

## DECLARAÇÃO DE VOTO

De início, louvo os meus pares pela lucidez deste debate, destacando as valiosas contribuições dadas por cada um em suas manifestações, que contêm, todas, sem exceção, teses jurídicas muito bem elaboradas e compatíveis com a relevância do tema “prescrição da pretensão punitiva no TCU”, a envolver, sobretudo, valores e princípios fundamentais insertos na Carta Constitucional.

2. A fixação de um único entendimento sobre a temática em questão é esperada há bastante tempo. Pior que a preocupação sobre o acerto da decisão que advier desta sessão, essencialmente em vista de sua validade e solidez perante o Poder Judiciário, é, com certeza, a falta de uniformização da matéria no âmbito deste Tribunal. Trata-se de divergência por demais prejudicial ao jurisdicionado na medida em que, calcada puramente em questão de direito, tem admitido julgamentos conflitantes a depender do relator sorteado ou do colegiado competente, em descompasso com os parâmetros de equidade e de isonomia.

3. Rememoro que este debate se originou de representação formulada pela Consultoria Jurídica sobre a prescribibilidade da pretensão punitiva do TCU, especificamente quanto à aplicação de multa, nos autos do TC 021.540/2010-1, inicialmente sob minha relatoria. Na peça representativa, relatou aquela unidade de assessoramento a existência de precedentes jurisprudenciais nos quais se reconheceu prazo prescricional de 5 (cinco) anos para a imposição de multa administrativa. Em especial, destacou o REsp 894.539/PI (Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20/8/2009, DFe 27/8/2009), em que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) travou discussão sobre os efeitos da multa aplicada pelo TCU em tomada de contas especial.

4. Em 29/6/2011, submeti pela primeira vez a matéria à apreciação deste Colegiado, no âmbito daquela representação, propondo o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, no prazo de 5 (cinco) anos, contado do conhecimento do fato pelo TCU. Na ocasião, ante a lacuna normativa aplicável aos processos de controle externo, vali-me do regramento previsto na Lei 8.112/1990, por analogia, fundando-me, para tanto, basicamente nos mesmos argumentos ora pugnados pelo Ministro Benjamin Zymler. O processo não foi a julgamento porque este Plenário entendeu conveniente, por sugestão do próprio Ministro Benjamin, o deslocamento da matéria para processos futuros, em caráter incidental, no exame de caso concreto.

5. Assim, em atendimento ao disposto acima, submeti novamente ao Colegiado a tese da prescrição quinquenal por meio do TC 006.415/2008-8, na sessão de 7/12/2011, que não foi a julgamento em virtude de pedido de vista formulado pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues. Apresentado o voto revisor por Sua Excelência, pautei mais uma vez o processo, em 21/11/2012, o qual novamente não foi apreciado em razão de pedido informal feito por alguns ministros para que o feito fosse retirado de pauta de modo a permitir prazo adicional para análise da matéria.

6. Ato contínuo, ao assumir a presidência desta Casa, em janeiro de 2013, coube ao ministro Benjamin Zymler a relatoria dos mencionados processos e a continuidade no trato desta temática que reputo de enorme relevo, a qual, por sua vez, foi redirecionada para os processos TC 007.822/2005-4 e TC 011.101/2003-6, culminando, por fim, neste incidente de uniformização de jurisprudência ora trazido por Sua Excelência.

-II-

7. Depois de ponderar os argumentos favoráveis e contrários a cada uma das teses postas em discussão, peço vênias, desde já, aos ministros revisores, e declaro anuência integral à tese defendida pelo relator da matéria, ilustre Ministro Benjamin Zymler.

8. A única diferença entre a orientação que defendi no passado e a que expõe o relator nesta assentada está na norma legal utilizada como analogia. Enquanto sustentei aplicação da Lei 8.112/1990, Sua Excelência entende mais adequado o uso da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992). Concordo que ambas admitem o processo de integração, mas, repensando aquela que mais se assemelha à atividade de controle externo exercida por esta Corte, revejo o meu posicionamento e adiro à posição capitaneada pelo Ministro Benjamin Zymler.

9. Por considerar que a discussão está amplamente madura neste Tribunal, haja vista a profundidade em que estão colocadas as teses e os argumentos que as amparam, abstenho-me de adentrar especificamente cada um dos eixos centrais deste debate, definidos em: prazo prescricional, termo inicial e causas interruptivas.

10. Limito-me apenas a reafirmar a argumentação desenvolvida pelo ilustre relator ao consignar em seu voto que a falta de lei sobre matéria de prescrição não deve implicar conclusão pela imprescritibilidade da pretensão punitiva. Em outras palavras, a reserva de lei atribuída pela Constituição da República para ilícitos que causem prejuízos ao erário (art. 37, § 5º) – basicamente a multa prevista nos arts. 57 e 58, inciso III, da Lei 8.443/1992, além das demais sanções previstas na referida norma legal – não impede que o intérprete integre lacuna visando ao atendimento do princípio da segurança jurídica.

11. A regra geral do ordenamento jurídico, como se sabe, é a da prescritibilidade, de modo que a utilização de analogia *in bonam partem* somente dá efetividade àquele valioso princípio inserto em nossa Carta Constitucional.

12. Como bem ressaltou o relator, esse entendimento foi perfilhado recentemente em decisão monocrática proferida pelo Ministro Luís Roberto Barroso (MS 32.201/DF). Da mesma forma, há diversas decisões adotadas no âmbito do Poder Judiciário que ratificam o uso da analogia em matéria de prescrição da pretensão punitiva da Administração.

13. Outrossim, em pesquisa à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), noto a existência de julgados que reafirmam essa posição, dos quais transcrevo, por elucidativo, a ementa da decisão proferida no RMS 22.935/DF:

*“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SINDICÂNCIA. REGISTRADOR. OFÍCIO DE IMÓVEIS. CONDENAÇÃO À PENA DE MULTA. PRENOTAÇÃO. CANCELAMENTO APÓS O PRAZO DE 30 (TRINTA) DIAS. OBRIGATORIEDADE. DETERMINAÇÃO IMPOSTA EM VISITA DE INSPEÇÃO. NORMAS TÉCNICAS IMPOSTAS PELO JUÍZO COMPETENTE. DESCUMPRIMENTO. ARTIGOS 30, INCISO XIV, 31, INCISO I E V, 32, INCISO II, E 33, INCISO II, DA LEI Nº 8.935/1994. PRAZO PRESCRICIONAL. APLICAÇÃO DA LEI 8.112/1990. ANALOGIA LEGIS. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO. MODIFICAÇÃO DO FATO IMPUTADO. NÃO VERIFICAÇÃO. INDIVIDUALIZAÇÃO DA MULTA PARA CADA FATO OU ATO. REGULAMENTAÇÃO DA PENA DE MULTA. DESNECESSIDADE.*

*1. Registrador de Ofício de Registro de Imóveis, sindicado, condenado em processo disciplinar por não ter cumprido normas técnicas estabelecidas pelo Juiz competente e na legislação específica (omissões quanto ao cancelamento de prenotações após o prazo do art. 205 da Lei nº 6.015/1973 e desobediência do prazo para examinar os títulos e formular eventuais exigências para o registro).*

*2. **O fato de a Lei nº 8.935/1995 ser omissa quanto aos prazos prescricionais para cada uma das possíveis penas disciplinares nela previstas** (repreensão; multa; suspensão por noventa dias, prorrogável por mais trinta; e perda da delegação) **não viola o § 5º do art. 37 da Constituição Federal, segundo o qual ‘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’.** Tal omissão pode ser suprida mediante a aplicação da analogia legis.*

3. O exercício, mesmo como delegatários, de função ou atividade pública aproxima os registradores de cartórios de imóveis dos servidores públicos quanto ao dever de bem cumprir as suas tarefas, estando sujeitos, todos, a sanções disciplinares. **Permite-se, assim, lançando mão da analogia legis, aplicar, no caso concreto, relativo ao Distrito Federal, os prazos prescricionais pertinentes aos servidores públicos da União.**

4. A pena disciplinar de multa prevista no Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União equivale à pena de suspensão, tendo em vista que essa poderá ser convertida naquela ‘quando houver conveniência para o serviço’ (art. 130, § 2º, da Lei nº 8.112/1990). Consequentemente, seguindo esse raciocínio lógico-jurídico, o prazo prescricional para a multa é de 2 (dois) anos, nos termos do art. 142, II, do mesmo diploma.

5. Relacionadas as infrações disciplinares a atos omissivos, **o termo inicial do prazo prescricional, respeitado o princípio geral da actio nata, coincide com a data inicial da omissão, ou seja, a partir do momento em que deveria o recorrente ter praticado respectivo ato e não o fez. Afasta-se a prescrição, portanto, em relação aos atos disciplinares cuja omissão teve início dentro de 2 (dois) anos da abertura do procedimento administrativo disciplinar.**

(...)

10. *Recurso ordinário não provido.*” (STJ - RMS: 22.935, Relatora: Ministra LAURITA VAZ, Data de Publicação: DJ 02/12/2010) (grifei)

14. Além de todos os fundamentos aduzidos pelo Ministro Benjamin Zymler para afastar o prazo geral de 10 (dez) anos estabelecido no Código Civil, vejo ainda que a mencionada Corte Superior já se deparou exatamente com o mesmo dilema, ocasião em que prevaleceu a posição relativa ao prazo quinquenal, por analogia, em vez da incidência direta da legislação civilista na seara do direito público.

15. Refiro-me ao REsp 1105442/RJ (Relator: Ministro Hamilton Carvalhido, Data de Julgamento: 09/12/2009, S1 - Primeira Seção, Data de Publicação: DJe 22/02/2011), representativo de controvérsia, com fundamento no art. 543-C do Código de Processo Civil, pelo qual a Primeira Seção daquela Corte Superior deu provimento ao recurso para reformar a decisão impugnada que houvera adotado a tese segundo a qual seria aplicável o então prazo vintenário previsto no Código Civil para efeito de prescrição da pretensão de cobrança de multa administrativa pela via da execução fiscal, tendo admitido o manejo de exceção de pré-executividade fundada em prescrição. A razão de decidir enfrentada foi que aquela sanção teria natureza “não tributária” e que o Código Civil, apesar de disciplinar relações privadas, conteria normas gerais de direito, aplicáveis às relações públicas quando omissa a legislação pertinente.

16. Para que melhor se entenda aquele debate e sua conexão com o presente julgamento, reproduzo o seguinte trecho extraído do voto vencido de lavra do Ministro Herman Benjamin – cujos fundamentos são bastante assemelhados aos defendidos pelos Ministros Revisores Walton Alencar Rodrigues e Bruno Dantas, no sentido de que seja utilizado, por aplicabilidade direta, o prazo geral decenal regulado no Código Civil:

*“Em discussão o prazo prescricional para a cobrança de multa administrativa.*

*Peço vênia, mesmo que oralmente, para tecer algumas considerações.*

*Ao analisarmos temas desta natureza, devemos levar em conta que a Constituição atual, de modo oposto ao da anterior, põe o interesse público na posição de sobreprincípio. Assim, se certas práticas ou entendimentos eram admitidos no regime constitucional pretérito, caracterizado pelo individualismo e pela ênfase nos interesses individuais, deve-se verificar sua adequação por meio de interpretação dos valores que estão na base da Carta Constitucional.*

*Nesse aspecto, reputo ser importante, na delimitação do tema, a separação entre supremacia do Estado versus supremacia do interesse público. O que defendemos no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, na linha da orientação doutrinária em todo o Direito Comparado, mesmo naqueles países que não têm uma Constituição welfarista como a nossa, é a supremacia do interesse público, que não é necessariamente supremacia do Estado.*

*Ademais, o Código Civil foi, e continuará a ser, o regime comum tanto do Direito Privado como do Direito Público. Indago: onde está, no Direito Público, a regulação do negócio jurídico público? Onde está o sistema de invalidades dos atos administrativos antes da listagem da Lei da Ação Popular ou mesmo da Lei da Improbidade Administrativa ou ainda da Lei da Licitação?*

*Não é porque o Código Civil, em regra, disciplina as relações jurídicas com enfoque no indivíduo que se deva simplesmente afastar a sua aplicabilidade aos negócios jurídicos de Direito Público, pois isso, a meu juízo, chocar-se-ia com o próprio sistema que impera no sistema jurídico brasileiro.*

*Especificamente no que tange ao prazo prescricional, deve-se entender que prescrição é matéria de política legislativa. Isso quer dizer que cabe ao legislador estabelecer os prazos prescricionais, considerando as circunstâncias próprias decorrentes da avaliação política no Parlamento.*

*O atual Código Civil, a partir do art. 206, institui prazos prescricionais diferenciados para negócios jurídicos de Direito Privado – por exemplo, prazo de um ano para negócios jurídicos relacionados a contratos de prestação de serviços com os hospedeiros ou fornecedores de víveres. No § 3º, estipula-se o prazo de três anos para os negócios jurídicos de locação. Por que três anos para negócios jurídicos de locação e um ano para negócios jurídicos de hotelaria?*

*No § 5º da mesma norma, define-se o prazo de cinco anos para os negócios jurídicos de serviços de natureza profissional liberal. Por que cinco anos? Por uma determinação do legislador, de natureza política e não estritamente principiológica. Exceção a essa regra é a prescrição no campo penal porque aí se leva em consideração indiretamente a gravidade do ilícito, já que se toma como parâmetro a pena prevista no texto legal.*

*Concluo reportando-me ao Voto-Vista proferido nos Embargos de Divergência no Recurso Especial 961.064/CE, de que foi Relator o eminente Ministro Teori Albino Zavascki, e no qual acompanhei a divergência, pelo fato de que se tratava de terreno de marinha e havia norma expressa a esse respeito. Lá afirmei o seguinte:*

*No caso dos terrenos de marinha, a Lei 9.636/1998 pela primeira vez disciplinou especificamente a prescrição. Após as modificações promovidas pelas Leis 9.821/1999 e 10.852/2004, passou também a regulamentar a decadência.*

*Como se sabe, o Direito Administrativo, em nosso ordenamento jurídico, não é codificado. Quer isto dizer que é a legislação esparsa que dispõe sobre os seus institutos jurídicos. Não há, no entanto, norma geral de Direito Público regulamentando a prescrição e a decadência em relação à cobrança dos créditos não-tributários de titularidade da Administração Pública contra o administrado.*

*É equivocado o fundamento de que o princípio da simetria, no sentido de corolário do princípio da isonomia, justifica a aplicação do prazo prescricional previsto no art. 1º do Decreto 20.910/1932 para a cobrança da taxa de ocupação dos terrenos de marinha. A premissa genérica de que, por se tratar de relação de Direito Público, devem ser aplicadas contra a Administração Pública as regras publicistas que foram criadas em seu favor, tende a aniquilar os pilares do regime jurídico administrativo, por perigosamente anular a carga de eficácia dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. Lembremo-nos de que, em se tratando de Direito Administrativo, não é dado aplicar, indistintamente, o princípio da isonomia formal entre o interesse público e o interesse particular.*

*Com essas observações, pedindo vênias ao judicioso voto do eminente Relator e sabendo que o faço de maneira solitária, nego provimento ao Recurso Especial.*

*É como voto.” (grifei)*

17. Em seu voto vencedor, o relator da matéria, Ministro Hamilton Carvalhido, assim se pronunciou:

“(…)

*É que decidiu o Tribunal a quo que a prescrição é vintenária, regendo-se pelo Código Civil, afastando-se, assim, a legislação federal de natureza tributária, cuja incidência é postulada pelo recorrente.*

*Isso estabelecido, a Administração Pública, por força de sua natureza e função, observado o due process of law, tem o dever-poder de intervir no direito de liberdade e de propriedade dos administrados, por meio do denominado ‘poder de polícia’.*

“(…)

*Acerca do prazo para o exercício desse poder de polícia, doutrina e jurisprudência são uniformes na submissão do poder do Estado ao tempo, em obséquio da segurança jurídica, um dos fins colimados pelo Direito, eis que, como anota Hely Lopes Meirelles, citando J. J. Canotilho, ‘A segurança jurídica é geralmente caracterizada como uma das vigas mestras do Estado de Direito. É ela, ao lado da legalidade, um dos princípios integradores do próprio conceito de Estado de Direito.’ (in Direito Administrativo Brasileiro, 26ª edição, Editora Malheiros, pág. 90).*

*No sistema de direito positivo brasileiro, contudo, o poder de polícia não se mostrou, anteriormente, submetido a prazos, estabelecendo-se apenas prazos prescricionais em favor da União, Estados e Municípios, como é da letra do Decreto nº 20.910/32, que ‘Regula a prescrição quinquenal’.*

***Com efeito, falta previsão legal específica, aplicável à espécie.***

*É que não tem incidência o artigo 174 do Código Tributário Nacional, já que não se cuida de crédito de natureza tributária, tampouco as regras de prescrição do Código Civil, uma vez que também não se trata de relação jurídica de direito privado, mas, sim, de relação jurídica de direito público, regendo-se, por força mesmo da natureza das coisas, pelas normas de Direito Administrativo, já que se cuida de crédito de natureza evidentemente administrativa, oriundo do exercício do poder de polícia do Estado.*

***Daí por que a doutrina vinha admitindo uniformemente a aplicação do prazo quinquenal também contra a Fazenda Pública, por incidência isonômica do Decreto nº 20.910/32, à exceção de Celso Antônio Bandeira de Mello que, também agora, passou a adotar o prazo quinquenal por ser uma constante nas disposições gerais estatuídas em regras de direito público, quer relativamente ao Estado, quer relativamente ao particular, como se recolhe no seguinte excerto de sua obra:***

“(…)

***De todo o exposto resulta que, conquanto se entenda não atribuir à Lei nº 9.873/99 aplicação subsidiária nos âmbitos estadual e municipal, eis que sua eficácia é própria do âmbito da Administração Pública Federal, direta e indireta, resta incontroverso, de todo o constructo doutrinário e jurisprudencial, que é de cinco anos o prazo prescricional para o ajuizamento da execução fiscal de cobrança de multa de natureza administrativa, contado do momento em que se torna exigível o crédito, com o vencimento do prazo do seu pagamento (cf. artigo 39 da Lei nº 4.320/64), aplicando-se o artigo 1º do Decreto nº 20.910/32 em obséquio mesmo à simetria que deve presidir os prazos prescricionais relativos às relações entre as mesmas partes e até autoriza, senão determina, a interpretação extensiva, em função de sua observância.”*** (grifei)

18. Conquanto claras as diferenças havidas entre a situação enfrentada pelo STJ e aquela com a qual nos deparamos neste momento, o fato é que aquele Tribunal superou a tese da incidência direta – ou mesmo de analogia, para os que entendem admissível a utilização do instituto – do prazo geral do Código Civil nas relações de Direito Público, tendo prevalecido a analogia com o Decreto 20.910/1932, por razões de isonomia entre os sujeitos daquela relação jurídica controvertida (o Estado de um lado e o cidadão comum do outro).

19. Por essas razões, acompanho na íntegra a proposta apresentada pelo eminente relator.

-III-

20. Na primeira oportunidade em que este processo foi pautado, formulei considerações pontuais visando ao aperfeiçoamento da proposta do relator, nestas palavras:

*Adicionalmente, uma vez que prescrição é matéria de ordem pública, cabendo arguição de ofício pelo juiz, entendo que o TCU não pode se descurar da obrigação de assim proceder, devendo, pois, examinar, ainda que sem provocação da parte, a incidência desta causa extintiva de punibilidade.*

*Nessa linha, é prudente que a Secegex oriente as suas unidades técnicas no sentido de que passem a avaliar se ocorreu prescrição da pretensão punitiva quando da elaboração de instruções de controle externo.*

*Importante também deixar consignado que o entendimento a ser firmado pelo Tribunal deve se aplicar, de imediato, não apenas aos novos processos autuados a partir deste marco, mas àqueles pendentes de decisão de mérito ou de apreciação de recurso.*

*Portanto, proponho o seguinte adendo à minuta de acórdão apresentada pelo relator (acréscimo dos subitens 9.1.6, 9.1.7 e 9.4):*

*(...)*

*9.1. deixar assente no âmbito desta Corte que:*

*(...)*

*9.1.6. a ocorrência desta espécie de prescrição será aferida, independentemente de alegação da parte, em cada processo no qual haja intenção de aplicação das sanções previstas na Lei 8.443/1992; e*

*9.1.7. o entendimento consubstanciado nos subitens anteriores será aplicado, 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.*

*(...)*

*9.4. determinar à Secegex que oriente as suas unidades técnicas no sentido de que passem a avaliar se ocorreu prescrição da pretensão punitiva quando da elaboração de instruções de controle externo.'*

21. Logo vejo, nesta oportunidade, que o Ministro Benjamin Zymler incorporou à sua minuta de voto as minhas singelas sugestões, pelo que agradeço à Sua Excelência e reitero, mais uma vez, concordância integral com a sua proposta.

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

Ministro JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES  
Redator