.

Portanto, mais do que nunca, há de reconhecer-se a autonomia do Direito Administrativo e, por conseqüência, da especificidade do conteúdo, da natureza e das conseqüências das suas faltas.

Desse modo, ao contrário do mencionado em relação à mera falta administrativa, a data do fato e não a da ciência da autoridade com poderes para instaurar a sede persecutória administrativa é que deverá ser tomado como critério do

início do prazo prescricional. Tudo porque importa observar a necessidade de coerência interna do sistema penal/administrativo, evitando-se, por desatenção a tal coerência sistêmica, consolidar-se situação iníqua. Ademais, importa que não se canse de repetir que, o reconhecimento da prescrição administrativa visa certeza de justiça material, como também garantia de segurança jurídica. Interessante e adequado seria se o legislador revogasse, o mais breve possível, os dispositivos que encaminham a regulação da prescrição administrativa, no caso em que as faltas administrativas também configuram ilícitos penais, para as regras de Direito Penal, tudo pela simples razão de que um agir danoso situado no âmbito de uma prática administrativa não pode ser equiparado como se fora uma prática criminosa planejada de forma consciente.

O instituto da prescrição administrativa, além de estar informada pela idéia de consecução da paz social, deve restar, primordialmente, informada pelos interesses da sociedade em que figura como regra de natureza extintiva. Ademais, importa que tal demanda social seja acolhida a partir, inicialmente, de uma visão empírica construída com atenção à dinâmica desse mesmo grupo social. Tal visão, contudo, deverá estar associada, em seu escopo, à contingencialidade inerente ao próprio processo político-histórico que configura e modifica, constantemente, tal sociedade.

Tais parâmetros, então, deverão ser recepcionados pelo Direito Administrativo, a partir de um conjunto de ações estratégicas, cuja delimitação deverá restar estruturada no próprio plano discursivo de recepção, o qual servirá como móvel ideológico necessário à adequada interpretação e aplicação das normas jurídicas que disciplinam o instituto jurídico da prescrição administrativa. Ou seja, a partir de tal estratégia, permite-se que os valores sociais inerentes a uma determinada comunidade passem a permear a interpretação e a aplicação do fenômeno extintivo, não se produzindo, por conseqüência, um vazio entre os interesses da sociedade e a *práxis* administrativa.

A partir de tais premissas, portanto, a prescrição administrativa passa, entre outras determinantes, a garantir a certeza jurídica, cujo desiderato deverá estar voltado para a extinção de eventuais conflitos jurídicos, de molde a impedir que se tornem infundáveis, e que, por tal circunstância, mantenham uma permanente situação de

incerteza e de insegurança jurídicas, em relação às demandas conformadas no seio de uma determinada sociedade.

Por conseqüência, a prescrição administrativa passa a assumir, não só como uma das idéias centrais a informar um discurso de dissolução das pretensões dissonantes, a condição de meio de organização e de reorganização do sistema jurídico-normativo positivado, em sua dinâmica, permitindo que, independentemente de um processo de mera diferenciação dos argumentos em conflito, atue para o efeito de construir uma solução pela extinção da controvérsia. Nesse passo, portanto, como já destacado acima, a prescrição administrativa assume a condição de instrumento estratégico, visando à objetivação de uma certeza formal pela extinção do conflito, independentemente do conteúdo específico das posições em dissenso.

Portanto, as expectativas de segurança, certeza e ordem, além de agruparem-se como razões necessárias para a consolidação da prescrição administrativa, assumindo a condição de elementos essenciais à sua própria estrutura, passam, de modo reflexo e mediato, a garantir, com isto, a extinção dos conflitos.

De tal sorte, a prescrição administrativa assume as feições, à forma e a tarefa de meio de instrumentalização necessário à garantia de certeza e da segurança jurídica, no Direito Administrativo. Contudo, importa que reste destacado que tal função não se dá como meio de buscar alcançar um resultado inerente a um escopo de mera justiça material, situada num plano muito próximo da utopia, mas sim como meio efetivo e concreto, dado que a sua aplicação está vinculada à sua vontade objetiva de extinguir os conflitos em que venha a incidir, atuando, portanto, como norma jurídica efetiva de dissolução das discussões de natureza controvertida.

Portanto, em relação às relações sociais conflituosas, a prescrição administrativa assume a condição de vetor de pacificação e de tranquilização da sociedade, atuando independentemente dos interesses em confronto, porquanto marcada pelo fito objetivo e incontroverso de fazer cessar o confronto.

Ademais, em face ao interesse público, a prescrição administrativa dá causa não a uma irrefletida proteção do interesse público por si só, a partir de uma visão dogmática e de natureza positiva, mas sim permite identificar e justificar, de modo

legítimo, a um interesse público justificado, só podendo ser pensada e exercitada pela sua legitimação a partir de uma tarefa assegurada pelo ordenamento jurídico plasmado pelo Estado Democrático de Direito, assumindo, portanto, a condição de limite que busca assegurar a paz e a ordem públicas, como objetivos primordiais de uma sociedade democrática.

Por isso, em face da necessidade de manutenção da ordem pública, a prescrição administrativa deve configurar-se como um mecanismo de substituição da controvérsia, o qual, por força de uma implicação lógica imediata, torna possíveis, em sua feição concreta, às idéias de certeza e de garantia jurídicas, fatores necessários à própria ordem social. Ou seja a determinação que é posta em relevo pela prescrição administrativa diz com a busca permanente da segurança jurídica, entendida esta última como sendo uma das expressões mais significativas e mais importantes do Estado Democrático de Direito.

No mesmo escopo teleológico, em presença da necessidade de proteção aos interesses jurídico-sociais, a prescrição administrativa configura-se como fonte de preservação dos valores mínimos a serem observados por uma sociedade democrática, dado que tais valores, pela sua necessidade de presença inafastável, resultam indispensáveis à proteção da própria sociedade em-si. Na medida em que a inércia estabelece um clima de insegurança e de facilitação da desarmonia social, maculando às relações jurídicas com a incerteza, mormente por tonalizá-las por um matiz de insolubilidade, o que, à evidência, mostra-se extremamente danoso, exsurge a prescrição administrativa como meio de possibilitação de um relacionamento pacífico entre os homens.

Ademais, em face das relações incertas, a prescrição administrativa fixa as relações jurídicas, de modo a fazer cessar a controvérsia, permitindo o afastamento de qualquer incerteza ou dúvida. Tudo porque pela prescrição administrativa dá-se a absorção da insegurança, visando, primordialmente, a cessação do conflito, de forma imediata.

Importa destacar, contudo, que a prescrição administrativa não visa à satisfação dos interesses individuais, em seu conteúdo de pretensão material, ou a obtenção de

consenso entre às partes em conflito de interesses, mas sim, de forma objetiva e concreta, a cessação do conflito. Ou seja, em sua vocação de pacificação, a prescrição administrativa assume a condição de meio orientado para a cessação do conflito.

No que atine a eventuais abusos perpetrados pela Administração Pública, a prescrição administrativa, em face dos paradigmas configurados no âmbito de um Estado Democrático de Direito, explicita que o poder do Estado não é absoluto, mas sim limitado. De tal sorte, resulta manifesto que a prescrição administrativa assume, entre outras formas jurídicas, além de todas as suas características já realçadas, a condição de controle da própria atuação da Administração Pública, agindo como fator de mediação e de garantia da necessária estabilidade das relações jurídicas.

Nesse passo, portanto, procede a uma readequação do princípio do interesse público, afastando-o da tradicional e vetusta concepção adstrita ao princípio da legalidade estrita. Tal perspectiva constrói-se a partir da compreensão de que a complexidade das relações inerentes ao mundo contemporâneo, ultrapassa a singela dinâmica da simples aplicação da lei.

Portanto, é o caso concreto, é a cristalização das condutas identificadas, são os anseios e as expectativas dos integrantes da situação jurídica em análise que deverão informar a solução do conflito, atuando a prescrição administrativa como modo de suprimir qualquer espécie de abuso, mesmo àqueles aos quais a lei, em tese, estaria, de forma objetiva, a proteger. Ou seja, a prescrição administrativa estabelece, de um certo modo e de forma concreta, as bases de uma ética mínima, visando, por força de sua condição de fenômeno extintivo, demonstrar que nenhuma forma de poder é ilimitada.

Desse modo, há de reconhecer-se que a prescrição administrativa afasta a vontade irracional de aplicação perpétua e irrefletida da lei, ou seja, a aplicação da lei, pela lei, permitindo, de forma concreta, objetiva e imediata, a cessação da instabilidade, instaurando o primado da segurança jurídica pela neutralização da incerteza.

Por fim, não se pode olvidar que a prescrição também envolve duas circunstâncias específicas, situadas além da esfera de regulação disciplinada pelo

Direito Público, mas com vínculos muito próximos ao conjunto de regras que constituem a tessitura básica do Direito Administrativo.

A primeira diz como o âmbito configurado pelo espaço processual estrito, como resultado, primordialmente, da compreensão jurisprudencial, no qual a prescrição administrativa assume a condição de elemento moralizador, na condição de alicerce ético, ao afastar a permanência infundável dos conflitos. Contudo, tal influência, no momento em que o Direito Administrativo se aproxima dos paradigmas inerentes ao Direito Privado, deverá ser compreendido, ao início, pelo afastamento de um equivocado antagonismo entre tais esferas, admitindo-se então, por exceção, a mediação, para efeito da configuração, reconhecimento e aplicação da prescrição administrativa, de parâmetros integrantes do direito civil, os quais, contudo, deverão ser lidos a partir de uma ótica que transcende os meros interesses privados.

Por segundo, no caso dos espaços informados por circunstâncias alheias a um sentido estritamente público, há de visualizar-se que a prescrição administrativa permite a criação de um princípio de isonomia entre a Administração Pública e o administrado, devendo tal formulação ser compreendida como uma nova forma de garantia ambivalente e concomitante de interesse público, na medida em que permite proteger tanto aos interesses da Administração Pública, quanto aos interesses dos administrados em geral.

Para isso, em tal senda, o prazo da prescrição administrativa há de ser lido a partir do regime jurídico delimitado pelo Direito Administrativo, afastando-se a necessidade do desaconselhável eterno retorno ao Direito Privado. Isto porque, hodiernamente, é incontroverso que o Direito Administrativo configura um sistema ao qual não se pode mais negar o reconhecimento de sua autonomia temática e científica. Até porque, além de seus paradigmas teórico-doutrinários refletirem uma maturidade suficiente à legitimação de sua individualidade, como ramo autônomo da ciência jurídica, sua malha de regulação está suficientemente estruturada, de molde a permitir, a partir de seus parâmetros, a delimitação dos conflitos em que há direito ou interesse da Administração Pública, mormente nos casos relativos a tributos ou em relação a dissídios de natureza previdenciária.

Desse modo, pode-se afirmar que a prescrição administrativa é o instituto de Direito Administrativo que estabiliza o sistema jurídico, assegura credibilidade à ordem jurídica positivada, protege à confiança dos cidadãos em geral na Administração Pública, garante a segurança jurídica, atuando como limite à ação estatal, impondo certeza na concretização das normas jurídicas, tudo por determinar a extinção das relações jurídicas marcadas pelo conflito, atuando como mecanismo efetivo da consecução da paz e da harmonia sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998;

ABREU, João Leitão de. *Da prescrição em direito administrativo*, In: Revista Jurídica, v. 51. Porto Alegre: Sulina, 1961, p. 43-55;

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997;

——— *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001;

——— *Derecho y razón práctica*. Segunda reimpressão, corregida. Ciudad de México: Distribuciones Fontamara, 2002;

AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 300, outubro, 1960, p. 7-37;

ARAGÃO, Oscar de. *Prescrição quinquenária — reclamação administrativa*. In: Revista dos Tribunais da Bahia, vol 46, 1952, p. 179;

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: Introdução e Teoria Geral, Uma Perspectiva Luso-Brasileira*, 2ª edição brasileira, revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2001;

ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*, 2ª edição, 2ª tiragem atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2001;

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003;

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2004;

————— *Processo administrativo disciplinar*, 2ª edição. São Paulo: Max Limonad, 2003;

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*, 4ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2001;

————— *Prescrição administrativa: autonomia do direito administrativo e inaplicabilidade da regra geral do código civil*. In: Revista Trimestral de Direito Público, v. 27. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 89-107;

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito intertemporal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980;

BELADIEZ ROJO, Margarita. *Los principios jurídicos*. 1ª edición, 1ª reimpresión. Madrid: Tecnos, 1997;

BERESFOR, Heron. *Valor: saiba o que é*. Rio de Janeiro: Shape, 1999;

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. *Princípios de direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002;

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989;

————— *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*, 4ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 1992;

BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso de direito administrativo*. Curitiba: Juruá, 1998;

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 11ª edição, revista, atualizada e ampliada (em apêndice texto da Constituição federal de 1988, com as EC até a de n. 31, de 14.12.2000). São Paulo: Malheiros, 2001;

CAETANO, Fabiano de Lima. *Prescrição e decadência no âmbito da Administração Pública e sua relação com o poder de impérios: alguns apontamentos*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3185>>. Acesso em: 06 fev. 2003;

CAHALI, Yussef Said. *Aspectos processuais da prescrição e da decadência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979;

———. *Responsabilidade civil do Estado*, 2ª edição, 1ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1996;

CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. *Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil*, 3ª edição, atualizada por José de Aguiar dias. Rio de Janeiro: Forense, 1978;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 2ª edição. Coimbra: Almedina, 1998;

CARVALHO, Gilberto de Abreu Sodré. *Fundamentos para o reconhecimento da prescrição vintenária para as ações contra o estado em matéria de responsabilidade civil extracontratual*. In: Revista dos Tribunais, v. 716. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 34-36;

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 8ª edição revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001;

CAVALCANTI, Temístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*, 3ª edição, vol. IV, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956;

CHAPARRO, Carlos. *A luz do interesse público não está nos códigos*. Disponível em: <http://www.igutemberg.org/chapa18.html>. Acesso em 30.03.2004;

CLÈVE. Clèmerson Merlin. *O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*, 2ª edição. São Paulo: Max Limonad, 2001;

COMANDUCCI, Paolo. *Razonamiento jurídico: elementos para um modelo*. Ciudad de México: Distribuciones Fontamara, 1999;

Consultoria-Geral da República do Brasil. Parecer nº L-20. Processo PR nº 6.774/74. 7 de agosto de 1974. *MILITAR. GRADUAÇÃO. PRESCRIÇÃO: A prescrição tem por base o interesse social, pela estabilidade das relações jurídicas*. Consultor-Geral da República: Luiz Rafael Mayer. **In:** Revista de Direito Administrativo. São Paulo, vol. 118, p. 384-386;

CORDEIRO, Renato Sobrosa. *Prescrição administrativa*. **In:** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº 207, p. 105-120, jan./mar., 1997;

COUTO E SILVA, Almiro. *Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da administração pública com relação a seus atos administrativos*. **In:** Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, nº 204, abr./jun., 1996, p. 21-31;

COUTO E SILVA, Almiro. *Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo*. **In:** Revista de Direito Público. São Paulo, nº 84, ano XX, outubro-dezembro, 1987, p.46-63;

CRETELLA JÚNIOR. José. *Prescrição de direito e ações contra a fazenda pública*. **In:**

Revista Forense, v. 288. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 7-10;

CRETELLA JÚNIOR, José. *Prescrição no direito administrativo - dívida ativa da união, de qualquer natureza*. In: Revista do Tribunal de Contas da União, v. 72, p. 67; Brasília, sem data;

————— *Curso de direito administrativo*, 17ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001;

CRUZ, José Raimundo Gomes da. *O controle jurisdicional do processo disciplinar*. São Paulo: Malheiros, 1996;

DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*, Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1977;

DESAULNIERS, Julieta Beatriz Ramos. *Tempo - uma categoria, várias abordagens*. In: Veritas: revista trimestral de filosofia e ciências humanas da PUCRS. Porto Alegre. Vol. 41, nº 162, p.232, junho, 1996;

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, 6ª edição revista e aumentada, volume II. Rio de Janeiro: Forense, 1979;

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 17ª edição. São Paulo: Atlas, 2004;

DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001;

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Planeta-De Agostini, 1993;

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, 3ª edição, tradução e prefácio de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d;

EIZIRIK, Nelson. *Reforma das S.A. & dos Mercados de Capitais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997;

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1967;

FAIAS, Carlos Augusto dos Santos. *Prescrição no direito administrativo*. In: Revista de Informação Legislativa, ano 32, nº 128, outubro/dezembro. Brasília: Senado, Subsecretaria de Edições técnicas, 1995, p. 15-35;

FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de direito administrativo positivo*, 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2001;

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997;

FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa*, 11ª edição, 11ª impressão. Rio de Janeiro: civilização Brasileira, 1983;

FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001;

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*, 3ª edição, revista e ampliada, com preceitos de interpretação constitucional. São Paulo: Malheiros, 2002;

——— *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999;

——— *Estudos de direito administrativo*, 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 1997;

FREIRE, Antonio Manuel Pena. *La garantía en el estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997;

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*, 7ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2004;

FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002;

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*, 6ª edição, revista, atualizada e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2001;

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1979;

GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Tradução Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002;

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998;

GROPPALI, Alexandre. *Doutrina do estado*, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1962;

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989;

———. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, volume I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997;

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, 3ª edição. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997;

LEAL, Rogério Gesta. *Hermenêutica e direito: considerações sobre a teoria do direito e os operadores jurídicos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1999;

LIMA, Irineu Paz de. *A prescrição no direito administrativo*. In: Revista da Escola Superior da Magistratura do Distrito Federal, edição especial, 1996, p. 183-187;

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*, 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982;

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Tradução de Vera Maria Jacob Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998;

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La seguridad jurídica*, 2ª edición revisada y puesta al día. Barcelona: Ariel, 1994;

LUZ, Egberto Maia. *Direito administrativo contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2000;

MACIEL, José Fábio Rodrigues. *Teoria geral do direito: segurança, valor, hermenêutica, princípios, sistema*. São Paulo: Saraiva, 2004;

MAIA, Alexandre da. *Ontologia jurídica: o problema de sua fixação teórica (com relação ao garantismo jurídico)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000;

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, volume II, 4ª edição revista. Rio de Janeiro: Forense, 1971;

MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. *O instituto da prescrição no direito administrativo*. Disponível em: www.sbdp.org.br. Acesso em 10.05.2003;

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses*

públicos. São Paulo: Malheiros, 2002;

MARTINS, Alan; FIGUEIREDO, Antônio Borges de. *Prescrição e decadência no direito civil*. Porto Alegre: Síntese, 2002;

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Da prescrição intercorrente no processo administrativo disciplinar*. In: COAD - ADV: Seleções Jurídicas, março de 2002, p. 58-61;

——— *Dos institutos da prescrição e da preclusão no campo do direito administrativo*. In: COAD - ADV - Seleções Jurídicas. São Paulo: COAD, dezembro de 1988, p. 11-16;

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1979;

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989;

——— *Da retroatividade do ato administrativo*. São Paulo: Max Limonad, 1986;

——— *Prescrição e administração pública*. In: Revista dos Tribunais, vol. 642, abril de 1989. São Paulo: RT, p. 82 a 83;

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 17ª edição, atualizada por: Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1992;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 14ª edição, refundida, ampliada e atualizada até a Emenda constitucional nº 35, de 20.12.2001 São Paulo: Malheiros, 2002;

MESQUITA Júnior, Sídio Rosa de. *A prescrição na Lei 8.884/94, com redação dada pela MP 1708/98 (Lei 9.873/99)*. In: *Âmbito Jurídico*, mar/2001. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/da0025.htm>. Acesso em 28.10.2003;

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado, parte geral*, tomo VI, 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974;

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002;

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1000*, 2ª edição, atualizada, revista e aumentada. São Paulo: Malheiros, 2003;

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: Parte Introdutória, Parte Geral e Parte Especial*, 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1999;

MUKAI, Toshio. *Direito administrativo sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999;

NASSAR, Elody. *Prescrição na administração pública*, São Paulo: Saraiva, 2004;

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Prescrição: decretação de ofício em favor da fazenda pública*. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 211. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 221-231;

OLIVEIRA NETTO, Sérgio. Inexistência de prazo decadencial para a declaração de nulidade de ato administrativo na Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3295>>. Acesso em 06/02/ 2003;

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato administrativo*, 4ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001;

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000;

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. I, 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1999;

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999;

PIERANGELI, José Henrique. *Da extensão do reconhecimento da prescrição retroativa no âmbito do direito administrativo. Falta de relatório em acórdão: nulidade*. In: Revista dos Tribunais, v. 799, ano 91. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio de 2002, fascículo penal, p. 497-514;

PONDÉ, Lafayette. *Estudos de direito administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995;

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Resenha Universitária, 1977, v. 1, t. 3;

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*, 5ª edição, ver. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 1994;

——— *Lições preliminares de direito*, 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 1979;

——— *Revogação e anulamento do ato administrativo: contribuição ao estudo das figuras que integram o instituto da revisão dos atos administrativos pela própria administração*, 2ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1980;

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo

Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004;

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*, Parte Geral, v. 1, 34ª edição, atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.1.2002). São Paulo: Saraiva, 2003;

RUIZ, Bartolomé Castor. *Os paradoxos do imaginário*. São Leopoldo: Unisinos, 2003;

SILVA, Clarissa Sampaio. *Limites à invalidação dos atos administrativos*. São Paulo: Max Limonad, 2001;

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 6ª edição, revista e ampliada de acordo com a nova constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990;

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*, 5ª edição, volume III. Rio de Janeiro: Forense, 1978;

SILVEIRA, Paulo de Tarso Dresch. *Breves apontamentos sobre a prescrição no direito administrativo brasileiro*. Disponível em: www.femargs.com.br/revista02_dresch.html. Acesso em 06/02/2003;

SILVEIRA, Vital Moacir da. *Excertos doutrinários e jurisprudenciais sobre a prescrição quinquenal para a administração declarar a nulidade de seus atos*. In: Revista dos Tribunais, Fascículo Cível, ano 89, v. 773. São Paulo: Revista dos Tribunais, março de 2000, p. 128-137;

SIMAS, Henrique de Carvalho. *Manual elementar de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974;

SIMÕES, Mônica Martins Toscano. *O processo administrativo e a invalidação de atos viciados*. São Paulo: Malheiros, 2004;

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: LTr, 1996;

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996;

——— *História e ideologia*, 3ª edição. Porto Alegre: Movimento, 1999;

TACITO, Caio. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975;

——— *Perspectivas do direito administrativo no próximo milênio*. In: Revista Trimestral de Direito Público, v. 22, São Paulo: Malheiros, 1997. 22-26;

——— *Prescrição administrativa – comissão de valores mobiliários – inquérito administrativo*. In: Revista de Direito Administrativo, volume 196, abr./jun. Rio de Janeiro: Renovar. 1994, p. 286 a 287;

TALAMINI, Daniele Coutinho. *Revogação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002;

TELLES, Antônio Augusto Queiroz. *Introdução ao direito administrativo*, 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000;

VIDIGAL, Geraldo de Camargo. *Prescrição no direito administrativo*. In: Revista de Direito Administrativo, vol. 200. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 299-308;

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Direito público e direito privado: sob o prisma das relações jurídicas*, 2ª edição revista e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 1996;

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, 2ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001;

