

VOTO REVISOR

Trata-se de incidente de uniformização de jurisprudência destinado a dirimir dúvida acerca da subsunção da pretensão punitiva do Tribunal ao instituto da prescrição.

Integra o relatório apresentado pelo i. relator, ministro Benjamin Zymler, o voto revisor que proferi nos autos do TC 007.822/2005-4 e a manifestação do Ministério Público especializado.

O *Parquet* apresenta, de forma sintética, os motivos da controvérsia:

*“3. É importante observar que a matéria em tela é de grande relevância e envolve diversos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, em virtude da ausência de norma legal **específica**, a ponto da **questão relativa à prescrição no caso de imputação de débito** ter sido discutida por muitos anos no TCU, com posicionamentos pela imprescritibilidade ou pela utilização do prazo prescricional do Código Civil, somente vindo a ser plenamente resolvida após o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal ao apreciar o Mandado de Segurança nº 26.210-9/DF, que ensejou a prolação do Acórdão nº 2709/2008 – Plenário, por meio do qual se decidiu deixar assente no âmbito desta Corte de Contas que o art. 37 da Constituição Federal conduz ao entendimento de que as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são **imprescritíveis**.”* (negritos do original, sublinhados meus)

Propõe o relator a adoção de prazo de prescrição quinquenal para o exercício do poder-dever de punição do Tribunal. Fundamenta sua proposta em normas que integram o microsistema de Direito Público (voto proferido por ocasião da prolação do Acórdão 1.314/2013, Plenário):

*“22. Evoluindo entendimento anteriormente esposado em outras situações, devo admitir que a falta de disposição legal a respeito do tema na Lei Orgânica do TCU (Lei 8.443/1992) implica extrair-se do próprio Direito Administrativo, dada a sua independência científica, as bases para a integração dessa lacuna, que impacta diretamente o poder sancionador desta Corte de Contas. Seguindo tal raciocínio, penso que **se há prazo próprio em ramo autônomo do Direito Público não há porque se insistir no uso, por meio da analogia, de norma essencialmente disciplinadora das relações jurídicas privadas**.*

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

Opina o Ministério Público especializado pela incidência do prazo geral de prescrição, consagrado no Código Civil, à pretensão punitiva desta Corte de Contas:

*“44. Ante todo o exposto, o Ministério Público de Contas junto ao TCU, por intermédio de seu Procurador-Geral, considerando que a questão sob exame **não contempla integração analógica**, visto não existir nenhuma lacuna legal a ser integrada; considerando os imperativos da **segurança jurídica** e do respeito ao **interesse público primário**; considerando que os fundamentos dos precedentes judiciais mencionados **não possuem o condão de alterar o entendimento predominante no TCU**, tendo em vista que **não há uma posição firmada no âmbito do Poder Judiciário, em especial no âmbito do Supremo Tribunal Federal, sobre o***

caso específico tratado nestes autos; manifesta-se no sentido de que continue a ser adotado, para fins de aplicação de penalidades, no exercício do controle externo, a responsáveis que cometam irregularidades na gestão de recursos públicos federais, o prazo de prescrição decenal a contar da data da ocorrência do fato, previsto no Código Civil Brasileiro” (negritos do original)

II

Assenta-se a controvérsia na interpretação de que a falta de disciplina da matéria na Lei 8.443/1992 revela a existência de lacuna a ser colmatada por meio de técnicas de integração, notadamente a analogia.

Rejeitei, em manifestações anteriores, o uso da analogia no caso em exame, porque o estabelecimento de regras para o exercício do poder punitivo, pelo Tribunal, constitui matéria de estrita reserva legal, a teor do que dispõe o art. 37, § 5º, da Constituição Federal. Acerca do tema, assim me pronunciei em assentadas anteriores:

“O Estado Democrático de Direito caracteriza-se, sobretudo, pela obediência da Constituição, cuja supremacia, no estabelecer a principiologia da legalidade, da universalidade de jurisdição e dos direitos fundamentais, é plenamente adotada, com abrangente vinculação sobre a interpretação de todas as normas. Nele, a legitimidade da ação estatal decorre da correção dos procedimentos adotados, sempre com albergue na Constituição Federal.

No caso concreto, a contínua regulação do exercício da atividade estatal, no campo dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, está adequadamente exposta no art. 37, § 5º, da Constituição, segundo o qual as ações destinadas a cominar sanções, decorrentes de prática de atos ilícitos, têm seus prazos prescricionais fixados por lei, lei formal e material, com forma e conteúdo de lei, in verbis:

“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.” (grifos meus)

Dessa forma, a partir da direta, inequívoca e abrangente expressão do texto constitucional, a fixar a reserva da lei, a questão da possibilidade de incidência de prescrição da pretensão punitiva, no âmbito do controle externo, já está claramente respondida.

As regras de prescrição, para o exercício do poder punitivo, por parte do Tribunal de Contas da União, constituem, portanto, matéria de estrita reserva legal. É que “a lei estabelecerá”, e só a lei, não o decreto, não a vontade do administrador ou do juiz. E esse expresso esquadro constitucional, a traçar regra vinculatória da ação controladora, repele o instrumental da analogia e outros mecanismos de exegese da lei.”

Em face do que dispõe o art. 37, § 5º, da Constituição Federal, manifestei minha opinião de que, na ausência de **lei específica** acerca da incidência da prescrição ao exercício do poder-dever de sanção do Tribunal, revela-se imprescritível tal pretensão.

Não acolhida a tese da imprescritibilidade da possibilidade de aplicação de multa, pelo Tribunal, o único prazo prescricional aplicável ao processo de controle externo é aquele indicado no Código Civil, em razão da natureza geral do comando contido no seu art. 205, que reproduzo:

“Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.”

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.

Esse, aliás, o conhecido magistério de Maria Helena Diniz, *in verbis*¹:

*“Apesar de haver objeções à (...) inclusão [da parte geral] no Código Civil, grande é sua utilidade por conter **normas aplicáveis a qualquer relação jurídica**. Deveras, o direito civil é bem mais do que um dos ramos do direito privado; **estabelece os parâmetros de todo ordenamento jurídico** e engloba princípios ético-jurídicos de aplicação generalizada e não restritiva às questões cíveis. (...) É na Parte Geral que estão contidos os preceitos normativos relativos à prova dos negócios jurídicos, à noção dos defeitos dos atos jurídicos, à **prescrição** e à **decadência**, **institutos comuns a todos os ramos do direito**. Eis por que Planiol, Ripert e Bulanger sustentam que o direito civil continua sendo o direito comum, compreendendo normas atinentes às relações de ordem privada, **generalizando conceitos fundamentais utilizados, frequentemente, por juspublicistas.**”* (grifos meus)

Nessa linha, adverte Paulo Nader que “a expressão Direito Civil já foi, equivocadamente, empregada como sinônimo (...) de Direito Privado, em oposição ao Público”². Acrescenta o civilista que:

*“A **Parte Geral**, que dispões sobre Pessoas, Bens e Fatos Jurídicos, é **propriamente Teoria Geral do Direito e indispensável à ordem jurídica como um todo**, embora dê unidade ao Direito Civil. Não é, portanto Direito Civil, como expõe 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 dentro dele que o jurista nacional encontra aquelas **regras de repercussão obrigatória a outras províncias do seu direito.**”*³ (grifos meus)

A moderna doutrina jurídica tem superado a ideia de que o Direito se divide em dois grandes compartimentos, comunicáveis: privado e público. Nessa quadra o magistério de Silvio de Salvo Venosa⁴:

*“A distinção entre direito público e privado, **na vida prática, não tem a importância que alguns juristas pretendem dar**. O Direito deve ser entendido como um todo. Fazemos, porém, a distinção entre direito privado e público, mais por motivos didáticos e por amor à tradição.”* (grifos meus)

No mesmo sentido a lição de Caio Mario da Silva Pereira⁵:

*“Não há cogitar, porém, de dois compartimentos herméticos, comunicáveis, estabelecendo uma separação total e absoluta das normas públicas e das normas privadas. Ao revés, **intercomunicam-se com frequência constante**, tão assídua que **muitas vezes se encontra regras atinentes ao direito público nos complexos legais de direito privado**, e, vice-versa, diplomas de natureza privada envolvem inequivocamente preceitos juspúblicos.”* (grifos meus)

Ainda sobre o tema, ensina Sílvio de Salvo Venosa que o conteúdo do Direito Civil ultrapassa as fronteiras do direito privado, para alcançar outros ramos do Direito. É na técnica do Direito Civil – leciona o autor – “que tomamos conhecimento da filosofia jurídica de um povo, do

¹ *Curso de direito civil brasileiro*. Volume 1: teoria geral do direito civil. São Paulo : Saraiva, 2008, p. 55.

² *Curso de direito civil*, volume 1: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2007, p. 4.

³ *Op., cit.*, p. 25.

⁴ *Direito Civil*: parte geral, v. 1. 5. ed. São Paulo : Atlas, 2005, p. 90.

⁵ *Instituições de direito civil*: volume 1, introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil. 23. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2009, p. 11.

valor dado por ele ao casamento, aos bens, à propriedade, enfim”⁶. É no Direito Civil, acrescento eu, que identificamos os conceitos de pessoa jurídica – tanto de direito público, quanto de direito privado –, de domicílio – inclusive das pessoas jurídicas de direito público –, de bens públicos e de prescrição.

Por todas essas razões, obtempera Sílvio de Salvo Venosa que “as noções fundamentais de Direito Civil estendem-se a todas as áreas do Direito, não apenas ao direito privado, mas igualmente ao direito público”⁷.

Aplica-se, a partir desse raciocínio, o prazo prescricional indicado no art. 205 do Código Civil a todas as situações em que lei específica fixar prazo superior a dez anos, ou não dispuser sobre o tema.

Ao não dispor sobre o prazo de prescrição da pretensão punitiva do Estado, no exercício do controle externo, o único prazo admissível é aquele indicado na regra geral de prescrição, consignada no Código Civil.

O silêncio da Lei 8.443/1992, acerca da prescrição da multa, não abre lacuna a ser colmatada por analogia, mas hipótese de incidência da **regra geral de prescrição**, contida na legislação civil codificada.

Haveria, portanto, quando menos, lei formal, dispondo sobre a prescrição do dever-poder sancionador do Tribunal. A expressa disposição legal **impede o uso da analogia**, porque o instituto somente tem lugar na hipótese de omissão da lei. Essa, aliás, a dicção do art. 4º da Lei de introdução às normas do direito brasileiro, que transcrevo:

“Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” (grifos meus)

No caso em exame, não há lacuna a ser preenchida por analogia com o direito público ou civil, mas **regra de incidência direta**, assentada no art. 205 do Código Civil.

Por essas razões, afasto-me das conclusões trazidas pelo e. relator, no sentido de que o Tribunal haveria de subordinar seu poder-dever de impor sanções à prescrição quinquenal, por ser esse o prazo preponderante “no microsistema do Direito Público”.

Manifesto-me, pois, pela incidência da **regra geral de prescrição assentada no Código Civil**, aplicável a todos os casos em que a lei sobre ela não dispuser explicitamente.

Ainda que se pretendesse afastar da regra geral de prescrição, consagrada na legislação civil codificada, para buscar guarida na analogia, não se poderia adotar como premissa a existência de prazo geral de prescrição, a regular todas as matérias de direito público, porque tal entender não se mostra compatível com a necessária ampliação dos prazos prescricionais para infrações potencialmente mais graves. Essa a regra fundamental a permear o ordenamento jurídico pátrio.

O Código Penal estabelece prazos prescricionais maiores para crimes com penas privativas de liberdade mais longas, e menores, para ilícitos mais singelos. De igual sorte, a legislação civil codificada assenta a ocorrência de prazos prescricionais mais dilatados nos casos em que a pretensão do autor visa a proteger bem jurídico mais caro à sociedade.

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 suscitem apenas advertência.

⁶ *Direito Civil*: parte geral, v. 1. 5. ed. São Paulo : Atlas, 2005, p. 95.

⁷ *Loc. cit.*

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.

Aliás, a própria fixação administrativa pelo TCU de prazo prescricional por demais exíguo conteria, até mesmo, negar vigência a previsão constitucional do art. 71, inciso VIII, segundo a qual incumbe ao TCU “aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário”.

Necessário, portanto, que o interesse do Estado em reprimir as condutas lesivas ao Erário ou contrárias ao interesse público encontre abrigo em prazo prescricional mais amplo que o assentado em normas destinadas a sancionar os autores de infrações administrativas menos graves aos olhos da sociedade.

III

Apresentei, na assentada anterior, proposta no sentido de que a fluência do prazo prescricional fosse contada a partir do ingresso do processo no Tribunal, com fundamento no princípio da *actio nata*.

Permito-me, contudo, após maior reflexão, alterar esse entendimento, para aderir a regra geral de contagem do prazo prescricional, posicionando seu *dies a quo* na **data de ocorrência do fato** irregular. Em relação ao tema, adiro aos fundamentos apresentados pelo i. ministro Bruno Dantas, em voto revisor apresentado neste incidente:

*“48. Apenas para reflexão, relembro a lição de Pontes de Miranda para quem “o fundamento da prescrição é **proteger o que não é devedor** e pode não mais ter prova da inexistência da dívida” – hipótese que dá contornos ainda mais dramáticos à aplicação prática da tese da imprescritibilidade.*

49. A pretensão nasce a partir da violação do direito e se extingue pela prescrição (Código Civil, art. 189). A tese apresentada pelo eminente Ministro Walton Alencar Rodrigues entende que o prazo começa a correr a partir da ciência da violação do direito por parte de seu titular, sugerindo que o titular do direito seria o TCU.

*50. Dissinto dessa construção. **O titular do direito de punir é o Estado, enquanto o Tribunal é apenas um instrumento para o exercício de tal pretensão.** Nas relações submetidas à nossa jurisdição, a União se faz presente de várias maneiras – e não apenas quando esta Corte toma ciência do fato. Um contrato administrativo está sempre sob fiscalização do órgão contratante, um convênio sob a supervisão do conveniente. Além do mais, a jurisdição do TCU pode alcançar todos esses atos independentemente de provocação.”*

O reconhecimento da incidência do prazo de prescrição estabelecido pelo Código Civil implica admitir sua interrupção pelo ato que ordenar a citação, audiência ou oitiva da parte (art. 202, inciso I), bem como o retorno da sua contagem a partir da data em que tal ato foi praticado (art. 202, parágrafo único, parte inicial).

Cuido, por fim, do tema atinente às causas de suspensão da prescrição.

Estabelece o Código de Processo Civil causas de suspensão do processo, sem se referir à suspensão da prescrição (art. 265). Deve-se a ausência dessa expressa previsão ao fato de a interrupção no processo civil perdurar até o trânsito em julgado da ação.

No processo de execução, sujeito à prescrição intercorrente, a suspensão implica paralisar a fluência do prazo prescricional, a despeito de previsão expressa no art. 791 do Código de Processo Civil. Sobre o tema, disserta Fredie Didier Jr.⁸:

*“Durante o período de **suspensão** da execução, **não corre o prazo prescricional**, visto que a prescrição pressupõe a inércia do exequente, o que, no caso, não existe.”*
(grifei)

Necessário, pois, que o Tribunal reconheça a possibilidade de suspensão do processo e, por consequência, do fluxo prescricional, em face das peculiaridades do processo de controle externo, notadamente por ser ele regido pelo princípio da verdade material, situação que acaba por dilatar o exercício do contraditório e da ampla defesa pelos interessados.

Imperativo que os **adicionais prazos de defesa conferidos aos responsáveis**, assim como o tempo necessário ao exame, pela unidade técnica, pelo Ministério Público e pelo relator, dos elementos adicionais de defesa, sejam tratados como períodos de suspensão da prescrição, com fundamento no art. 265, inciso IV, alínea ‘b’, do Código de Processo Civil⁹, porque, nesses casos, **não há inércia do Tribunal**, mas ampliação do exercício do contraditório e da ampla defesa pelo responsável.

Na lição de Fredie Didier Jr., o dispositivo trata de “suspensão em razão de uma questão preliminar ao exame de mérito: a questão prévia que condiciona o próprio exame da questão de mérito”¹⁰. Ajusta-se a tal conceito a permissão para que o responsável amplie o exercício do contraditório e da ampla defesa prescritos na lei de regência do processo de controle externo.

Além disso, seria contraditório permitir que tais dilações temporais, havidas no interesse do responsável, pudessem contribuir para a formação da prescrição intercorrente.

Em relação ao tema, apresentei, na assentada anterior, proposta grafada nos seguintes termos:

“9.1.5. a apresentação de elementos adicionais de defesa, pelo responsável, suspende a fluência da prescrição, que somente voltará a correr após o exame desses elementos de defesa pela unidade técnica, pelo Ministério Público e pelo relator”

O e. ministro Vital do Rêgo apresenta proposta que encerra pequena alteração em relação ao que consignei. Acrescenta Sua Excelência, entre as hipóteses de suspensão, em que fato novo apresentado pela parte, não suficientemente documentado nas manifestações processuais, ensejar a realização de diligências. Sugere, ainda, que a suspensão, interrompida por uma dessas situações, volte a correr com a “análise dos referidos elementos ou da resposta da diligência”, isto é, com o término da fase de instrução (art. 160, § 2º, do Regimento Interno).

A proposta oferecida pelo e. ministro Vital do Rêgo abrevia o período de suspensão da prescrição, porque dele exclui o tempo despendido pelo Ministério Público e pelo relator para o exame dos adicionais elementos de defesa oferecidos pelo responsável. Acolho tal proposição, porque ela imuniza o responsável de eventuais delongas no julgamento do processo.

IV

⁸ *Curso de direito processual civil*: vol. 5, execução. 3. ed., Salvador : JusPodivm, 2011, p. 336.

⁹ “Art. 265. Suspende-se o processo: (...) IV – quando a sentença de mérito: (...); b) não puder ser proferida senão depois de verificado determinado fato, ou de produzida certa prova, requisitada a outro juízo” (grifos meus).

¹⁰ *Curso de direito processual civil*: vol. 1, teoria geral do processo e processo de conhecimento. 7. ed., Salvador : JusPodivm, 2007, p. 521.

Propõe o i. ministro Vital do Rêgo, que o Tribunal fixe, nesta assentada, a possibilidade de prescrição da pretensão punitiva do Estado, nos processos de controle externo, ser reconhecida “independentemente de alegação da parte”. A proposta mostra-se correta e oportuna, porque a prescrição é matéria de ordem pública, podendo, nesses termos, ser declarada de ofício, pelo juiz (CPC, 487, inciso II).

Propõe, em acréscimo, o e. ministro Vital do Rêgo que o Tribunal aplique o entendimento consagrado neste julgado “de imediato, aos processos novos (autuados a partir desta data) bem como àqueles pendentes de decisão de mérito ou de apreciação de recurso por este Tribunal”. Tal proposta apresenta-se igualmente adequada, porquanto aderente às regras de vigência aplicáveis às normas de direito processual intertemporal.

Acolho, pelas razões expostas, tais proposições.

Feitas essas considerações, voto por que o Tribunal de Contas da União aprove o acórdão que submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 8 de junho de 2016

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Revisor