

TC 005.745/2019-5

Tomada de contas especial

Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação

Município de Sousa/PB

Excelentíssima Senhora Ministra-Relatora,

Trata-se de tomada de contas especial (TCE) instaurada pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) em desfavor do Sr. Salomão Benevides Gadelha, ex-prefeito do Município de Sousa/PB, em razão de *“irregularidades na execução dos recursos transferidos à conta do PEJA/2006 [Programa de Apoio aos Sistemas de Ensino para Atendimento à Educação de Jovens e Adultos no exercício de 2006], a exemplo da “ausência de comprovação do pagamento de remuneração aos professores”* (peça 21, p. 1, 3 e 5).

I – HISTÓRICO

2. No âmbito deste Tribunal, após instrução inicial dos autos e manifestação deste Ministério Público de Contas com vistas à *“citação do espólio ou, se for o caso, dos sucessores do Sr. Salomão Benevides Gadelha”* (peças 28 a 31), acolhida pela eminente Ministra-Relatora (peça 32), a Secretaria de Controle Externo de Tomada de Contas Especial (Secex-TCE) promoveu a citação do espólio de Salomão Benevides Gadelha, por meio de sua representante legal, em razão de débito no montante histórico de R\$ 103.580,06, decorrente da *“não comprovação de pagamentos atribuídos à remuneração de professores, no âmbito do (...) Peja/2006”* (peças 40, p. 10, e 45, p. 1 e 3).

3. Todavia, o responsável deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentação de sua defesa (peças 44 a 47).

4. Diante disso, considerando a subsistência da irregularidade que ensejou o débito, a unidade técnica propôs, entre outras medidas, julgar irregulares as contas do Sr. Salomão Benevides Gadelha, com fundamento no art. 16, inciso III, alíneas “b” e “c”, da Lei 8.443/1992, condenando seu espólio no referido débito (peças 48, p. 10 e 11, 49 e 50).

5. Conforme se verifica a partir dos elementos constantes dos autos, a irregularidade que ensejou a instauração desta TCE ocorreu no ano de 2006 – predominantemente – e de 2007 (peças 11, p. 18-19; 21, p. 3; 28, p. 1; e 40, p. 6). Aborda-se, portanto, irregularidade cometida há mais de dez anos. Considerando a relevância do tema atinente à prescribibilidade da pretensão de ressarcimento aos cofres públicos, sobretudo em face da evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito da matéria, entendo que se afigura oportuno um exame mais aprofundado acerca desse ponto.

II - PRELIMINAR ACERCA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO

6. A análise da incidência da prescrição nos processos de contas não é assunto novo na jurisprudência do Tribunal de Contas da União.

7. Em meados dos anos 1990, a jurisprudência do TCU oscilava entre as teses da imprescribibilidade e da prescrição vintenária das pretensões de ressarcimento e de punição,

ambas baseadas em dispositivos do Código Civil de 1916. Por volta de 1998, todavia, as decisões que sustentavam a tese da imprescritibilidade passaram a utilizar, como fundamento, o art. 37, §5º, da Constituição Federal.

8. Com a entrada em vigor do atual Código Civil, os defensores da incidência do instituto da prescrição na Corte de Contas passaram a utilizar, como parâmetro, o art. 205 – prazo decenal – e, eventualmente, o art. 2.028 da Lei 10.406/2002 – prazo vintenário, quando já transcorrido mais da metade do prazo estipulado na lei anterior, ou prazo decenal, contado da data de entrada em vigor da nova lei.

9. Tendo em conta o que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 26.210-9/DF e pela colenda Corte de Contas no Acórdão 2.709/2008-TCU-Plenário, **a jurisprudência do TCU foi pacificada no sentido da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário**, inclusive os processos de contas, notadamente a tomada de contas especial.

10. Especificamente quanto à pretensão punitiva, após período de preponderância da tese pela imprescritibilidade, sucedido por longo período de conflito jurisprudencial, a jurisprudência foi finalmente pacificada com a prolação do Acórdão 1.441/2016, por meio do qual o Plenário do TCU, apreciando incidente de uniformização de jurisprudência, entre outras deliberações, deixou assente que **“a pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União subordina-se ao prazo geral de prescrição indicado no art. 205 do Código Civil”**.

11. No início de 2020, a jurisprudência do TCU estava acomodada em torno das teses de imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento aos cofres públicos e de prescrição decenal da pretensão punitiva nos processos de competência da Corte de Contas. Não obstante, como se buscará demonstrar a seguir, os fundamentos trazidos, em 20/4/2020, no julgamento do RE 636.886/AL (Tema 899) – assim também em outros precedentes do colendo Supremo Tribunal Federal – não recomendam, a meu ver, a manutenção incontestada desse posicionamento.

12. As mais recentes decisões da Corte de Contas, ou seja, a jurisprudência formada desde a decisão tomada no RE 636.886/AL (Tema 899), **majoritariamente**, persistem na adoção da tese da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento aos cofres públicos (v.g. Acórdãos 2.018/2020-TCU-Plenário; 7.325/2020-TCU-Segunda Câmara; 6.894/2020-TCU-Primeira Câmara; 6.652/2020-TCU-Primeira Câmara; 6.589/2020-TCU-Segunda Câmara; 6.473/2020-TCU-Primeira Câmara; 6.707/2020-TCU-Segunda Câmara; 6.465/2020-TCU-Primeira Câmara; 6.350/2020-TCU-Segunda Câmara; 6.207/2020-TCU-Segunda Câmara; 6.137/2020-TCU-Primeira Câmara; e 6.084/2020-TCU-Primeira Câmara).

13. Não obstante, registre-se que a motivação que conduziu ao posicionamento pela imprescritibilidade nesses julgados, de modo geral, restringiu-se a alegações no sentido de que: a) o RE 636.886/AL não cuidou especificamente da prescrição no processo de controle externo; ou, b) a jurisprudência atual, pacificada em torno da imprescritibilidade, diante das dúvidas e incertezas derivadas das mais recentes decisões do STF, deve continuar a ser aplicada.

14. Para melhor compreensão das circunstâncias e da evolução lenta e constante da jurisprudência do eg. STF quanto ao tema da imprescritibilidade, é oportuna uma breve digressão histórica, ao menos até a promulgação da Constituição de 1988, após o que, muitas discussões acadêmicas, doutrinárias e jurisprudenciais se estabeleceram em torno do alcance interpretativo a ser conferido a inúmeras normas constitucionais, inclusive a do §5º do art. 37, que assim dispõe:

Art. 37 (...)

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

MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
Gabinete do Procurador SÉRGIO RICARDO COSTA CARIBÉ

15. Em uma época na qual os tribunais expressavam divergências sobre o assunto, o STF, em 2008, sob a relatoria do Exmo. Ministro Ricardo Lewandowski, ao julgar o MS 26.210/DF, admitindo a incidência, na espécie, do disposto no art. 37, §5º, da Constituição Federal, deliberou pela imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento aos cofres públicos.

16. Em seu Voto, o Ministro Lewandowski, de forma concisa, citando o Professor José Afonso da Silva, assim defendeu, no caso concreto, a incidência do §5º do art. 37 da Carta Magna, cuja parte final estabelecerá a imprescritibilidade da pretensão ao ressarcimento:

No que tange à alegada ocorrência de prescrição, incide, na espécie, o disposto no art. 37, §5º, da Constituição de 1988... (...)

Considerando-se ser a Tomada de Contas Especial um processo administrativo que visa a identificar responsáveis por danos causados ao erário, e determinar o ressarcimento do prejuízo apurado, entendendo aplicável ao caso sob exame a parte final do referido dispositivo constitucional.

Nesse sentido é a lição do Professor José Afonso da Silva:

“A prescritibilidade, como forma de perda da exigibilidade de direito, pela inércia de seu titular, é um princípio geral de direito. Não será, pois, de estranhar que ocorram prescrições administrativas sob vários aspectos, quer quanto às pretensões de interessados em face da Administração, quer quanto às desta em face de administrados. Assim é especialmente em relação aos ilícitos administrativos. Se a Administração não toma providência à sua apuração e à responsabilização do agente, a sua inércia gera a perda do seu ius persequendi. É o princípio que consta do art. 37, § 5º., que dispõe: [omissis]. Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (dormientibus non succurrit ius)”.

17. Oportuno destacar que, no julgamento do MS 26.210-9/DF, o entendimento sustentado pelo relator não foi unânime. O Eminentíssimo Ministro Marco Aurélio, por exemplo, mostrou-se francamente contrário à interpretação pela imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento aos cofres públicos, assim argumentando:

Mas a minha premissa é outra. Não coloco na mesma vala a situação patrimonial alusiva ao ressarcimento e outras situações em que a Constituição afasta a prescrição. **O constituinte de 1988 foi explícito, em certos casos, quanto à ausência de prescrição. Aqui, não. Não posso conceber que simplesmente haja o constituinte de 1988 deixado sobre a cabeça de possíveis devedores do erário, inclusive quanto ao ressarcimento por ato ilícito, praticado à margem da ordem jurídica, uma ação exercitável a qualquer momento.** (destaquei)

18. O Exmo. Ministro Marco Aurélio, portanto, já naquela ocasião, alertou para o fato de o §5º do art. 37 da Constituição não prever, de modo expresso, a imprescritibilidade das ações (pretensões) de ressarcimento ao erário.

19. O saudoso Ministro Cezar Peluso, por seu turno, com muita clareza, deu uma interpretação ao dispositivo voltada a limitar o alcance da imprescritibilidade – numa posição mais próxima à adotada pela Suprema Corte anos depois, quando do julgamento do RE 852.475/SP (Tema 897) –, senão vejamos:

... o que me parece claro dessa regra – com o devido respeito – é que se trata de uma exceção à previsão de prescrição para ilícitos, ou seja, há aqui segunda exceção, normativa, uma exceção de segundo grau, que é de abrir ressalva à prescritibilidade em relação aos ilícitos praticados por qualquer agente, que, seja servidor ou não, cause prejuízo ao Erário.

Isso significa, no meu entender, que em primeiro lugar, a hipótese excepcional **não é de qualquer ilícito**, sobretudo **não é de ilícito civil**. Aliás, o próprio Tribunal de Contas da União, ao prestar informações, invoca acertada doutrina que, provavelmente citada nos seus acórdãos, diz o seguinte:

“A Constituição Federal colocou fora do campo de normatização da Lei o prazo prescricional da ação de ressarcimento referente a prejuízos causados ao erário, só podendo a lei estabelecer o prazo prescricional para os ilícitos, como tal podendo-se entender os crimes.”

Noutras palavras, **as ações relativas a crimes são prescritíveis, não, porém, as respectivas ações de ressarcimento**. Respectivas do quê? Dos crimes, isto é, as ações tendentes a reparar os prejuízos oriundos da prática de **crime danoso** ao Erário. **Este é o sentido lógico do adjetivo “respectivos”**. Não se trata, portanto, de qualquer ação de ressarcimento, senão apenas das ações de ressarcimento de danos oriundos de **ilícitos de caráter criminal**. Aí se entende, então, o caráter excepcional da regra da imprescritibilidade. Por quê? Porque é caso do ilícito mais grave na ordem jurídica. E a Constituição, por razões soberanas, entendeu que, nesse caso, cuidando-se de delitos, no sentido criminal da palavra, as respectivas ações de ressarcimento não prescrevem, conquanto prescrevam as demais ações nascidas do ilícito penal. (destacamos)

20. Não obstante, apesar das manifestações exaradas pelos doutos Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso, o Supremo Tribunal Federal, quando da apreciação do MS 26.210-9/DF, firmou entendimento pela imprescritibilidade generalizada das ações de ressarcimento aos cofres públicos.

21. Tal posicionamento se manteve até o julgamento, em 3/2/2016, do **RE 669.069 (Tema 666)**, da relatoria do Eminentíssimo Ministro Teori Zavascki, ocasião em que o Supremo assentou:

CONSTITUCIONAL E CIVIL. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. 1. **É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil**. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (grifei)

22. Observo, não obstante, que, em face das discussões acerca do Tema 666, o STF fixou **tese restrita às hipóteses de ilícito civil**, não tendo tratado, naquela assentada, das questões atinentes às ações de ressarcimento ao erário fundadas em ilícitos qualificados como atos de improbidade administrativa.

23. Em 2018, no julgamento do **RE 852.475/SP**, o STF, apreciando o Tema 897, com repercussão geral reconhecida, fixou tese no sentido de que: **“São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”**. Naquela ocasião, prevaleceu, por apertada maioria, a tese ofertada pelo Exmo. Ministro Edson Fachin, no sentido de que o §5º do art. 37 da Carta Magna tem como finalidade estabelecer a imprescritibilidade das ações civis de ressarcimento ao erário baseadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso.

24. Especificamente no que afeta à parte final do dispositivo em análise, ou seja, à expressão **“ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”** – a partir da qual o Exmo. Ministro Edson Fachin, em antecipação de voto, manifestou dissenso em relação à posição que prevalecia até então –, sustentou o douto Ministro Redator que **as palavras “imprescritível” e “imprescritibilidade” não estão grafadas**, motivo pelo qual haveria espaço para diversas interpretações. Posto isso, argumentou Sua Excelência que, seja sob a ótica da compreensão doutrinária evolutiva, seja a da compreensão sistêmica, **“há leis para as primeiras ações de prescrição, isto é, ilícitos praticados por agentes, sejam eles servidores ou não, do que se apartaria uma outra lei, dotada de uma especialidade ainda maior, atinente às ações de ressarcimento, ou seja, ao tema da improbidade”**. O Ministro Edson Fachin, na condição de

Redator do Acórdão, tendo em conta uma possível conexão com o § 4º do art. 37 da Constituição, sustentou, então, que **a parte final do § 5º diz respeito aos atos de improbidade administrativa.**

25. Na mesma linha de pensamento, a eminente Ministra Rosa Weber externou entendimento de que “*a interpretação conjunta dos §§ 4º e 5º do art. 37 da Magna Carta aponta para a **imprescritibilidade** da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em ato tipificado como **improbidade administrativa***” (destaques no original).

26. Também nesse sentido se posicionou a douta Ministra Carmem Lúcia, que a partir de uma interpretação sistêmica da ordem jurídica, notadamente dos §§ 4º e 5º do art. 37 da Constituição da República, destacou “*a existência autônoma dos prazos prescricionais referentes às ações pelas quais se busca apurar os atos de improbidade em contraposição à intransigência da imprescritibilidade inerente à pretensão de ressarcimento do dano causado ao erário*”.

27. Na discussão da matéria, a Corte Constitucional apreciou, ademais, a necessidade da presença do elemento subjetivo dolo para afastar a incidência da prescrição em face de ação de ressarcimento derivada de ato de improbidade administrativa. Quanto a esse aspecto, vale resgatar o seguinte excerto da Retificação do Voto proferida pelo eminente Ministro Luís Roberto Barroso, *verbis*:

É que a Lei de Improbidade prevê hipóteses em que a improbidade é dolosa e ela prevê, no art. 10, a possibilidade de culpa. Eu gostaria de cingir a imprescritibilidade do ressarcimento às hipóteses de dolo e excluir as hipóteses de culpa, em que, por uma falha humana, não intencional, se tenha eventualmente causado um prejuízo ao Erário.

Portanto, eu estaria, Presidente, **reconsiderando o meu ponto de vista para entender imprescritível a ação de ressarcimento de danos nas hipóteses do cometimento pelo agente público de uma improbidade dolosa.**

(...)

Agora, se um agente público ímprobo, que tenha praticado um ato de corrupção, tem consigo ainda o produto da improbidade, o produto do desvio, e isso possa ser judicialmente demonstrado, não tenho conforto em dizer que ele possa conservar o produto do crime ou o produto do desvio sem que o Estado possa pretender reavê-lo. (grifei)

28. O Exmo. Ministro Ricardo Lewandowski, no curso das discussões a respeito do tema, manifestou-se no sentido de que o posicionamento do Ministro Luís Roberto Barroso se mostrava mais consentâneo com o direito de defesa e, ainda, com o art. 28 da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, que diz que o “*agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro*”.

29. Por maioria, os ministros do Supremo Tribunal Federal firmaram entendimento de que o dispositivo seria aplicável aos casos de improbidade, mas que a ressalva contida *in fine* seria restrita aos casos dolosos. **A tese firmada para o Tema 897, assim, é de que a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário alcança tão somente a prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa (LIA).** Desta feita, conforme o novel entendimento da Corte Constitucional, as hipóteses de imprescritibilidade para as ações de ressarcimento ao erário continuam a existir, mas **limitadas** aos casos em que se tem por configurado o **cometimento de crime e/ou ato de improbidade administrativa, com a necessária presença do elemento subjetivo dolo.**

30. Meses depois, em 20/4/2020, quando do julgamento do **RE 636.886/AL**, o Pretório Excelso, sob a relatoria do Exmo. Ministro Alexandre de Moraes, apreciando o **Tema 899** com repercussão geral reconhecida, fixou a tese de que **é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas.**

31. O referido *decisum* teve por objeto a apreciação de recurso extraordinário, no qual se discutia a possibilidade de incidência da prescrição em ação de execução fundada em título decorrente de decisão condenatória do TCU. Enfrentou-se, naquele caso concreto, se teria ocorrido a prescrição intercorrente, em razão da inação da Advocacia-Geral da União no sentido de viabilizar a localização de bens passíveis de penhora, tendo em vista que o feito ficara paralisado por mais de cinco anos, sem notícia de que a exequente tivesse promovido as diligências necessárias ao andamento do processo.

32. No mencionado aresto, fixou-se entendimento de que incidiriam, na espécie, as regras estabelecidas para a prescrição da cobrança dos créditos não tributários da União, na forma disciplinada na Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/1980). Quanto à utilização desse diploma legal para reger a aplicação do instituto da prescrição naquele feito, destaco o seguinte trecho do voto do Eminentíssimo Ministro Alexandre de Moraes:

Após a conclusão da tomada de contas, com a apuração do débito imputado ao jurisdicionado, **a decisão do TCU formalizada em acórdão terá eficácia de título executivo e será executada conforme o rito previsto na Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/1980), por enquadrar-se no conceito de dívida ativa não tributária da União**, conforme estatui o art. 39, § 2º, da Lei 4.320/1964... (destaque nosso)

33. Observo, em face da repercussão geral reconhecida, que **esse entendimento não vincula diretamente os processos que tramitam no âmbito do TCU, já que o julgamento de mérito do referido RE não discutiu, propriamente, a incidência do instituto da prescrição nos processos de controle externo.**

34. Entrementes, considerando **o contexto evolutivo do tratamento jurisprudencial dado à matéria**, em especial na delimitação interpretativa do alcance da parte final do § 5º do art. 37 da Carta Magna pelo egrégio STF; **o fato de tratar-se de matéria de ordem pública**, a ser arguida a qualquer tempo, por provocação do interessado ou do Ministério Público, ou declarada de ofício em qualquer fase processual; e, ainda, **a novel jurisprudência do TCU quanto à prescrição da pretensão punitiva**, entendo que a questão da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento deve ser revisitada pela Corte de Contas.

35. Afigura-se oportuno fixar alguns entendimentos e pressupostos para, então, adentrar no exame da possível incidência da ressalva constante da parte final do § 5º do art. 37 da Constituição nos processos de controle externo, notadamente nos processos de tomada de contas especial (TCE).

36. Pontes de Miranda, com sua habitual proficiência, tratou das finalidades almejadas pela prescrição, destacando **a paz social e a segurança jurídica**¹. Caio Mário da Silva Pereira, por sua vez, esclarece que a prescrição, instituída com fundamento e motivação de ordem pública, afasta **incertezas em torno da existência e da eficácia do direito**². Como elemento indutor de **estabilidade social e segurança jurídica**, ou ainda de **resguardo de direitos** amparados pela ordem jurídica, a prescrição é regra em todas as áreas do Direito.

37. O professor Carlos Roberto Gonçalves, ao tratar da prescrição no âmbito do Direito Civil, registra ainda que **o instituto serve como garantia do amplo direito de defesa**. Observa, assim, aspectos práticos concernentes à conduta diligente, **ao restringir o dever de guarda dos comprovantes somente até que se consume a prescrição da dívida**, destacando que:

O instituto da prescrição é necessário, para que haja tranquilidade na ordem jurídica, pela consolidação de todos os direitos. **Dispensa a infinita conservação de todos os recibos de quitação**, bem como o exame dos títulos do alienante e de todos os seus sucessores, sem

¹ *Tratado de direito privado: parte geral*, Tomo VI. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 101.

² *Instituições de Direito Civil*, vol. 1, 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 158.

limite no tempo. **Com a prescrição da dívida, basta conservar os recibos até a data em que esta se consuma...**³ (grifei)

38. No mesmo caminho, Luiz da Cunha Gonçalves sustenta que *“a prescrição é indispensável à **estabilidade e consolidação de todos os direitos**; sem ela, nada seria permanente; o proprietário jamais estaria seguro de seus direitos e o devedor nunca estaria livre de ter que pagar mais de uma vez pela mesma dívida”* (grifo nosso).⁴

39. Segundo Câmara Leal, a prescrição tem por fundamento o interesse público, a estabilização do direito e o **castigo à negligência**. Sob este último aspecto, pondera que, para além do interesse público na segurança jurídica, **a prescrição, inclusive nas instâncias judiciais e administrativas, serve para restringir o *jus puniendi* do Estado quando este não exercita tempestivamente o direito de aplicar sanções aos seus administrados.**⁵

40. No ordenamento jurídico brasileiro, a prescrição, justamente em razão de sua importância na manutenção da estabilidade social e segurança jurídica, constitui uma regra que comporta poucas exceções. O art. 5º da Carta Magna trata explicitamente de duas situações que consagram a imprescritibilidade: a prática do racismo (inciso XLII); e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (inciso XLIV).

41. De forma não expressa, a Constituição também admite a imprescritibilidade em relação aos bens públicos, visto que os mesmos não podem ser usucapidos (arts. 183, § 3º e 191, parágrafo único); e, segundo a jurisprudência mais recente do STF, a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário pela prática de ilícitos dolosos tipificados na Lei de Improbidade Administrativa.

42. Sendo a prescrição a regra, qualquer interpretação voltada a reconhecer a imprescritibilidade deve ser rigorosamente restritiva. Como visto, é essa interpretação restritiva que se observa nos mais recentes julgados da Suprema Corte em relação ao alcance da parte final do § 5º do art. 37 da Constituição Federal.⁶

43. O Supremo Tribunal Federal, mediante a fixação de entendimentos para os temas 666, 897 e 899, foi estabelecendo sucessivas limitações e condições para as hipóteses de imprescritibilidade que poderiam ser extraídas do referido dispositivo constitucional. Ante tal constatação, compreendo que a jurisprudência que se firmou sobre o tema na Egrégia Corte de Contas perdeu o maior de seus pilares já em 2018, quando o Supremo fixou tese para o Tema 897, limitando a imprescritibilidade às ações de reparação ao erário fundadas no cometimento de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.

44. Assim, ante os balizados e mais recentes pronunciamentos do Pretório Excelso, entendo que já não subsistem os fundamentos jurisprudenciais do Eg. STF que davam guarida à tese de que a ressalva prevista na parte final do § 5º do art. 37 da Constituição Federal alcança os processos de controle externo de competência do Tribunal de Contas da União.

45. Destaque-se, por relevante, que entre as competências constitucionais do TCU não se insere o processamento e julgamento de ato de improbidade administrativa, mormente qualificado com a conduta dolosa do agente. Enquanto o art. 70, parágrafo único, da CF,

³ *Direito Civil Brasileiro Volume I*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 467.

⁴ *Tratado de Direito Civil*, 1. ed., t.3. São Paulo: Max Limonad, p. 633.

⁵ *Da Prescrição e da Decadência*, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 16.

⁶ O Eminentíssimo Ministro Marco Aurélio, em decisão proferida no Mandado de Segurança 35.971/DF, opina no sentido de ser descabível *“admitir que o Poder Público, na seara patrimonial, cruze os braços, permanecendo com poder exercitável a qualquer momento. A evocação da segurança jurídica, como garantia da cidadania diante de guinadas estatais, confere relevância à passagem do tempo. Por isso há a prescrição, a alcançar a pretensão, a ação e a decadência, que apanha e fulmina o próprio direito.”*

estabelece a obrigação de prestar contas a qualquer pessoa física ou jurídica que arrecade, guarde, gerencie ou administre bens e valores públicos; o art. 71, inciso II, dispõe que compete ao TCU julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores pertencentes à Administração Pública e as contas daqueles que causarem prejuízo ao erário. Da mesma forma, a Lei 8.443/1992, por natural, não confere ao TCU competência para processar e julgar atos de improbidade administrativa.

46. Neste ponto, importante destacar que o Tribunal de Contas da União **é órgão auxiliar do Congresso Nacional no exercício do controle externo** (art. 71, *caput*, da CF) e, assim – ainda que constituído como órgão colegiado, cujos integrantes possuem prerrogativas e competências próprias para julgar (contas) –, de modo algum poderá exercer competências e prerrogativas exclusivas do Poder Judiciário, tais como a declaração de que determinado ato foi cometido por certo agente, com intenção deliberada de produzir o resultado (dolo), e que se amolda aos tipos previstos na Lei 8.429/1992.

47. Não se insere entre as atribuições da Corte de Contas, dessa maneira, a competência para julgar o cometimento de atos de improbidade administrativa, mas sim o de **apreciar as contas de agentes públicos** que geriram patrimônio público **ou de pessoas físicas e jurídicas** que deram causa a prejuízo ao erário. Embora as contas tenham por responsáveis pessoas físicas ou jurídicas, o Tribunal de Contas da União não julga pessoas, mas sim as contas dessas pessoas.⁷

48. Não se descuida que, nos termos dos arts. 1º e 2º da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), podem incorrer em improbidade administrativa os agentes públicos (pessoas físicas), assim entendidos aqueles que exercem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função em órgãos e entidades públicas. Tampouco que, por força do disposto no art. 3º, as disposições daquela lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

49. No entanto, conquanto incidentalmente – ao analisar as contas dos agentes públicos ou particulares –, possam estar em exame atos de gestão que configurariam, em tese, ato de improbidade administrativa, isso não legitima o TCU a manifestar-se quanto à configuração do tipo. Para tanto, há que se estabelecer o devido processo legal, instaurado no órgão do Poder Judiciário competente para conhecer da demanda. Não se pode confundir, portanto, o julgamento pelo cometimento de atos tipificados na Lei 8.429/1992 com o julgamento de contas de competência do TCU.

50. Nessa linha, oportuno repisar o entendimento do Exmo. Ministro Alexandre de Moraes, no Voto proferido no julgamento do RE 636.886/AL (Tema 899), no sentido de que o TCU não perquire culpa nem dolo decorrentes do ato de improbidade, mas sim julga as contas a partir dos elementos obtidos em sua atividade fiscalizatória. Sustenta, ainda, o insigne ministro, que o TCU não avalia a existência de ato de improbidade, de modo que o fiscalizado, sem as garantias do *due process of law*, teria mais dificuldades para se eximir do dolo ou da culpa. Indo além, assevera Sua Excelência que, embora a irregularidade identificada pela Corte de Contas seja um ato ilícito, eis que contrário ao direito, a natureza jurídica desse ilícito não é razão suficiente para que se torne imprescritível, sobretudo porque não se poderia confirmar a existência de ato doloso de improbidade administrativa.

⁷ “Frise-se sempre que o **Tribunal julga contas, não pessoas**. As pessoas são responsáveis pelas contas, é por essa responsabilidade que são alcançadas” (CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho, *Controle Externo da Gestão Pública*, Niterói: Impetus, 2007, p. 72).

51. Acolhendo o entendimento do douto ministro Alexandre de Moraes, o STF, ao resgatar o conteúdo do Tema 897, firmou, no venerável aresto, posicionamento de que **ao TCU não cabe examinar e julgar a consumação de ato de improbidade administrativa dolosa**, sobretudo porque, nos processos de contas, não ocorre o julgamento de pessoas, mas sim o julgamento técnico dos elementos contidos nos correspondentes autos. Senão vejamos:

3. A excepcionalidade reconhecida pela maioria do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no TEMA 897, portanto, não se encontra presente no caso em análise, uma vez que, no processo de tomada de contas, **o TCU não julga pessoas, não perquirindo a existência de dolo decorrente de ato de improbidade administrativa**, mas, especificamente, realiza o julgamento técnico das contas à partir da reunião dos elementos objeto da fiscalização e apurada a ocorrência de irregularidade de que resulte dano ao erário, proferindo o acórdão em que se imputa o débito ao responsável, para fins de se obter o respectivo ressarcimento. (destaque nosso)

52. Em seu voto, o Exmo. Ministro-Relator Alexandre de Moraes se aprofunda na análise dos motivos pelos quais não se atribui ao Tribunal de Contas da União a competência para apreciar o cometimento de ato de improbidade administrativa tipificado na Lei 8.429/1992, de modo que não lhe caberia, por conseguinte, avaliar se estaria presente a condição necessária para o reconhecimento da imprescritibilidade. Nessa esteira, sustenta Sua Excelência que:

No procedimento instaurado pelo TCU, não se imputa a existência de ato de improbidade, nem tampouco se abre a **possibilidade do fiscalizado defender-se, com todas as garantias do devido processo judicial**, no sentido de eximir-se de dolo ou mesmo culpa.

De outro lado, a irregularidade identificada pelo TCU, assim como o indébito fiscal, pode configurar ato ilícito, porque contrários ao direito; **mas a natureza jurídica de ilícito não é razão bastante para que se torne imprescritível a ação para a cobrança de crédito; uma vez que, não se apurou, mediante o devido processo legal com a presença de contraditório e ampla defesa a existência de ato doloso de improbidade administrativa.** (grifei)

53. No mesmo sentido assenta-se **a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça**, cujos precedentes evidenciam as significativas diferenças entre o processo judicial e a tomada de contas especial, consoante se colhe do seguinte excerto da Decisão proferida pela eminente Ministra Regina Helena Costa no REsp 1817077/PE, *verbis*:

[...] **As "ações de ressarcimento" são imprescritíveis**, conforme dispõe expressamente o texto constitucional, o que tem sido observado e reiterado nos julgamentos desta Corte, seja em sede de ação de improbidade com pedido de ressarcimento, seja em ação com o fim exclusivo de ressarcir o erário. **No entanto, os autos não versam sobre o exercício do direito de ação, ou seja, de pedir ressarcimento perante o Poder Judiciário. Ao contrário, tratam da imputação de débito e aplicação de multa promovida pelo Tribunal de Contas da União**, no exercício do seu poder/dever de velar pelas contas públicas, mediante atuação administrativa, **oportunidade em que não há falar em exercício do direito de ação e, conseqüentemente, em imprescritibilidade**. 5. Eventual desvio de verbas ou qualquer outra ilegalidade que importe prejuízo ao erário **poderá ser objeto de ação de ressarcimento, perante o Poder Judiciário, a qualquer tempo, eis que imprescritível, hipótese em que o ônus da prova do efetivo prejuízo e da responsabilidade do seu causador incumbe a quem pleiteia o ressarcimento**. 6. Na tomada de contas especial, diversamente, o ônus da prova incumbe ao responsável pela aplicação dos recursos repassados, que se torna o responsável pelo débito e multa por mera presunção de prejuízo ao erário se ausente ou falha a prestação de contas. Nessas circunstâncias, a atuação administrativa deve encontrar limites temporais, sob pena de sujeitar os responsáveis pela aplicação de repasses de verbas federais a provarem, eles, a qualquer tempo, mesmo que decorridas décadas, a adequada aplicação dos recursos que um dia geriram, em flagrante ofensa a

princípios basilares do Estado de Direito, como a segurança jurídica e ampla defesa.

7. Em virtude da lacuna legislativa, pois não há previsão legal de prazo para a atuação do Tribunal de Contas da União, deve ser-lhe aplicado o prazo quinquenal, por analogia aos arts. 1º do Decreto 20.910/32 e 1º da Lei 9.873/99. Em hipótese similar à presente, porquanto ausente prazo decadencial específico no que concerne ao exercício do poder de polícia pela Administração, antes do advento da Lei 9.873/99, a Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1.105.442/RJ (Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, DJe 22/2/2011), sob o rito do art. 543-C do CPC, assentou ser ele de 5 anos, valendo-se da aplicação analógica do art. 1º do Decreto 20.910/32. 8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido para **julgar procedente o pedido inicial, desconstituindo a decisão do Tribunal de Contas da União no processo de tomada de contas especial do Convênio 5013/96, ressaltando-se a via judicial para o pleito de eventual ressarcimento.** (REsp 1.480.350/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 12/04/2016, destaques meus). [...] Assim, de rigor o retorno dos autos à origem para, ante as circunstâncias e peculiaridades do caso concreto, proceder a verificação da prescrição quinquenal na espécie, sob pena de supressão de instância e, ainda, em observância ao óbice constante da Súmula n. 7 desta Corte. [...] DOU PROVIMENTO ao Recurso Especial, para determinar o retorno dos autos à origem para análise da prescrição quinquenal, nos termos expostos. (STJ - REsp: 1817077 PE 2019/0154604-0, Relator: Ministra REGINA HELENA COSTA, Data de Publicação: DJ 09/12/2019)

54. Ao discutir aspectos afetos ao ressarcimento ao erário pela prática de ato de improbidade administrativa, a jurisprudência do E. STJ também evidenciou preocupação com o resguardo das garantias dadas ao réu, mormente no que diz respeito ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal. Refiro-me às decisões que deliberaram sobre a continuidade ou não das ações de improbidade administrativa, tão somente para fins de ressarcimento ao erário, quando já reconhecida a prescrição da pretensão punitiva.

55. Nesses julgados, a Corte da Cidadania evidenciou divergências de entendimento quanto ao tema. Uma corrente defendia que a obtenção do ressarcimento deveria ser pleiteada em ação autônoma (v.g. REsp 801.846), enquanto outra sustentava o prosseguimento da ação, mas somente quanto ao pedido ressarcitório – uma vez que, segundo a jurisprudência predominante à época, afigurava-se imprescritível a pretensão de ressarcimento (v.g. Resp 1.089.492). Extraí-se desse conflito jurisprudencial a elevada preocupação, de ambos os lados, com as garantias de ampla defesa e pleno contraditório. Vejamos, como exemplo, excerto do voto do Exmo. Ministro Benedito Gonçalves, relator do REsp 1289609/DF:

...Lado outro, tratando-se da prática de ato de improbidade, ilícito qualificado, ainda que prescritas as respectivas punições, remanesce o interesse e a legitimidade do *Parquet* para o ressarcimento, seja a ação nominada como civil pública, de improbidade ou mesmo indenização. Nesse caso, portanto, **deve ser observado o rito que, segundo o objeto da pretensão, conduza ao amplo exercício do direito de defesa**, seja por meio do adequado procedimento específico, seja pela adoção de procedimento mais amplo à defesa, conforme inteligência do art. 292, § 2º, do CPC. (destaque nosso)

56. Ao final, no âmbito do STJ, prevaleceu a corrente que defendia que a prescrição das sanções decorrentes dos atos de improbidade administrativa não obsta, quanto ao pleito de ressarcimento dos danos causados ao erário, o prosseguimento da demanda nos autos da Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa (v.g. AgRg no AREsp 663951/MG, AgRg no REsp 1481536/RJ, AgRg no REsp 1287471/PA, AREsp 650163/MT e REsp 1422063/RJ).

57. Nessa mesma linha, em artigo publicado em 2016, o agora Ministro do STF Alexandre de Moraes manifestou-se favoravelmente à continuidade da ação civil somente para fins de ressarcimento, mesmo nos casos de prescrição das demais sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, mas **sem descuidar do devido processo legal**, *in verbis*:

Dessa maneira, **o Poder Judiciário somente poderá aplicar as sanções** por ato de improbidade administrativa previstas na Lei 8.429/92, entre elas a de ressarcimento ao erário, **após sentença condenatória que confirme a materialidade e autoria de uma das condutas tipificadas nos artigos 9, 10 ou 11 da lei**, bem como a existência do elemento subjetivo por parte do agente público que o praticou (dolo), ou na hipótese do artigo 10 também o elemento normativo (culpa) e de eventual beneficiário, **pois a comprovação da prática de ato de improbidade administrativa é essencial para que o Poder Judiciário possa impor as sanções devidas, inclusive, o ressarcimento ao erário [...]**

(...)

A necessidade de ajuizamento ou de prosseguimento de ação civil de improbidade administrativa para fins de ressarcimento ao erário público, mesmo nos casos de prescrição das demais sanções previstas na Lei 8.429/92, decorre da necessidade de fiel observância ao Princípio da Tutela Judicial Efetiva, que supõe o estrito cumprimento pelos órgãos judiciais dos princípios processuais previstos no ordenamento jurídico, **em especial o Devido Processo Legal, o Contraditório e a Ampla defesa, incluído todas as previsões específicas da Lei 8.429/92 [...]**⁸ (grifei)

58. Não bastasse a ausência de competência constitucional e legal para examinar tal ilícito, há que se reconhecer que o procedimento utilizado no âmbito do Tribunal de Contas da União, conquanto respeite os princípios do contraditório e da ampla defesa nos limites próprios dos procedimentos de controle externo, não o fazem com a mesma extensão do procedimento previsto para as ações civis por ato de improbidade administrativa.

59. O rito prescrito para as ações por improbidade administrativa possui especificidades que fornecem maiores garantias para o exercício do contraditório e da ampla defesa, diferindo de outros procedimentos observados mesmo no juízo cível⁹. Cito, como exemplos, as seguintes particularidades da Lei de Improbidade Administrativa:

a) para os casos de representação à autoridade administrativa competente, os arts. 14 e 15 preveem a existência de procedimento administrativo de apuração preliminar da prática de improbidade administrativa, que, inclusive, deve ser objeto de ciência ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas;

b) a existência do juízo prévio de admissibilidade (juízo de delibação), que exige que o magistrado, ao receber a petição inicial, notifique o requerido para oferecer manifestação por escrito, instruída com documentos e justificações. A finalidade de apresentação de defesa preliminar, fase essa que precede a citação, é a de evitar o ajuizamento precipitado e infundado de demanda dessa natureza; e

c) conforme o art. 17, § 11, existe a possibilidade de revisão, a qualquer momento, da inadequação da ação, com a extinção do feito sem o julgamento de mérito.

60. Depreende-se, em suma, que a irregularidade – assim denominada, pela Lei 8.443/1992, a impropriedade ou a falha decorrente de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico – pode também vir a configurar um ato tipificado na Lei de Improbidade Administrativa. Entretanto, o cometimento do ato de improbidade administrativa, para ser assim considerado, deve ser reconhecido e declarado pelo juízo competente, mediante ação que observe o rito capitulado na Lei 8.429/1992.

61. Mesmo no caso de omissão no dever de prestar contas, situação tipificada no art. 11, inciso VI, da Lei de Improbidade Administrativa, não há como presumir a ocorrência de ato

⁸ <http://genjuridico.com.br/2016/07/27/ressarcimento-ao-erario-por-improbidade-nao-pode-ser-pleiteado-em-acao-autonoma/>, disponível em 24/6/2020.

⁹ O Exmo. Ministro do STJ Napoleão Nunes Maia Filho, em voto proferido no julgamento de Embargos de Divergência em REsp nº 1.218.202/MG, observou que “O rito da ação de improbidade é absolutamente típico e próprio e a ele se aplicam todas as garantias do processo penal”.

de improbidade administrativa doloso sem o devido processo legal, haja vista a indispensável valoração dos elementos subjetivos da conduta do agente.

62. A jurisprudência do STJ inclina-se, majoritariamente, no sentido de que os atos tipificados no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa trazem, subjacente, o elemento subjetivo dolo. A mesma jurisprudência, contudo, partindo da premissa de que **a não apresentação de prestação de contas, eventualmente, pode derivar de conduta culposa**, entende **necessário que se avalie**, para fins de configuração do ilícito descrito no art. 11, inciso VI, da Lei 8.429/1992, **a caracterização da conduta dolosa**. A improbidade seria, assim, a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente.

63. Colhe-se, ainda, da jurisprudência dominante no STJ, que **o dolo é indispensável para a caracterização de ato de improbidade administrativa nas condutas tipificadas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/1992**, admitindo a ocorrência do tipo na modalidade culposa, apenas para as hipóteses previstas no artigo 10 (v.g.: REsp 734.984/SP, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJ de 16.06.2008; AgRg no REsp 479.812/SP, 2ª T., Min. Humberto Martins, DJ de 14.08.2007; REsp 842.428/ES, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 21.05.2007; REsp 841.421/MA, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJ de 04.10.2007; REsp 658.415/RS, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 03.08.2006; REsp 626.034/RS, 2ª T., Min. João Otávio de Noronha, DJ de 05.06.2006; REsp 604.151/RS, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 08.06.2006).¹⁰

64. Nesse sentido, oportuno registrar o entendimento manifestado pelo Eg. STJ, ao julgar o AgRg no REsp 1382436/RN, em ementa assim vazada:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INEXISTÊNCIA. PRESTAÇÃO DE CONTAS. APRESENTAÇÃO TARDIA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE DOLO. 1. A configuração do ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei n. 8.429/92 somente é possível se demonstrada prática dolosa de conduta que atente contra os princípios da Administração Pública. 2. **A ausência de prestação de contas, quando ocorre de forma dolosa, acarreta violação ao Princípio da Publicidade. Todavia, o simples atraso na entrega das contas, sem que exista dolo na espécie, não configura ato de improbidade.** 3. Hipótese em que não foi demonstrada a indispensável prática dolosa da conduta de atentado aos princípios da Administração Pública. **Ausência de ato de improbidade administrativa.** Agravo regimental improvido. (Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 20/08/2013, DJe 30/08/2013)

65. No voto que conduziu o julgado acima referido, o eminente Ministro Humberto Martins, ao mensurar a necessidade de avaliação do elemento subjetivo com o fito de confirmar a presença do dolo, traçou um paralelo com as garantias processuais na seara penal, vejamos:

[...] os agentes públicos tiveram conduta ímproba porque praticaram ato administrativo eivado de ilegalidade. Ora, como já enfatizado, não se pode confundir ilegalidade com improbidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente ímprobo, elemento que se materializa em atos ou fatos da realidade. Conforme registramos em sede doutrinária, *"para efeito de caracterização do elemento subjetivo do tipo, em atos de improbidade administrativa, devem ser obedecidos, mutatis mutandis, os mesmos padrões conceituais que orientam nosso sistema penal, fundados na teoria finalista [...]"*. (grifei)

66. Nos processos em curso na Corte de Contas, em que se apura a omissão no dever de prestar contas – hipótese que resulta no julgamento pela irregularidade das contas e, na maioria das vezes, na condenação em débito e na aplicação de sanção –, a irregularidade estará configurada, independentemente de a conduta se mostrar dolosa. O ilícito relacionado à falta

¹⁰in <https://jus.com.br/artigos/66529/a-nao-prestacao-de-contas-como-ato-de-improbidade-administrativa>, disponível em 6/8/2020.

de prestação de contas da Lei de Improbidade Administrativa, ao revés, reclama o reconhecimento do dolo.

67. Daí porque a omissão no dever de prestar contas não pode levar à presunção do cometimento de ato doloso, tampouco à presunção de que se tenha por verificado ato tipificado na Lei de Improbidade Administrativa. Tendo em conta que o elemento dolo, na esteira da jurisprudência majoritária do STJ, é condição *sine qua non* para a configuração dos atos de improbidade tipificados no art. 11 da Lei 8.429/1992; e considerando que a Corte de Contas não tem competência para perquirir e declarar o dolo, não vejo como conferir o mesmo tratamento jurídico à omissão no dever de prestar contas previsto no art. 16, inciso III, alínea “a”, da Lei 8.443/1992; e à conduta de não prestar contas tipificada no art. 11, inciso VI, da LIA.

68. De se destacar, ademais, que o dolo nunca deve ser presumido; deve ser sempre provado. Nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello, citando o também festejado Professor Carlos Maximiliano, **a presunção sempre será pela não existência do dolo**, *verbis*:

Acresce que, esteja ou não em pauta, a suposição de conluio, o certo é que dolo, má fé, à toda evidência, não se presumem. Bem o disse CARLOS MAXIMILIANO, o príncipe de nossos mestres de exegese:

"O dolo não se presume: na dúvida, prefere-se a exegese que o exclui.

*Todas as presunções militam a favor de uma conduta honesta e justa; só em face de indícios decisivos, bem fundadas conjecturas, se admite haver alguém agido com propósitos cavilosos, intuítos contrários ao Direito, ou à Moral."*¹¹(grifo nosso)

69. Há que se ponderar, ainda, para o fato de o Tribunal de Contas da União, até pelos contornos da sua missão constitucional, não se encontrar devidamente aparelhado para examinar e declarar que determinado ato foi praticado dolosamente. Note-se que os procedimentos utilizados na Corte de Contas, mesmo os previstos para os processos de contas, não asseguram, na mesma extensão dos processos judiciais, o exercício da ampla defesa e do contraditório.¹²

70. Não se disponibilizam ao Tribunal de Contas da União, por exemplo, os instrumentos investigatórios próprios das polícias judiciárias. Desse modo, a produção de provas por iniciativa do próprio TCU está limitada à fiscalização executada por seus auditores, o que inclui auditorias e diligências. Não obstante a excelência do corpo de auditores, o trabalho investigativo realizado por um órgão policial, sobretudo quando **autorizado judicialmente**, com muito mais condições poderá amealhar provas cabais da existência de dolo.

71. Nos processos administrativos em geral, a exemplo do procedimento de controle externo, não cabe a análise da existência de dolo, basta que se confirme, ainda que tacitamente, a voluntariedade do ato¹³. Afinal, a ocorrência da infração administrativa, além da tipicidade e da culpabilidade, requer apenas que a conduta seja voluntária.

¹¹ O Princípio do Enriquecimento sem Causa em Direito Administrativo, *in* <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47085/45796>, disponível em 10/8/2020.

¹² Como agravante, há que se considerar que grande parte dos julgados do TCU, embora possam ser combatidos na via recursal, não garantem o duplo grau de jurisdição. Luís Henrique Lima, Conselheiro Substituto do Tribunal de Contas de Santa Catarina, explica que nos “*processos de controle externo, as peças recursais são apreciadas pelo próprio Tribunal que proferiu a deliberação atacada, ainda que sob exame de outro Relator ou de colegiado mais amplo. Desta forma, decisões monocráticas podem ser questionadas nas Câmaras e julgados das Câmaras reapreciados pelo Tribunal Pleno, mas os acórdãos proferidos pelo Plenário somente por ele podem ser revistos*” (*Processos de Controle Externo*, Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 32).

¹³ Denomina-se ato jurídico o fato jurídico cujo suporte fático tenha *cerne* uma exteriorização consciente de vontade, dirigida a obter um resultado juridicamente protegido ou não-proibido e possível (...) Com efeito, para compor suporte fático suficiente de ato jurídico a vontade há de ser *consciente* em virtude do que aquele que a declara ou manifesta deve saber que a está declarando ou manifestando com o sentido próprio. (grifos no original, MELLO, Marcos Bernardes de, *Teoria do Fato Jurídico*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993, p. 113-114)

72. O princípio da voluntariedade, consoante abordagem de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴, não exige a caracterização da culpa ou do dolo para a configuração da infração administrativa, mas somente a verificação do *animus* naquela conduta repelida pelo Direito. A irregularidade administrativa, portanto, decorre da confirmação de que a conduta externa, comissiva ou omissiva, além de ser contrária ao direito, resulta da vontade de determinado agente público ou a este equiparado.

73. A exemplo de processos que tramitam em outras instâncias não judiciais, não se afasta que, em certa medida, o processo de controle externo possa contemplar a análise da voluntariedade do ato, entretanto, isso não lhe autoriza perquirir se esse ato foi praticado com dolo.

74. Em suma, da atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – inclusive no julgamento de Temas com repercussão geral reconhecida –, colhe-se que a ressalva estabelecida no art. 37, § 5º, *in fine*, da Constituição Federal, deve estar restrita às hipóteses de cometimento de ilícito penal ou ato de improbidade administrativa doloso, assim reconhecidos pelo órgão judicial competente, observado, em relação aos atos de improbidade administrativa, o procedimento previsto na Lei 8.429/1992.

75. Ante tal constatação, e admitindo que a jurisprudência da Corte de Contas venha a agasalhar a não incidência da ressalva prevista no § 5º do art. 37 da CF nos processos de controle externo de competência do TCU, cabe perquirir que regramento legal deve orientar a verificação da prescrição da pretensão de ressarcimento ao erário, notadamente nas tomadas de contas especiais (TCE).

76. Nos termos do referido dispositivo constitucional, somente lei, em sentido formal, poderá dispor sobre a prescrição, senão vejamos:

Art. 37. (...)

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

77. Decorre, pois, que qualquer regra tendente a fixar os prazos de prescrição, independentemente do ramo do Direito a que se dirige, deve ser estabelecida por lei *strictu sensu*. Inexistindo normas sobre prescrição na Lei Orgânica do TCU ou em qualquer outro diploma legal que, de modo específico, discipline o processo que tramita na Corte de Contas, cabe avaliar que normativo legal deve orientar o reconhecimento da prescrição nos processos (procedimentos) de competência do Tribunal de Contas da União.

78. Nesse sentido, a dúvida que exsurge é se deve o intérprete valer-se da técnica de integração normativa por meio da analogia, prevista no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ou se deve observar a regra geral, qual seja a do art. 205 do Código Civil, que estabelece que a prescrição ocorre no prazo de dez anos.

79. Ao apreciar a incidência da prescrição em face da pretensão punitiva, em incidente de uniformização de jurisprudência, o Plenário da Corte de Contas, por meio do Acórdão 1.441/2016, discutiu, com certa profundidade, diversas teses afetas à prescrição da **pretensão sancionatória**. Assim, consoante as discussões que fundamentaram o aludido *decisum*, haja vista a variedade de decisões acerca do prazo prescricional das sanções aplicadas pelo TCU existente à época, o Plenário do Tribunal, entre outros entendimentos, deixou assente que “**a pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União subordina-se ao prazo geral de prescrição indicado no art. 205 do Código Civil**”.¹⁵

¹⁴ Curso de direito administrativo, 26 ed, São Paulo: Malheiros, 2009. p. 8.

¹⁵ Subitem 9.1.1 do Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário.

80. Na condição de Redator do referido acórdão, o douto Ministro Walton Alencar Rodrigues externou compreensão no sentido de que, sendo a matéria de estrita reserva legal, não caberia a utilização de analogia na solução da controvérsia. Sustentou Sua Excelência, então, que o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro admite a deliberação de questão jurídica com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do direito, mas apenas quando a lei for omissa. No caso da prescrição da pretensão punitiva, segundo o Redator, não haveria lacuna a ser preenchida, tendo em conta a incidência direta do art. 205 do Código Civil.

81. Considerando a ausência de lei específica, o Exmo. Ministro Walton Alencar Rodrigues, em seu voto, defendeu que o único prazo prescricional aplicável ao processo de controle externo é o indicado no art. 205 do Código Civil, eis que esta é *“a regra geral e não se pode ignorar que os institutos que integram a parte geral da legislação civil codificada espraiam-se por todo o ordenamento jurídico, suplementando-o e integrando-o”*. O Eminentíssimo Redator, defendendo a *“incidência da regra geral de **prescrição assentada no Código Civil, aplicável a todos os casos** em que a lei sobre ela não dispuser explicitamente”*, sustentou que a parte geral do referido Código, por contemplar princípios que não se restringem à matéria cível, apresenta regras aplicáveis a outros ramos do direito.

82. Em declaração de voto formulada para a mesma deliberação, o Exmo. Ministro Bruno Dantas abordou o assunto do seguinte modo, *in verbis*:

37. **Não vislumbro possibilidade jurídica de desrespeitarmos essas duas vontades da mais alta legitimidade no quadro de um Estado Democrático de Direito: a do poder constituinte, ao atribuir unicamente ao legislador a decisão sobre o prazo prescricional aplicável; e a do legislador, ao definir que, na ausência de lei específica, vigora o prazo geral de dez anos.** (destaquei)

83. O Eminentíssimo Ministro Walton Alencar Rodrigues, ainda em seu voto, sustentou que, sob variados aspectos e circunstâncias, o direito público e o direito privado devem ser vistos como um todo, motivo pelo qual se admite a utilização de normas do direito civil no âmbito da Corte de Contas. Neste ponto, sua opinião se alinhou com a do Exmo. Ministro Bruno Dantas, que assim se pronunciou:

39. Cabe destacar, ainda, que é indevida a oposição entre o público e o privado estabelecida com a finalidade de afastar incidência da regra decenal. **O alcance da parte geral do Código Civil não se limita às relações privadas, enfeixando regras que conformam verdadeira “Teoria Geral do Direito”**. Esse é o entendimento da doutrina, nacional e estrangeira, citada no voto do Ministro Walton Alencar Rodrigues (Caio Mário da Silva Pereira, Paulo Nader, Maria Helena Diniz, além de Marcel Planiol, Georges Ripert e Jean Boulanger).

84. Destarte, **os fundamentos do Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário**, sobretudo no que concerne à utilização de normas do Código Civil relacionadas à prescrição, **se válidos para o delineamento da prescrição da pretensão punitiva no âmbito da Corte de Contas, também se mostram adequados para parametrizar a prescrição da pretensão de ressarcimento**. Afinal, a pretensão punitiva tem natureza essencialmente sancionatória, enquanto a pretensão de ressarcimento tem natureza reparatória ou compensatória, matérias que guardam mais afinidade com a legislação cível, em especial com a atinente à responsabilidade civil.¹⁶

¹⁶ Francisco Eduardo Carrilho Chaves afirma que a *“função judicante é outra umbilicalmente identificada com os tribunais de contas, que **julgam as contas** dos administradores e demais responsáveis.... Faz-se imperioso deixar claro que a cobrança de um prejuízo causado (imputação de débito) tem natureza de responsabilização civil para a recomposição do status quo ante dos cofres públicos, que foi alterado pela ação do responsável. **Cobrar débito não é impor sanção**”* (destaques no original, op. cit., p. 46-47).

85. Compreendo, pois, que, em razão de seu caráter genérico e da ausência de normas específicas que disciplinem o assunto, **o art. 205 do Código Civil – que constitui a regra geral de prescrição – deve incidir, a priori, em todas as situações para as quais a lei não tenha estabelecido prazo inferior.** O prazo de dez anos, assim, constitui a prescrição ordinária, eis que aplicável quando a lei não estabelece prazo menor.

86. As normas de direito civil, notadamente as insertas na parte geral do Código Civil, por sua abrangência e estofo em sólidos princípios de direito, devem orientar a aplicação do Direito em todos os ramos, quando não conflitantes com matérias especificamente reguladas. Sobre essa possibilidade, vejamos o que diz o saudoso e renomado civilista Caio Mário da Silva Pereira:

Embora o direito civil se tenha como um dos ramos do direito privado, a rigor é bem mais que isto. Enfeixa os princípios de aplicação corrente, de aplicação generalizada e não restritiva à matéria cível. **É no direito civil que se aprende a técnica jurídica mais característica de um sistema.(...) Nele se situam princípios que a rigor não lhes são peculiares nem exclusivos, mas constituem normas gerais que se projetam a todo arcabouço jurídico: o direito civil enuncia as regras de hermenêutica,** os princípios relativos à prova dos negócios jurídicos, a noção dos defeitos dos atos jurídicos, **a organização sistemática da prescrição,** etc., institutos comuns a todos os ramos do direito, tão bem manipulados pelos civilistas quanto pelos publicistas.¹⁷ (grifo nosso)

87. Por esse caminho não se estará a preencher hiatos, mas sim a reconhecer que, na inexistência de norma específica para a hipótese, deve incidir a regra fixada no art. 205 do Código Civil. Conquanto inespecífica, a referida norma é perfeitamente aplicável para regular a matéria da prescrição da pretensão de ressarcimento em processos de controle externo. A adequação da incidência da regra geral estabelecida no art. 205 do Código Civil decorre, não apenas da larga abrangência e da natureza principiológica da parte geral do Direito Civil, mas, sobretudo, de sua perfeita compatibilidade com as normas que, desde muito, regem o procedimento de controle externo.

88. Como visto anteriormente, o Código Civil, por muito tempo, orientou o exame da prescrição nos processos que tramitam na Corte de Contas. Conforme rememorado, para os fatos anteriores à promulgação da Constituição Federal de 1988, a jurisprudência do TCU oscilava entre as teses que reconheciam a prescrição no prazo de vinte anos e aquela que sustentava a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário, sempre com base em dispositivos do Código Civil de 1916. Para os fatos posteriores à promulgação da Constituição de 1988, aqueles que defendiam a prescritibilidade vintenária continuavam escorados na Lei 3.071/1916, enquanto os demais suscitavam a incidência do art. 37, § 5º, da CF/88.

89. Após a entrada em vigor do atual Código Civil, os integrantes da corrente que defendia a incidência da prescrição passaram a utilizar, como fundamento, os arts. 205 e 2.028 dessa lei. Somente em 2008, com o julgamento do já referido MS 26.210-9/DF, é que a jurisprudência da Corte de Contas se pacificou em torno da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento. Especificamente quanto à prescrição da pretensão punitiva, o Plenário do TCU, por meio do Acórdão 1.441/2016, deliberou que, por diversos aspectos, o instituto da prescrição deveria ser regido pelo atual Código Civil.

90. E nesse passo, para que não se afronte a harmonia e o caráter sistêmico de suas normas, o Código Civil também pode e deve servir de parâmetro para o regramento de outras questões, como, por exemplo, e no que couber: as causas de suspensão previstas nos arts. 198 e 200; as causas interruptivas do art. 202, incisos I e VI; o recomeço da contagem do prazo estabelecido no art. 202, parágrafo único; a prescrição intercorrente prevista no art. 202, parágrafo único; os efeitos da interrupção efetuada contra devedor solidário, *ex vi* do art. 204,

¹⁷ *Instituições de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 1966, p. 27.

§ 1º, *in fine*; o prazo geral de dez anos previsto no art. 205; e, o dever de guarda de documentos de que trata o art. 1.194.

91. Em face do até aqui exposto, **não vislumbro óbice de que o reconhecimento da prescrição da pretensão de ressarcimento aos cofres públicos** – instrumentalizada nos processos de contas que tramitam no TCU – **também se subordine ao prazo geral de prescrição indicado no art. 205 do Código Civil**, a contar da data de ocorrência da irregularidade que deu origem ao débito, em consonância com o art. 189 da mesma lei.

92. A outra opção seria valer-se da integração normativa com o uso da analogia, alternativa prevista no art. 4º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro. Para tanto, faz-se necessário que as situações, embora distintas, guardem similitudes suficientes para justificar a utilização de norma originalmente prevista para outra circunstância. Com objetividade, esclarece Maria Helena Diniz que a analogia “*consiste em aplicar a um caso não previsto de modo direto ou específico por uma norma jurídica, uma norma prevista para uma hipótese distinta, mas semelhante ao caso não contemplado*”.¹⁸

93. É consenso na doutrina que a analogia resulta na aplicação, ao caso concreto, de uma norma prevista para uma hipótese distinta, desde que reconhecida a semelhança entre o referido caso e a hipótese prevista na norma. Consoante assinala Luiz Sérgio Fernandes Souza:

A partir destes conceitos é possível verificar que o senso comum dos juristas identifica, na noção de *analogia*, pelo menos dois elementos: a *semelhança* entre a hipótese legal e aquela não regulada e a necessidade da aplicação de *um raciocínio lógico* para que se possa verificar esta relação.

(...)

De fato, ao afirmar que o emprego da analogia exige a presença de semelhanças entre a entidades, fatos ou coisas comparadas, não se diz tudo, pois necessário também, a legitimar o recurso à analogia, que as semelhanças existentes sejam relevantes, e mais, que as dessemelhanças entre as entidades, coisas ou fatos comparados sejam irrelevantes. Vê-se, assim, que o aspecto valorativo – com todo o seu grau de subjetividade – interfere na construção do argumento. A par disto tudo, em certas situações, instaura um quadro de violência simbólica.¹⁹

94. Reforçando a importância da existência de relevante semelhança entre as hipóteses positivadas e os casos não previstos por norma jurídica, trago as considerações de Deocleciano Torrieri Guimarães sobre a analogia:

Diz-se da existência de semelhança entre coisas diversas entre si. Juridicamente, é o processo lógico que autoriza o juiz a adaptar a um caso concreto, não previsto pelo legislador, uma norma que possua o mesmo fundamento. Pode-se dizer, ainda, que é a operação pela qual se aplica a um caso não previsto norma que diz a uma situação prevista, havendo entre elas identidade de razões, de causas ou de afins.²⁰

95. Portanto, havendo semelhança, identidade ou afinidade entre o caso concreto e a hipótese prevista na norma existente, seria aplicável a analogia *legis* para suprimimento da lacuna verificada.

96. Não obstante, como veremos mais adiante, as normas de direito administrativo que tratam da prescrição evidenciam, sob certos aspectos, caracteres que podem se mostrar incompatíveis com o processo de contas de competência do TCU. Conquanto essas normas

¹⁸ DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil*, 32ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 86.

¹⁹ SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes, in <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/159/edicao-1/lacunas-no-direito>, disponível em 10/8/2020.

²⁰ *Dicionário Técnico Jurídico*, São Paulo: Rideel, 1995, p. 68.

apresentem semelhanças com os processos de controle externo, notadamente nas notas de Direito Público, também há divergências e incongruências entre as hipóteses previstas no texto da lei e os casos que demandariam a integração normativa.

97. Uma vez que a jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal não apresenta solução acerca da norma a ser empregada na regulação da questão da prescrição da pretensão de ressarcimento no âmbito do TCU, entendo oportuno examinar a temática à luz da jurisprudência do Egrégio STJ.

98. Registro, de pronto, não ignorar que a mais recente jurisprudência do STJ, de modo majoritário, valendo-se da integração normativa com o uso da analogia, consagra a aplicação do prazo de prescrição quinquenal nos processos de competência da Corte de Contas. Desta feita, tanto quando agasalhava a tese da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento, quanto após a evolução do entendimento em sentido diverso, extrai-se da jurisprudência do Eg. STJ que, não havendo previsão legal de prazo para a atuação do Tribunal de Contas da União, deve ser aplicado o prazo prescricional de 5 (cinco) anos, por analogia aos arts. 1º do Decreto 20.910/1932 e 1º da Lei 9.873/1999, conforme se extrai dos seguintes precedentes, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. DANO AO ERÁRIO. RESSARCIMENTO. IMPRESCRITIBILIDADE. MULTA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ART. 1º DA LEI 9.873/1999. INAPLICABILIDADE. 1. A pretensão de ressarcimento por prejuízo causado ao Erário é imprescritível. Por decorrência lógica, tampouco prescreve a Tomada de Contas Especial no que tange à identificação dos responsáveis por danos causados ao Erário e à determinação do ressarcimento do prejuízo apurado. Precedente do STF. 2. **Diferente solução se aplica ao prazo prescricional para a instauração da Tomada de Contas no que diz respeito à aplicação da multa prevista nos arts. 57 e 58 da Lei 8.443/1992. Em relação à imposição da penalidade, incide, em regra, o prazo quinquenal.** 3. Inaplicável à hipótese dos autos o disposto no art. 1º da Lei 9.873/1999, que estabelece que, nos casos em que o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se pelo prazo previsto na lei penal. Isso porque a instância de origem apenas consignou que as condutas imputadas ao gestor público não caracterizavam crime, sendo impossível depreender do acórdão recorrido a causa da aplicação da multa. Dessa forma, é inviável, em Recurso Especial, analisar as provas dos autos para verificar se a causa da imputação da multa também constitui crime (Súmula 7/STJ). 4. Recursos Especiais parcialmente providos para afastar a prescrição relativamente ao ressarcimento por danos causados ao Erário. (REsp 894.539/PI, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2009, DJe 27/08/2009, destacamos)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PROCESSO DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. VIOLAÇÃO A INSTRUÇÃO NORMATIVA. EXAME INCABÍVEL EM SEDE DE APELO ESPECIAL. ARTS. 31 E 57 DA LEI 8.443/92, 471 DO CPC, 884 DO CC, 26, VI, E 27, § 1º, DA LEI 9.784/99. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. TESE DE PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA OU FALHA NA PRESTAÇÃO DE CONTAS. IMPUTAÇÃO DO DÉBITO E APLICAÇÃO DE SANÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE HIPÓTESE DE IMPRESCRITIBILIDADE. LACUNA LEGISLATIVA. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO POR ANALOGIA. APLICAÇÃO DO PRAZO QUINQUENAL. DECURSO. OCORRÊNCIA. (...)

5. Eventual desvio de verbas ou qualquer outra ilegalidade que importe prejuízo ao erário poderá ser objeto de ação de ressarcimento, perante o Poder Judiciário, a qualquer tempo, eis que imprescritível, hipótese em que o ônus da prova do efetivo prejuízo e da responsabilidade do seu causador incumbe a quem pleiteia o ressarcimento.

6. **Na tomada de contas especial, diversamente, o ônus da prova incumbe ao responsável pela aplicação dos recursos repassados, que se torna o responsável pelo débito e multa por mera presunção de prejuízo ao erário se ausente ou falha a prestação de contas. Nessas circunstâncias, a atuação administrativa deve encontrar limites temporais, sob pena de sujeitar os responsáveis pela aplicação de repasses de verbas federais a provarem, eles, a qualquer tempo, mesmo que decorridas décadas, a adequada aplicação dos recursos que um dia geriram, em flagrante ofensa a princípios basilares do Estado de Direito, como a segurança jurídica e ampla defesa.**

7. **Em virtude da lacuna legislativa, pois não há previsão legal de prazo para a atuação do Tribunal de Contas da União, deve ser-lhe aplicado o prazo quinquenal, por analogia aos arts. 1º do Decreto 20.910/32 e 1º da Lei 9.873/99.** Em hipótese similar à presente, porquanto ausente prazo decadencial específico no que concerne ao exercício do poder de polícia pela Administração, antes do advento da Lei 9.873/99, a Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1.105.442/RJ (Rel Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, DJe 22/2/2011), sob o rito do art. 543-C do CPC, assentou ser ele de 5 anos, valendo-se da aplicação analógica do art. 1º do Decreto 20.910/32.

8. **Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido para julgar procedente o pedido inicial, desconstituindo a decisão do Tribunal de Contas da União no processo de tomada de contas especial do Convênio 5013/96, ressaltando-se a via judicial para o pleito de eventual ressarcimento.** (REsp 1480350/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 12/04/2016, destacamos)

ADMINISTRATIVO. PREFEITO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. TCU. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. PRECEDENTE DA SEGUNDA TURMA: RESP N. 1.480.350/RS. PRECEDENTE DA PRIMEIRA TURMA: RESP N. 1.129.206/PR. I - Ação originária visando à anulação do procedimento administrativo instaurado no TCU contra o autor que, enquanto Prefeito do Município de Pedra/PE, teria superfaturado obras de construção de escolas municipais, culminando na condenação ao ressarcimento de parte da quantia recebida em virtude do Convênio n. 5.328/96, e multa. II - **Prescrição quinquenal reconhecida, considerando que a vigência do referido Convênio data de 1997, e a Tomada de Contas foi instaurada pelo TCU somente em 2005.** III - Os autos não versam sobre ação de ressarcimento para o fim de se estabelecer sobre a imprescritibilidade nos termos constitucionais respectivos. IV – **‘Em virtude da lacuna legislativa, pois não há previsão legal de prazo para a atuação do Tribunal de Contas da União, deve ser-lhe aplicado o prazo quinquenal, por analogia aos arts. 1º do Decreto 20.910/32 e 1º da Lei 9.873/99’** (REsp n. 1.480.350/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, primeira turma, julgado em 5/4/2016, DJe 12/4/2016). V - Precedente análogo da Primeira Turma, sob o enfoque da Lei n. 9.874/99. VI- Recurso especial improvido. (REsp 1464480/PE, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 23/06/2017, destacamos)

99. Em linha com esses precedentes, foram proferidas diversas decisões monocráticas no sentido da aplicação do prazo quinquenal, a exemplo daquelas exaradas nos Recursos Especiais 1817077/PE, Rel. Ministra Regina Helena Costa; 1777077/PE, Rel. Ministra Assusete Magalhães; 1688743/CE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques; 1426396/SE e 1601482/RN, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho; 1735909/AC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, entre outras.

100. Dos precedentes cujas ementas foram transcritas neste parecer, revela-se paradigmático o julgamento do REsp 1480350/RS pelo STJ, no qual foi consagrada a atual tese de que *“em virtude da lacuna legislativa, pois não há previsão legal de prazo para a atuação do Tribunal de Contas da União, deve ser-lhe aplicado o prazo quinquenal, por analogia aos arts. 1º do Decreto 20.910/32 e 1º da Lei 9.873/99”*, nos termos da respectiva ementa.

101. Naquela oportunidade, evoluindo o entendimento que prevaleceu no julgamento do REsp 894.539/PI (ementa acima transcrita) – em que se aplicou o prazo quinquenal para a instauração da tomada de contas especial apenas no tocante à aplicação da multa prevista nos arts. 57 e 58 da Lei 8.443/1992 – o STJ decidiu pela aplicação do prazo quinquenal não apenas à pretensão punitiva da Corte de Contas, mas também à pretensão do ressarcimento do débito.

102. Para tanto, com base nas razões expostas pelo eminente Ministro-Relator Benedito Gonçalves, o STJ pautou seu entendimento na diferenciação entre o processo de controle externo que tramita no âmbito do TCU e a ação de ressarcimento ajuizada perante o Poder Judiciário, notadamente no que diz respeito ao ônus da prova. Daí extraíndo que, enquanto no processo de tomada de contas o ônus da prova da boa e regular aplicação das verbas públicas é imputado ao responsável pela gestão dos recursos repassados pela União, na ação de ressarcimento o ônus da prova do dano ao erário cabe a quem requer o ressarcimento perante o Poder Judiciário.

103. Justamente dessa distinção entre o ônus da prova no processo de controle externo e na ação de ressarcimento, derivou-se o principal fundamento para que o STJ concluísse que, diferentemente do que ocorria com a ação de ressarcimento, a atuação do Tribunal de Contas da União, inclusive quanto à pretensão de ressarcimento ao erário, estaria sujeita à prescrição, não cabendo, pois, aplicar aos processos de controle externo a ressalva presente na parte final do § 5º do art. 37 da Constituição, como bem restou assentado no voto do Ministro-Relator Benedito Gonçalves, *in verbis*:

Não se olvida que as ‘ações de ressarcimento’ são imprescritíveis, conforme dispõe expressamente o texto constitucional, o que tem sido observado e reiterado nos julgamentos desta Corte, seja em sede de ação de improbidade com pedido de ressarcimento, seja em ação com o fim exclusivo de ressarcir o erário.

No entanto, os autos não versam sobre o exercício do direito de ação, ou seja, de pedir ressarcimento perante o Poder Judiciário. Ao contrário, tratam da imputação de débito e aplicação de multa promovida pelo Tribunal de Contas da União, no exercício do seu poder/dever de velar pelas contas públicas, mediante atuação administrativa, **oportunidade em que não há falar em exercício do direito de ação.**

Trata-se de procedimento de controle das finanças públicas, de grande valia, a fim de constituir crédito não tributário, no caso de contas julgadas irregulares, com reconhecido status de título executivo extrajudicial, nos termos dos arts. 19, caput, e 24 da Lei 8.443/92...

Sob esse prisma, **o ônus da prova do adequado e regular emprego das verbas públicas é imputado, como não poderia ser diferente, ao responsável pela utilização dos valores repassados pela União.** Assim, a não comprovação da adequada aplicação dos recursos públicos traduz, apenas por presunção, a ocorrência de prejuízo ao erário e, consequentemente, a imputação do débito e multa ao gestor falho ou faltoso. **E nesse ponto reside o principal fundamento para entender que a atuação administrativa está sujeita a prazo para a constituição do crédito não tributário.**

Enquanto que na tomada de contas especial o ônus da prova incumbe ao responsável pela aplicação dos recursos repassados, característica intrínseca do processo de prestação ou tomada de contas; na ação de ressarcimento, imprescritível, o ônus da prova do efetivo prejuízo ao erário incumbe a quem pleiteia o ressarcimento, perante o Poder Judiciário.

Não é razoável cogitar, mediante singelo raciocínio lógico, que ex-gestor público permaneça obrigado a provar que aplicou adequadamente verbas públicas após 30, 40 ou 50 anos dos fatos a serem provados, em flagrante vulneração dos princípios da segurança jurídica e da ampla defesa, bases do ordenamento jurídico, afinal é notória a instabilidade jurídica e a dificuldade, ou mesmo impossibilidade, de produção de provas após o decurso de muito tempo.

Lado outro, a imprescritibilidade das ações de ressarcimento visa, à evidência, o resguardo do patrimônio público a qualquer tempo. **Nessa hipótese, conforme a dicção constitucional ‘ação de ressarcimento’, o ônus da prova incumbe a quem alega a ocorrência do prejuízo ao erário e atribui responsabilidade ao seu causador, perante o Poder Judiciário.** Assim, a exceção constitucional à regra da prescritibilidade pressupõe o exercício da jurisdição e a efetiva prova do prejuízo ao erário e da responsabilidade do seu causador, ônus de quem pleiteia.

Caso contrário, admitir-se-ia Estado de Exceção, onde qualquer ex-gestor público demandado pelo TCU, em tomada de contas especial, estaria obrigado a provar, ele, a qualquer tempo, mesmo que decorridas décadas, a adequada aplicação de verbas federais repassadas, independentemente da comprovação de efetivo prejuízo ao erário.

Dessa forma, repito, a atuação do Tribunal de Contas da União, mediante tomada de contas especial, atribuindo o ônus da prova a quem recebeu repasse de verbas públicas federais é legítimo e possível, nos termos da legislação, em especial a Lei 8.443/92. Entretanto, a não sujeição dessa atuação a limite temporal conduziria a situações de profunda e grave perplexidade, contrárias ao Estado de Direito. (Destacamos)

104. Extraí-se, pois, que superada a questão concernente à aplicabilidade da ressalva constante da parte final do § 5º do art. 37 da Constituição aos processos de controle externo, especialmente na tomada de contas especial, o STJ avançou na discussão com vistas a

identificar o prazo prescricional que, no seu entender, seria aplicável aos processos que tramitam no âmbito da Corte de Contas.

105. Assim, partindo do entendimento de que inexistiria *“prazo previsto na legislação para essa específica atuação administrativa”* e descartando, *“de pronto, a aplicação das regras gerais de prescrição previstas no Código Civil em virtude da especificidade do Direito Administrativo em face do Direito Privado”*, o STJ se valeu da analogia, como recurso de integração legislativa, para asseverar que a tomada de contas especial estaria sujeita ao prazo prescricional de 5 (cinco) anos. Isso sob o entendimento de que não haveria *“motivo bastante para distinguir a hipótese dos autos ao das regras específicas similares, em que a Administração possui o prazo de 5 anos para apurar infrações, ou mesmo da regra geral que impõe o prazo de 5 anos para as ações dos administrados contra a Administração”*, conforme se depreende dos fundamentos do voto do Ministro-Relator Benedito Gonçalves, nestes termos:

Uma vez assentado, conforme entendimento supra, que a atuação do Tribunal de Contas da União deve sujeitar-se a prazo para a tomada de contas especial, **incumbe tratar da ausência de prazo previsto na legislação para essa específica atuação administrativa.**

Final, o art. 8º da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei 8.443/92), ao tratar do aspecto temporal na tomada de contas especial, apenas prevê que ‘a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, deverá imediatamente adotar providências com vistas à instauração da tomada de contas especial para apuração de fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano’ no caso de ‘não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União’.

Dessa forma, resulta imperativo o uso da analogia, como recurso de integração legislativa, conforme permissivo do art. 4º da LINDB, para o fim de aferir o prazo para o agir da Administração.

Nesse passo, descarto, de pronto, a aplicação das regras gerais de prescrição previstas no Código Civil em virtude da especificidade do Direito Administrativo em face do Direito Privado...

(...)

Percebe-se, o prazo máximo de cinco anos é uma constante para as hipóteses de decadência ou prescrição nas relações com o Poder Público, seja por meio de regra geral quando está no pólo [sic] passivo da relação, seja por meio de inúmeras regras específicas quando está no pólo [sic] ativo da relação jurídica.

Dessa forma, entendo que não há motivo bastante para distinguir a hipótese dos autos ao das regras específicas similares, em que a Administração possui o prazo de 5 anos para apurar infrações, ou mesmo da regra geral que impõe o prazo de 5 anos para as ações dos administrados contra a Administração.

(...)

Isto posto, a tomada de contas especial está sujeita ao prazo decadencial de 5 anos desde quando exigível, limite temporal para que irregularidade nas contas gere presunção de prejuízo ao erário e importe na imputação do débito e multa ao responsável. Expirado esse prazo, ressalva-se a via judicial para eventual ação de ressarcimento, esta imprescritível, oportunidade em que deverá ser provado o efetivo prejuízo ao erário e a responsabilidade do acionado.

106. Embora o STJ tenha se baseado na existência de diversas normas de direito administrativo que estabeleceram, para as matérias nelas disciplinadas, o prazo decadencial ou prescricional de 5 (cinco) anos, compreendo, com a máxima vênia, que **a Corte Superior não se aprofundou na análise dessas normas com o fim de avaliar se seriam realmente compatíveis, ou melhor dizendo, não conflitantes com as finalidades e especificidades dos processos de controle externo**, por meio dos quais se desenvolve a atuação da Corte de Contas.

107. Nesse sentido, observo que o Acórdão prolatado no **REsp 894.539/PI** defende a aplicação da Lei 9.873/1999 apenas para a prescrição da aplicação de multas fundamentadas

nos arts. 57 e 58 da Lei 8.443/1992, eis que admite a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento. Quanto à decisão prolatada no **REsp 1480350/RS**, convém enfatizar que o Exmo. Ministro-Relator Benedito Gonçalves utiliza-se do argumento de que o ônus da prova recai sobre o responsável apenas para defender a existência de prescrição, isto é, não o utiliza para defender a aplicação do prazo previsto na Lei 9.873/1999. A decisão adotada no **REsp 1464480/PE** também não se aprofunda na análise da aplicação de normas de Direito Administrativo, limitando-se a citar, como precedente, o REsp 1480350/RS.

108. Os arestos supracitados, portanto, em que pese o desenvolvimento de teses que asseveram a necessidade do reconhecimento da prescrição, não adentraram no exame da compatibilidade da norma elegida, qual seja a Lei 9.873/1999, com as peculiaridades do processo no âmbito do Tribunal de Contas da União. Ainda que tais julgados tivessem realizado o exame minudente da matéria, serviriam, tão somente, como elementos formadores de convicção a respeito da norma a incidir sobre a questão da prescrição da pretensão de ressarcimento – não apenas pela ausência de caráter vinculante, como também pela observância, sempre necessária, do princípio da independência das instâncias.

109. Dito isso, devo destacar que, em nosso sistema, havendo, de fato, uma lacuna legislativa, essa deve ser resolvida a partir de rastreamento feito no próprio ordenamento jurídico. Em se tratando de prescrição, por força de norma constitucional, o complemento deve ser extraído de norma legal em sentido estrito. O art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657/1942), **para fins de solução das lacunas da lei, concebe a utilização da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito.**

110. No entanto, conforme já registrei, para além da utilização de um prazo prescricional que aparente ser mais adequado para as instâncias administrativas, é necessário avaliar se as referidas normas, ainda que regulem procedimentos administrativos, amoldam-se aos processos de contas e de fiscalização que tramitam no TCU.²¹

111. Não basta atribuir à utilização dos métodos de interpretações analógica e extensiva mera potencialidade teórica de resolver a contento a *quaestio iuris* relacionada à prescrição da pretensão punitiva e de *ressarcimento* no âmbito do Tribunal de Contas. É imprescindível que as normas que se pretende aplicar analogicamente sejam capazes de disciplinar, de forma ampla e integral, o processo de controle externo com toda a sua complexidade e especificidades, sem que a aplicação indiscriminada dessas normas resulte em incoerências, omissões e obscuridades que, em última análise, acabem por inviabilizar o próprio processo de controle externo.

112. Sendo assim, faz-se necessário examinar e explorar as normas possivelmente incidentes, visando à seleção da que melhor se amolda às particularidades do processo no âmbito da Corte de Contas e à identificação dos diplomas normativos cuja origem e aplicabilidade não guardam familiaridade com o procedimento em tela. Nessa análise, importante ter sempre em conta, consoante já registrado, que somente lei formal pode dispor sobre a prescrição, conforme disciplina do art. 37 da Constituição Federal.

113. Colhe-se, da jurisprudência do TCU, diversas teses que buscam vincular a prescrição do débito a diplomas legais que regulam a instância administrativa, quais sejam: a Lei da Prescrição Administrativa (Lei 9.873/1999); o Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Cíveis da União (Lei 8.112/1990); a Lei do Processo Administrativo (Lei 9.784/1999); e a Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/1980). Embora sejam referidas com menos frequência, registrem-se, ainda, outras normas de natureza administrativa que tratam de aspectos

²¹ Luís Henrique Lima explica que os processos de contas e os processos de fiscalização são espécies de processos típicos de controle externo, ou como preferem muitos autores, de processos na esfera controladora, expressão constante da nova Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (op. cit., p. 21).

relacionados à prescrição, tais como o Decreto 20.910/1932 e as Leis 5.172/1966, 8.429/1992, 12.529/2011 e 12.846/2013.

114. Conquanto ambas sejam não judiciais, não há que se confundir a instância de controle externo com a instância administrativa em sentido estrito, regulada, entre outras, pelas Leis 9.784/1999 e Lei 8.112/1990. As significativas diferenças entre o procedimento de controle externo e o procedimento administrativo comum ou ordinário, não raro, evidenciam ser incompatível a utilização recíproca das normas especificamente editadas para cada um desses procedimentos.²²

115. Embora reconhecendo a natureza administrativa da instância de controle externo, Mileski evidencia a distinção, destacando algumas de suas peculiaridades:

(...) torna-se óbvio que o julgamento realizado pelo Tribunal de Contas não possui natureza jurisdicional judicial. Contudo, também não pode ser considerado meramente administrativo. Possui o caráter administrativo, mas com a qualificação do poder jurisdicional administrativo, que deriva de competência constitucional expressamente estabelecida, com a delimitação do poder de conhecer e julgar as contas prestadas pelos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos.²³

116. Observo, nessa linha, que o procedimento de controle externo se distingue do procedimento administrativo propriamente dito em numerosos e variados aspectos, tais como: os que dizem respeito às finalidades e competências estabelecidas constitucionalmente; à abrangência da jurisdição; à composição do colegiado julgador; à existência de fases iniciais em outros órgãos; à formação de título executivo a partir da decisão condenatória; à inclusão de pessoas jurídicas e de particulares como responsáveis, presente ou não a solidariedade com o agente público ou com alguém a este equiparado; à variedade de recursos; à prevalência do princípio da verdade material; à audiência do Ministério Público de Contas; e, ainda, à finalidade dos processos de contas e de fiscalização.

117. A título de exuberante ilustração, reproduzo interessante observação de Carlos Ayres Britto a respeito do controle externo:

Esse o pano de fundo para uma proposição complementar: a proposição de que os processos instaurados pelos Tribunais de Contas têm sua própria ontologia. São processos de contas, e não processos parlamentares, nem judiciais, nem administrativos. Que não sejam processos parlamentares nem judiciais, já ficou anotado e até justificado (relembrando, apenas, que os Parlamentos decidem por critério de oportunidade e conveniência). Que também não sejam processos administrativos, basta evidenciar que as Instituições de Contas não julgam da própria atividade *externa corporis* (quem assim procede são os órgãos administrativos), mas da atividade de outros órgãos, outros agentes públicos, outras pessoas, enfim. Sua atuação é consequência de uma precedente atuação (a administrativa), e não um proceder originário. E seu operar institucional não é propriamente um tirar competências da lei para agir, mas ver se quem tirou competências da lei para agir estava autorizado a fazê-lo e em que medida.²⁴

118. Em que pese não tratar da questão da prescrição no âmbito do Tribunal de Contas da União, a Lei 8.443/1992 estabelece as bases do processo de controle externo,

²² Como bem salienta Antonio Ed Souza Santana, Conselheiro Substituto do Tribunal de Contas do Rio Grande do Norte, em “*que pese o reconhecimento de que os processos de controle externo integram a categoria de processos administrativos, muitos estudos recentes têm se dedicado ao exame específico dos contornos que delimitariam a conformação de uma natureza própria aos processos levados a efeito no âmbito dos Tribunais de Contas, denominados em regra como processos de controle externo ou processos de contas, em sentido amplo*” (*Processos de Controle Externo*, Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 109).

²³ MILESKI, Hélio Saul, *O Controle da Gestão Pública*, 2. ed, rev, Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 329.

²⁴ *O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas*, in <https://www.editoraforum.com.br/noticias/o-regime-constitucional-dos-tribunais-de-contas-ayres-britto/>, disponível em 10/8/2020.

substancialmente divergentes e, por vezes, conflitantes com as dos processos administrativos de que tratam, por exemplo, as Leis 8.112/1990 e 9.784/1999. Em vista disso, no que diz respeito à prescrição da pretensão de ressarcimento, não extraio da jurisprudência do E. STJ, com todas as vênias, fundamento suficiente para atrair a imperiosa aplicação das regras fixadas nas referidas leis, inclusive quanto ao prazo prescricional, à definição do termo *a quo*, às causas de suspensão e interrupção da contagem do prazo e, ainda, à prescrição intercorrente.

119. Sob essa perspectiva, o Eminentíssimo Ministro Walton Alencar Rodrigues, no voto proferido por ocasião do Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, apontou aspectos que revelam a inadequação da utilização dos prazos fixados na Lei 8.112/1990 como parâmetros para a prescrição da pretensão punitiva. Os argumentos de Sua Excelência, a meu sentir, se amoldam também à prescrição da pretensão de ressarcimento, mormente no tocante à inconveniência do escalonamento de prazos conforme a gravidade do ilícito (art. 110), senão vejamos:

Também na seara do direito administrativo, observa-se tal solução. A Lei 8.112/1990 fixa diferentes prazos prescricionais para ações disciplinares, consignando prazo de prescrição maior para as infrações mais graves, puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão, e menor para as infrações que suscitam apenas advertência.

Por essa razão, não é adequado padronizar o prazo prescricional de cinco anos na seara do direito administrativo. É certo que a infração que desperta o poder-dever de sanção do Tribunal, consagrado nos artigos 57 e 58 da Lei 8.443/1992, é muito mais grave que singela infração de trânsito, por exemplo.

120. Especificamente quanto à Lei 9.873/1999, devo salientar que trata **exclusivamente da prescrição da ação punitiva** do Estado e não da pretensão de ressarcimento aos cofres públicos. Logo no *caput* do art. 1º, resta configurado que a prescrição atinge a “*ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor*”.

121. Uma vez que se restringe a dispor sobre a prescrição da pretensão sancionatória no contexto do procedimento administrativo comum, a referida lei não busca fixar normas para questões que tenham mais afinidade com a reparação de prejuízos. Se comparada com o regramento trazido pelo Código Civil, constata-se que a Lei 9.873/1999 deixa de contemplar diversos aspectos, tais como:

a) a continuidade da contagem do prazo no caso de falecimento do responsável, norma que não poderia vigorar na pretensão punitiva, haja vista a proibição contida no art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal (art. 196 do Código Civil);

b) a impossibilidade da contagem de prazo prescricional contra os ausentes do país a serviço público da União, estados ou municípios (art. 198 do Código Civil);

c) a interrupção motivada por ato inequívoco que importe reconhecimento do direito pelo devedor, algo que somente pode ocorrer no caso da pretensão de ressarcimento (art. 202, inciso VI);

d) a interrupção operada contra o codevedor, ou seu herdeiro, que não deve prejudicar os demais coobrigados, norma que não incidiria em processo que pretenda exclusivamente a aplicação de sanção (art. 204, §2º, do Código Civil); e

e) o dever de conservar documentos, por parte do empresário e da sociedade empresária, enquanto não ocorrer a prescrição ou a decadência no tocante aos atos neles consignados (art. 1.194 do Código Civil).

122. No meu sentir, pelas razões acima, não se mostra apropriada a aplicação das regras de prescrição da Lei 9.873/1999 aos procedimentos de contas utilizados no âmbito do TCU, sobretudo quando cotejadas com as normas presentes no Código Civil.

123. As regras de prescrição estabelecidas na Lei 6.830/1980, a sua vez, foram utilizadas pelo E. STF para regular a prescrição em **ação de execução** fundada em decisão de tribunal de contas (RE 636886/AL, Rel. Ministro Alexandre de Moraes). O que não significa, contudo, serem adequadas para dispor sobre a questão no procedimento de controle externo. Afinal, a Lei 6.830/1980 serve como regramento de ações judiciais executórias de débitos já constituídos. Os processos de contas especiais, de modo diverso, não são de natureza executória, uma vez que voltados a identificar o responsável e a quantificar o dano decorrente do ato irregular.

124. Desse modo, parte dos dispositivos da Lei 6.830/1980 concernentes à prescrição não aparentam se harmonizar com o processo de controle externo. Refiro-me, v.g., à suspensão da prescrição em razão de inscrição em dívida ativa (art. 2º, § 3º) e à suspensão do prazo de prescrição quando não encontrados bens penhoráveis (art. 40, *caput*). Note-se que, em ambos os casos, a suspensão deve ocorrer em virtude da caracterização de situações típicas de processos de execução, motivo pelo qual não é possível encontrar paralelo nos atos processuais comuns ao procedimento adotado no âmbito da Corte de Contas.

125. A inscrição em dívida ativa, por exemplo, ocorre após o esgotamento de prazo fixado para pagamento, por lei ou por decisão em processo regular (art. 201 do CTN), condições que não são observadas no curso do processo de contas ordinárias ou especiais. A busca por bens penhoráveis, do mesmo modo, não constitui objetivo do processo de controle externo, mas sim, posteriormente, das ações de execução movidas pela Advocacia-Geral da União com base em acórdãos condenatórios ou sancionatórios proferidos pelo TCU.

126. É bem verdade que a Corte de Contas, por meio do Ministério Público de Contas, pode solicitar à AGU, ou, conforme o caso, aos dirigentes das entidades jurisdicionadas, a adoção de medidas no sentido do arresto dos bens dos responsáveis, mas somente em razão de já terem sido condenados em débito (arts. 1º, inciso IX, 23, inciso III, alínea “c”, 61 e 81, inciso III, da Lei 8.443/1992). Isso implica dizer que a Advocacia-Geral da União adotará tal medida em via judicial, previamente ou concomitantemente à execução de decisão definitiva do Tribunal de Contas da União.

127. Ainda sobre a aplicação de outras normas de direito público que preveem prazo prescricional de cinco anos, destaco posicionamento externado pelo Exmo. Ministro Bruno Dantas, quando do julgamento que culminou na prolação do já mencionado Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, *litteris*:

44. Esse aspecto demonstra a impossibilidade da adoção do prazo prescricional de cinco anos sem prejuízos à coerência do conjunto das normas de controle externo. **É dizer, o sistema não fecha, porquanto não é possível compatibilizar de maneira harmônica prescrição quinquenal para a pretensão de atuação do Tribunal com a previsão legal de prazo recursal em cinco anos a ser exercido pelo Ministério Público, sob pena de subtrair essa possibilidade de atuação do MP/TCU no tocante à aplicação de sanções pelo TCU.** (destaquei)

128. Compreendo, pois, que as normas acima examinadas revelam aspectos que, em um exame mais acurado, têm o potencial de se mostrarem incompatíveis com o procedimento de controle externo, notadamente com aquele adotado no TCU para os processos de contas ordinárias e de tomada de contas especial. Nesse contexto, estar-se-ia diante de uma familiaridade apenas aparente e, por isso mesmo, insuficiente para autorizar o uso de qualquer dessas normas, por analogia, para parametrizar a aplicação do instituto da prescrição nos procedimentos de controle externo.

129. Quanto a este ponto, valho-me, uma vez mais, das lições de Maria Helena Diniz, ao realçar as sutilezas da integração normativa com o uso da analogia, *litteris*:

Percebe-se que o problema da aplicação analógica não está na averiguação das notas comuns entre fato-tipo e o não previsto, mas sim em **verificar se, valorativamente, essa coincidência justifica um tratamento jurídico idêntico para fatos examinados.**²⁵ (destacamos)

130. Essas aparentes incongruências – entre as normas de direito administrativo e o procedimento adotado na Corte de Contas –, portanto, impedem que se reconheça a similitude requerida pela técnica da integração por analogia e me leva a considerar **apropriada a incidência da regra geral estatuída no Código Civil.**

131. Esse aspecto ganha contornos acentuados quando se constata que o TCU, consoante já registrado, evoluiu sua jurisprudência para admitir a incidência da prescrição da pretensão punitiva, tendo adotado, como paradigma, o prazo decenal fundado na regra geral do Código Civil. Evidencia-se, assim, constituir um contrassenso jurídico admitir a utilização do prazo decenal para regular a prescrição da pretensão sancionatória e, simultaneamente, o prazo quinquenal para a pretensão de ressarcimento.

132. De salientar, ademais, que diversamente das leis administrativas em comento, o Código Civil não se limita a regulamentar o marco inicial, bem assim as causas de interrupção da prescrição. Indo além, trata dos efeitos da interrupção contra o devedor solidário, do recomeço da contagem, do dever de guarda de documentos e das causas de suspensão. Nesse sentido, o Código Civil permite, por completo, a verificação da ocorrência da prescrição da pretensão de ressarcimento no âmbito do TCU.

133. Admitindo que o **Egrégio Tribunal de Contas da União, seguindo o entendimento que ora busquei fundamentar, venha a reconhecer não somente a incidência da prescrição quanto à pretensão de ressarcimento, mas também o prazo decenal fixado no art. 205 do Código Civil**, exsurge a necessidade de se avaliar qual procedimento deve ser seguido pela Corte de Contas após tal constatação, ou seja, quais providências devem ser tomadas e, ainda, quais devem deixar de ser adotadas.

134. Em meu sentir, no caso de contas ordinárias, o reconhecimento da ocorrência da prescrição da pretensão de ressarcimento deve redundar na desconsideração daqueles atos e fatos – especificamente alcançados pela prescrição – no julgamento meritório da gestão. Esses, assim, não devem influenciar na avaliação do mérito da gestão do responsável, tampouco servir como fundamento para a aplicação de qualquer sanção ao administrador, ressalvada a possibilidade de ciência, recomendações e determinações, dado o caráter corretivo dessas providências.

135. Desse modo, havendo a prescrição da pretensão de ressarcimento, a Corte de Contas, no exercício da competência prevista no art. 71, inciso II, da Constituição, **deve julgar as contas anuais dos gestores da administração direta e indireta, mas desconsiderando, para efeito de débito ou como motivo para a irregularidade das contas e para a aplicação de sanção, os atos e fatos alcançados pela prescrição.**

136. Isso porque, no julgamento de contas ordinárias, por dever constitucionalmente imposto (art. 71, inciso II), a Corte de Contas tem que apreciar a gestão de administradores públicos durante um certo exercício. Para tanto, faz-se necessário ponderar se determinados atos ou fatos devem influenciar na análise de mérito da gestão. Para este membro do *Parquet* especializado, na formação de convicção a respeito da regularidade ou não da gestão, em atendimento aos princípios da ampla defesa e do contraditório, bem assim da estabilidade social

²⁵ DINIZ, Maria Helena, op. cit., p. 87.

e segurança jurídica, **faz-se necessário excluir os atos e fatos alcançados pela prescrição das pretensões de ressarcimento e sancionatória.**

137. Há que se ponderar, ademais, que a apreciação de contas anuais tem como objetivo, no restrito âmbito daquele órgão ou entidade, identificar a existência de falhas e deficiências de gestão, contribuindo não apenas para a correção de irregularidades, mas também para a prevenção de novas impropriedades ou da repetição das falhas já observadas. Em que pese o julgamento alcançar as contas dos gestores, a existência de processos de contas anuais também se explica pela importância de se avaliar a gestão de determinado órgão ou entidade durante aquele específico período de tempo, sempre com a finalidade de dar transparência aos gastos e avaliar a eficiência da gestão.²⁶

138. Na apreciação dessas contas ordinárias é que o Tribunal terá a oportunidade de efetivar recomendações, cientificações e determinações de natureza corretiva ou preventiva, com vistas ao aprimoramento da governança daquele ente público.²⁷ A natureza corretiva e preventiva dessas ações encontra-se conceituada na recente Resolução-TCU 315/2020, que trata da elaboração de deliberações que contemplem medidas a serem tomadas pelas unidades jurisdicionadas no âmbito do Tribunal de Contas da União:

Art. 2º Para efeito desta resolução, considera-se:

I - determinação: deliberação de natureza mandamental que impõe ao destinatário a adoção, em prazo fixado, de providências concretas e imediatas com a finalidade de prevenir, corrigir irregularidade, remover seus efeitos ou abster-se de executar atos irregulares;

II - ciência: deliberação de natureza declaratória que cientifica o destinatário sobre a ocorrência de irregularidade, quando as circunstâncias não exigirem providências concretas e imediatas, sendo suficiente, para fins do controle, induzir a prevenção de situações futuras análogas; e

III - recomendação: deliberação de natureza colaborativa que apresenta ao destinatário oportunidades de melhoria, com a finalidade de contribuir para o aperfeiçoamento da gestão ou dos programas e ações de governo.

139. A importância da “determinação” como instrumento de aperfeiçoamento da gestão pública também pode ser observada na própria Lei 8.443/1992. Assim é que o seu art. 18, tratando do julgamento pela regularidade com ressalva das contas, prevê a efetivação de determinação, aos responsáveis, para que adotem as medidas necessárias à correção das impropriedades ou faltas identificadas, de modo a prevenir a ocorrência de outras semelhantes. A LO/TCU também prevê o julgamento pela irregularidade das contas no caso de reincidência

²⁶ “O propósito da prestação de contas é assegurar a transparência e a responsabilidade na administração pública, bem como dar suporte às decisões de alocação de recursos, promover a defesa do patrimônio público e, sobretudo, informar aos cidadãos, que são os usuários dos bens e serviços produzidos pela administração pública e principais provedores dos recursos para o seu funcionamento. (...) A prestação de contas anual das organizações do setor público deve proporcionar uma visão estratégica e de orientação para o futuro quanto à sua capacidade de gerar valor público em curto, médio e longo prazos, bem como do uso que fazem dos recursos públicos e seus impactos na sociedade. Se constitui assim em um dos principais instrumentos democráticos de comunicação entre governo, cidadãos e seus representantes” (in <https://portal.tcu.gov.br/contas/contas-e-relatorios-de-gestao/contexto-geral-das-prestacoes-de-contas.htm>, disponível em 10/8/2020).

²⁷ Tal raciocínio se mostra adequado à tomada de contas e, com mais motivos, à prestação de contas de que trata a Instrução Normativa-TCU 84, de 22 de abril de 2020. Segundo os arts. 1º, §§ 1º e 2º da Instrução Normativa-TCU 84/2020, enquanto a tomada de contas busca apurar ocorrência de impropriedades que apresentem risco de impacto relevante na gestão, embora não envolva débito, a prestação de contas tem como finalidade a divulgação de informações e análises quantitativas e qualitativas dos resultados de gestão orçamentária, financeira, operacional e patrimonial em determinado exercício, inclusive com vistas ao controle social e ao controle institucional previstos nos artigos 70, 71 e 74 da Constituição Federal.

no descumprimento de determinação efetuada em processo de tomada ou prestação de contas (art. 16, § 1º).

140. Desse modo, na prática, se todos os atos e fatos atribuíveis ao responsável forem alcançados pela prescrição, o julgamento de suas contas deve ser, em caráter excepcional, pela regularidade com ressalva. Na hipótese aventada, a ressalva pode ensejar, em juízo de conveniência e oportunidade do TCU, a efetivação de científicas, recomendações e determinações previstas na Lei 8.443/1992 e no RI/TCU.

141. Portanto, seja por imposição constitucional e legal, seja em respeito ao **interesse público** (primário e secundário), mesmo diante da ocorrência de prescrição – situação que deve motivar a desconsideração dos atos alcançados pela prescrição no julgamento meritório em face de cada responsável individualmente considerados –, as contas ordinárias devem ser sempre julgadas em definitivo, assim como devem ser expedidas as medidas corretivas e preventivas necessárias ao aperfeiçoamento da gestão daquele órgão ou entidade.

142. Diferente tratamento deve ser dispensado, todavia, às contas daqueles que, ainda que não sejam gestores de órgãos ou entidades federais, causaram prejuízo aos cofres públicos (art. 71, inciso II, *in fine*, da Constituição). No âmbito de uma **tomada de contas especial, o reconhecimento da consumação da prescrição das pretensões de ressarcimento e sancionatória deve conduzir, de regra, ao arquivamento sem julgamento de mérito das contas**, desde que a totalidade das parcelas que compõem o débito correspondam a atos e fatos alcançados pela prescrição.

143. A tomada de contas especial, conforme interpretação sistemática dos arts. 8º, *caput*; 16, inciso III; e 19, *caput* e parágrafo único, da Lei 8.443/1992, tem como objetivo principal a reparação de dano causado ao erário (princípio do *restitutio in integrum*²⁸) e, secundariamente, a cominação de sanção aos responsáveis pelas irregularidades, finalidades essas que se traduzem nas pretensões de ressarcimento e punitiva. Desse modo, a identificação dos responsáveis, a apuração dos fatos e a quantificação do prejuízo, finalidades almejadas pelo art. 8º da LOTCU, visam ao ressarcimento do valor devido e à consequente aplicação de uma das sanções previstas na lei (multa, declaração de inidoneidade ou inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança). Vejamos:

A tomada de contas especial é um processo administrativo devidamente formalizado, com rito próprio, para apurar responsabilidade por ocorrência de dano à administração pública federal a fim de obter o respectivo ressarcimento. Essa dinâmica tem por base a apuração de fatos, a quantificação do dano, a identificação dos responsáveis, nos termos do art. 2º da IN TCU 71/2012.

(...)

Quando as contas são julgadas irregulares há imputação de débito e/ou multa, decisão que tem eficácia de título executivo extrajudicial (art. 71, § 3º, da CF/88 e art. 585, VII, do CPC), tornando a dívida líquida e certa

(...)

Outras sanções podem, ainda, ser aplicadas a partir do julgamento das contas...²⁹

144. Importante destacar que, conforme orienta o art. 19, *caput* e parágrafo único, da LOTCU, ao julgar irregulares as contas (ordinárias ou especiais), o Tribunal poderá condenar

²⁸ “...o anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça..., surgindo, deste modo, a necessidade de se restabelecer o equilíbrio jurídico-econômico que havia antes da prática de determinado ato ilícito. Daí surge o princípio da reparação integral ou da *restitutio in integrum*, buscando recolocar a vítima no status quo ante....”(CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 26).

²⁹ In <https://portal.tcu.gov.br/contas/tomada-de-contas-especial/conheca-a-tomada-de-contas-especial.htm>, disponível em 10/8/2020.

o responsável em débito e aplicar a multa do art. 57 da LOTCU. Inexistindo débito, o julgamento pela irregularidade poderá ser acompanhado da aplicação da multa prevista no art. 58, inciso I, caso comprovada uma das ocorrências previstas nas alíneas “a”, “b” e “c” do inciso III do art. 16 da Lei 8.443/1992.

145. A exegese do art. 19, parágrafo único, da Lei Orgânica do TCU, conduz ao entendimento de que, uma vez prescritas todas as pretensões decorrentes das condutas examinadas em um processo de tomada de contas especial não haveria débito, tampouco motivação para a aplicação de multa ou qualquer outra sanção. Mais que isso, não seria possível conferir a eficácia de título executivo ao acórdão condenatório, posto lhe faltar o requisito essencial de exigibilidade, consoante a novel jurisprudência do STF.

146. Agregue-se, ademais, que, conforme larga posição doutrinária e jurisprudencial a respeito, a prescrição tem como objetivo não apenas punir aquele que teve seu direito lesado e foi negligente no que concerne ao pedido de tutela judicial, mas também proporcionar estabilidade e paz social, segurança jurídica e garantia do amplo direito de defesa.

147. Dito isso, não se afigura razoável que, por exemplo, um gestor público ou uma empresa contratada pela Administração Pública, mesmo ciente da prescrição das pretensões sancionatória e de ressarcimento no âmbito do TCU, tenha que guardar comprovantes e outros documentos por tempo excessivamente longo e incerto, sob pena de, a qualquer momento, ser instado a apresentá-los em processo de tomada de contas especial que, ao final, poderá conduzir, mesmo sem condenação em débito ou aplicação de multa, ao julgamento pela irregularidade de suas contas.

148. O Eminentíssimo Ministro Marco Aurélio, em decisão monocrática proferida no Mandado de Segurança 35.971/DF, assim tratou do assunto:

[...] Não se deve admitir – **considerada a Carta que se disse cidadã**, a trazer ares democráticos ao Direito Administrativo – a irrestrita atuação do Tribunal de Contas da União, no que voltada a recompor dano ao erário. Fazê-lo implicaria assentar **poder insuplantável do Estado, a obrigar o cidadão a guardar documentos indefinidamente para a própria defesa**. (destaquei)

149. Ademais, no caso da tomada de contas especial, uma vez que todos os atos estejam alcançados pela prescrição, diversamente do que ocorre com as tomadas e prestações de contas anuais, não se impõe o julgamento de mérito. Isso porque, não existe nas contas especiais o mesmo interesse público na avaliação e aperfeiçoamento da gestão pública. A TCE origina-se de irregularidade da qual decorre débito ou de irregularidades puníveis com outras sanções. Se todos esses aspectos forem alcançados pela prescrição, não subsistirá objeto a ser perseguido e, conseqüentemente, condições para o desenvolvimento válido e regular do processo, culminando com o julgamento de mérito das contas.

150. Por isso é que, em meu sentir, a Corte de Contas não deve apreciar o mérito de tomada de contas especial cujos fatos jurídicos, em sua totalidade, tenham sido alcançados pela prescrição das pretensões punitiva e de ressarcimento.³⁰

151. Neste ponto, oportuno destacar que o julgamento pela irregularidade das contas, ainda que desacompanhado de condenação em débito ou de aplicação de penalidades, pode originar conseqüências desfavoráveis ao patrimônio jurídico do responsável. Como, por exemplo, a inclusão de seu nome na lista de responsáveis com contas julgadas irregulares, por decisão irrecurável da Corte de Contas, que, conforme o art. 1º, inciso I, alínea “g”, da Lei Complementar 64, de 18/5/1990, pode levar à declaração de inelegibilidade desse responsável

³⁰ “A prescrição é matéria de ordem pública, por essa razão deve ser examinada de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do interessado, e, caso reconhecida em qualquer fase do processo, torna prejudicada a questão de fundo”. (STF, HC 115.098/RJ, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 7/5/2013).

por parte do Tribunal Superior Eleitoral. Isso porque, nos termos do art. 91 da Lei 8.443/1992, é dever do Tribunal de Contas da União enviar ao Ministério Público Eleitoral, em tempo hábil, a lista dos responsáveis que tiveram as contas julgadas irregulares nos cinco anos que antecedem a realização de cada eleição.³¹

152. Por essas razões, no que se refere às tomadas de contas especiais, diante da consumação da prescrição da pretensão punitiva para todas as irregularidades e, ainda, da prescrição da pretensão de ressarcimento que atinja todas as parcelas do débito, entendo que o processo estaria a carecer de elementos de desenvolvimento válido e regular, motivo pelo qual, nos termos do art. 212 do Regimento Interno do TCU, **deve ser arquivado sem julgamento de mérito**. A jurisprudência da Corte de Contas é abundante no que diz respeito ao arquivamento dos autos de processo de tomada de contas especial em virtude da ausência de débito e da inexistência de irregularidades ensejadoras de penalidades (v.g. Acórdãos 10.255/2019-TCU-2ª Câmara, 1.883/2017-TCU-1ª Câmara, 6.670/2016-TCU-1ª Câmara e 7.757/2014-TCU-2ª Câmara).

153. Ainda que se confirme que, no âmbito do TCU, a pretensão de ressarcimento se encontra prescrita, seja para parte ou para a totalidade do débito de responsabilidade de determinado agente público, necessário se faz destacar a possibilidade de que a dívida possa vir a ser cobrada por meio de ação judicial, baseada na existência de ato de improbidade administrativa praticado com dolo. Assim, compreendo que, em um processo de controle externo – de contas ordinárias, de tomada de contas especial ou de fiscalização –, após a constatação da consumação da prescrição da pretensão de ressarcimento aos cofres públicos, deve ser realizado um exame não exauriente com o fito de, tão-somente, avaliar se o ato pode ser, em tese, enquadrado nos tipos previstos na Lei de Improbidade Administrativa.

154. Diante de indícios do cometimento de ato tipificado na Lei 8.429/1992, **cabe ao Tribunal de Contas da União o envio dos elementos essenciais ao Ministério Público Federal, para fins de ajuizamento de ação civil pública com fins de ressarcimento – a qual será imprescritível, se fundada em ato de improbidade administrativa doloso** –, bem assim de outras medidas judiciais cabíveis perante o órgão competente do Poder Judiciário.

155. Neste parecer, optei por explorar numerosas possibilidades de solução da controvérsia jurídica, visto que a norma em questão, qual seja o art. 37, § 5º, de nossa Carta Magna, admite leituras as mais diversas, colocando em rota de colisão princípios da maior envergadura. Dworkin, com objetividade, ilumina e desvela a gênese da questão jurídica examinada nesta oportunidade:

Em um sistema jurídico moderno surgem, tipicamente, casos controversos, não porque não há nada no livro de regras que tenha relação com a disputa, mas porque as regras que ali estão falam com voz incerta. (destacamos)³²

156. Por todas as razões expostas, entendo, em síntese, que a exceção contida no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, não alcança os processos de controle externo, sendo forçoso concluir pela incidência da prescrição da pretensão de ressarcimento aos cofres públicos, prescrição essa que, diante de incompatibilidades entre o procedimento utilizado no Tribunal de Contas da União e as normas de direito administrativo que tratam do assunto, **deve ser**

³¹ Segundo Alexandre Manir Figueiredo Sarquis, “... é de compreender a primeira repercussão penal da judicatura de contas, pois a pronúncia desfavorável da Corte pode lesionar a pessoa em sua honra, aquele íntimo complexo de predicados e condições que conferem especial consideração, respeito e estima dos demais. A reputação é bem jurídico de extraordinária importância para o político, que depende da confiança dos eleitores, e para o administrador público, que maneja o que é alheio...” (Contas Governamentais e Responsabilidade Fiscal. Desafios para o Controle Externo, 1ª reimpressão, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 361).

³² DWORKIN, Ronald, *Uma questão de princípio*, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 10.

regulada pela regra geral delineada no art. 205 e pelos demais dispositivos do Código Civil.

157. A utilização do regramento estabelecido no Código Civil – justamente por permitir que os processos de controle externo e, em especial, os processos de contas, atinjam a finalidade a que se destinam –, alinha-se aos princípios da proteção ao erário e do interesse público e, ao mesmo tempo, à observância dos princípios da segurança jurídica e da ampla defesa.

III – CONCLUSÃO

158. No presente processo, a irregularidade e o débito dela decorrente remontam os exercícios de 2006 e 2007 (peças 11, p. 18-19; 21, p. 3; 28, p. 1; e 40, p. 6). Portanto, adotando-se como parâmetro o exame perpetrado neste parecer acerca da matéria, verifica-se a incidência da prescrição da pretensão de ressarcimento ao erário no âmbito deste processo, pois, tomando-se como referência a ocorrência da irregularidade nos exercícios de 2006 e 2007, o prazo prescricional de dez anos estabelecido no artigo 205 do Código Civil completou-se antes que fosse interrompido pelo ato de autorização da citação do espólio do responsável, ocorrido em 8/6/2020 (peça 42).

159. Por fim, caso a Corte de Contas, numa análise perfunctória e não exauriente, entenda que as irregularidades guardam correspondência com quaisquer das condutas tipificadas na Lei 8.429/1992, deve promover o encaminhamento do acórdão que vier a ser proferido ao Ministério Público Federal, para que adote as medidas que entender cabíveis.

IV – PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO DO PARQUET ESPECIAL DE CONTAS

160. Diante do exposto, este membro do Ministério Público de Contas junto ao TCU manifesta-se pelo arquivamento do presente processo, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 212 do Regimento Interno do TCU, sem prejuízo de que, caso o Tribunal entenda pertinente, envie cópia do acórdão a ser prolatado, bem como do relatório e do voto que o fundamentarem, à Procuradoria da República no Estado da Paraíba.

161. Para finalizar, esclareço que, por se tratar de processo em que, a meu ver, restou caracterizada a prescrição da pretensão ressarcitória, reputo, a princípio, prejudicada a análise das questões de fato e de direito que constituem o objeto precípua desta TCE. Nada obstante, em atenção ao princípio da eventualidade, caso este Tribunal não acolha a questão preliminar ora suscitada, solicito o retorno dos autos a este Gabinete, para que se proceda à manifestação quanto ao mérito das presentes contas especiais, nos termos do § 2º do artigo 62 do RI/TCU.

(Assinado eletronicamente)

Sérgio Ricardo Costa Caribé
Procurador