

DECLARAÇÃO DE VOTO

Tratam os autos de tomada de contas especial, em decorrência do superfaturamento apurado em contrato para a execução de serviços emergenciais de recuperação da rodovia BR-226/MA, trecho entroncamento BR-316(B)-divisas PI/MA (Teresina-Timon) e MA/TO, sob a responsabilidade da atual Superintendência Regional do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes no Estado do Maranhão (Dnit/MA), à época 15.º Distrito Rodoviário Federal do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (15.º DRF/DNER).

Nada a obstar quanto ao encaminhamento proposto pelo relator de julgamento pela irregularidade das contas dos responsáveis, condenando-os solidariamente ao pagamento do débito apurado.

Discordo, entretanto, do entendimento acerca do afastamento das multas em decorrência de alegada prescrição da pretensão punitiva.

O relator defende haveria entendimento da jurisprudência dominante deste TCU no sentido da aplicação dos arts. 205 e 2.028 do Código Civil. Conforme referidos dispositivos, no caso em tela, transcorridos menos de dez anos entre a data de ocorrência das irregularidades, em 1996, e a entrada em vigor do Código Civil, em 2003, aplicar-se-á a regra da prescrição decenal a partir da data de ocorrência dos fatos. Dessa forma, ainda que os responsáveis tenham sido chamados em audiência durante a auditoria que originou estes autos (TC 005.741/2002-0), em 17/02/2002, interrompendo a contagem prescricional, teriam se passado mais de dez anos desta data até a notificação seguinte, qual seja, a citação, em 7/3/2013.

Respalhado na tese supracitada, o relator deixou de aplicar multa aos responsáveis.

Discordo da referida tese pelas razões que passo a expor.

No Estado que se pretende Democrático de Direito, o primado da segurança jurídica consagra-se como conquista fundamental e visa a excluir da prática estatal ações que hostilizam a legitimação do Poder pela correção do procedimento.

A propósito, no Estado Democrático de Direito, já se supera “a ideia de ato discricionário e se reconhece que apenas alguns aspectos do ato administrativo envolvem margem de liberdade de escolha para o agente público. Os controles à atividade administrativa do Estado são cada vez mais amplos. É inquestionável que toda liberdade atribuída ao agente estatal tem de ser exercida de modo compatível com os princípios e regras fundamentais” (Curso de Direito Administrativo, Marçal Justen Filho, fl. 79).

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.” (grifei)

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.

Sobre o tema, trago à colação o elucidativo magistério de José Afonso da Silva, que, citando Christian Starck, assim preleciona:

“Tem-se, pois, reserva de lei quando uma norma constitucional atribui determinada matéria exclusivamente à lei formal (ou a atos equiparados, na interpretação firmada na praxe), subtraindo-a, com isso, à disciplina de outras fontes, àquela subordinadas.”¹ (aspas do original; grifei).

O constitucionalista distingue três categorias de reserva de lei, a partir dos pontos de vista do *órgão competente*, da *natureza da matéria* e do *vínculo imposto ao legislador*. Acerca da última categoria, assim leciona, *in verbis*²:

“(3) do ponto de vista do vínculo imposto ao legislador, a reserva pode ser absoluta ou relativa. Alguns admitem também uma terceira, dita reserva reforçada, que, na verdade, ingressa no campo da reserva absoluta.

É absoluta a reserva constitucional de lei quando a disciplina da matéria é reservada pela Constituição à lei, com exclusão, portanto, de qualquer outra fonte infralegal, o que ocorre quando ela emprega fórmulas como: “a lei regulará”, “a lei disporá”, “a lei complementar organizará”, “a lei criará”, “a lei poderá definir” etc.

É relativa a reserva constitucional quando a disciplina da matéria é em parte admissível a outra fonte diversa da lei, sob a condição de que esta indique as bases em que aquela deva produzir-se validamente. Assim é quando a Constituição emprega fórmulas como as seguintes: “nos termos da lei”, “no prazo da lei”, “na forma da lei”, “com base na lei”, “nos limites da lei”, “segundo critérios da lei”.” (grifei)

A expressão empregada pelo legislador constituinte originário na redação do art. 37, § 5º – “a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário (...)” (grifei) – revela que esses ilícitos podem subordinar-se à prescrição apenas e somente se a lei fixá-la, ou seja, submete à absoluta reserva da lei formal qualquer tratativa acerca da fixação de prazos de prescrição.

¹ *Curso de direito constitucional positivo*. 30 ed. São Paulo : Malheiros, 2008, p. 422.

² *Op. Cit.*, p. 423-424.

Assim, apenas lei formal poderá dispor sobre a matéria. Na falta dessa lei, não incide prescrição ao exercício do poder-dever sancionador do Tribunal, consistente na aplicação de multas a gestores faltosos, nos termos previstos na Lei 8.443/1992.

Em vista do magistério expresso da Constituição Federal, não é por mera simetria com outros diplomas legais, atinentes à relação entre o Estado e o administrado, portanto, que se suprem lacunas de tal naipe. Muito menos mediante a adoção de um e outro esparsos precedentes jurisprudenciais, cuja validade apenas existe se conformes com a Carta Magna e no âmbito do caso concreto decidido.

A propósito, esse exatamente o entendimento externado pelos E. Ministros do Supremo Tribunal Federal Menezes Direito e Carlos Ayres Britto, assentado nas recentes decisões que indeferiram, em 3/8/2009 e 14/2/2011, as liminares pretendidas nos mandados de segurança 27.395/DF e 29.272/BA, respectivamente.

Na ocasião, assim se pronunciou o Ministro Carlos Ayres Britto, reproduzindo a lição memorável do Ministro Menezes Direito, *in verbis*:

*“7. Quanto à alegação de prescrição, tenho que não é de ser acatada. É que “incabível (...) falar-se, no caso, de prescrição administrativa, tendo em vista que o direito de invalidar, conforme a doutrina, não é dotado de pretensão e por isso não é passível de prescrição, mas só de decadência, inaplicável ao caso. Além disso, a prescrição é sempre dependente de lei, inexistente na espécie, não se podendo também aplicá-la por analogia, bem como, nos termos do artigo 37, parágrafo 5º, in fine, da CF88, as ações que visam o ressarcimento do erário são **imprescritíveis**” (MS 27.395-DF).”* (negrito do original; sublinhados meus).

Anoto, primeiramente, portanto, que é incabível a analogia e outros instrumentos subordinados de interpretação, na fixação de critérios de prescrição.

O próprio Supremo Tribunal Federal tem negado eficácia a normas que violam o princípio da reserva legal, declarando a nulidade de várias ações estatais, a exemplos dos julgados que transcrevo abaixo, *in verbis*:

“Agravamento regimental no recurso extraordinário. Servidor público. Teto remuneratório. Fixação por decreto do Poder Executivo. Impossibilidade. Violação do princípio constitucional da reserva legal. Artigo 37, inc. XI, após alteração introduzida pela EC nº 19/98. Aplicabilidade condicionada à promulgação de lei de iniciativa conjunta. Dispositivo não autoaplicável. Precedentes.

1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a estipulação de teto remuneratório por meio de decreto do Poder Executivo viola o princípio constitucional da reserva legal.

2. Pacífico o entendimento deste Tribunal de que o art. 37, inciso XI, da Constituição Federal, com a redação conferida pela EC nº 19/98, não era autoaplicável, pois sua incidência estava condicionada à promulgação de lei federal de iniciativa conjunta, o que não ocorreu, razão pela qual permaneceu em vigor a redação original do referido artigo.

3. Agravamento regimental não provido.” (RE 583785 AgR, relator ministro Dias Toffoli; negrito do original; grifos meus)

“SERVENTIAS – SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO – DESMEMBRAMENTO, DESDOBRAMENTO, EXTINÇÃO, ACUMULAÇÃO, DESACUMULAÇÃO, ANEXAÇÃO, DESANEXAÇÃO, MODIFICAÇÃO DE ÁREAS TERRITORIAIS – RESERVA LEGAL – INOBSERVÂNCIA – LIMINAR DEFERIDA. Alterações das serventias, presentes os citados fenômenos, pressupõem lei em sentido formal e material, não cabendo a disciplina mediante resolução de tribunal de justiça.” (ADI 4657 MC / DF, relator ministro Marco Aurélio; grifei)

Extrai-se da análise desses acórdãos do Pretório Excelso que, em razão da reserva legal, expressa no dispositivo constitucional, não poderia o Tribunal de Contas da União autolimitar-se, no seu indeclinável encargo constitucional de controle externo, fixando, *sponte propria*, parâmetros incondizentes com a legitimação institucional pela higidez do procedimento, inerente ao Estado Democrático de Direito, que respeita a Constituição e se estrutura a partir dela.

Tampouco, poder-se-á dizer da sua competência, em estabelecer prazos cambiantes de prescrição – 5, 10, 20 anos – porquanto expresso na Constituição que tal só poderá ser feito por lei.

As minhas objeções para a adoção de critérios de prescrição para o controle externo, com o delineamento administrativo de regras próprias, com cópia de diplomas legais específicos, em claro exercício de descabida discricionariedade, decorrem de toda uma série de fatores:

- a) violação do procedimento previsto no §5º do art. 37 da Constituição Federal;
- b) açambarcamento de competências inerentes às atividades do Congresso Nacional, com usurpação de sua exclusiva capacidade de decidir se e quando tais ou quais regras, atinentes à prescrição, deverão ser veiculadas;
- c) enfraquecimento do controle externo, uma vez que o próprio órgão constitucionalmente encarregado de punir administradores, que malversaram recursos públicos, está decidindo que não vai fazê-lo, a partir de regras de prescrição que ele próprio fixou, em analogia com outros diplomas esparsos, que a ele não se aplicam e com prazos que mudam com a composição de cada colegiado.

A esse respeito, chamo a atenção para o risco da excessiva limitação temporal do *jus puniendi* do TCU, a inviabilizar, em grande parte, o poder dissuasivo com que a Carta Constitucional investiu esta Corte de Contas, exatamente para prevenir ou reprimir ilícitos administrativos afetos à sua jurisdição.

A incidência da imprescritibilidade, de que trata o art. 37, § 5º, da Constituição, às tomadas de contas especiais, julgadas pelo TCU, foi examinada pela composição plenária do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança 26.210/DF, relatado pelo ilustre ministro Ricardo Lewandowski.

O *writ* visava a impugnar o Acórdão 2.967/2005, 1ª Câmara, que condenou a impetrante, bolsista junto ao Conselho Nacional de Pesquisas (CNPq), a devolver a importância percebida, atualizada monetariamente e acrescida de juros de mora, mas não a condenou ao pagamento de multa.

Por essa razão, a Excelsa Corte não se manifestou especificamente quanto à imprescritibilidade do exercício do poder-dever sancionador do Tribunal (CF, art. 71, inciso VIII). Por esclarecedor, reproduzo a ementa do julgado, *in verbis*:

“EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. BOLSISTA DO CNPq. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE RETORNAR AO PAÍS APÓS TÉRMINO DA CONCESSÃO DE BOLSA PARA ESTUDO NO EXTERIOR. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.

I - O beneficiário de bolsa de estudos no exterior patrocinada pelo Poder Público, não pode alegar desconhecimento de obrigação constante no contrato por ele subscrito e nas normas do órgão provedor.

II - Precedente: MS 24.519, Rel. Min. Eros Grau.

III - Incidência, na espécie, do disposto no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, no tocante à alegada prescrição.

IV - Segurança denegada.”

No entanto, em vários outros acórdãos, o Supremo Tribunal Federal denegou mandados de segurança, impetrados contra deliberações do TCU, que condenaram os responsáveis ao recolhimento de débitos e ao pagamento de multas, em uníssono, a exemplo dos MS 27.395/DF, 29.272/BA, 27.440/DF, 27.867/DF, sem consideração para a discriminação entre o débito e a multa.

Nesses julgados, o STF reafirmou o precedente consagrado no julgamento do Mandado de Segurança 26.210/DF, no sentido da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao Erário, consoante estabelece, em caráter impositivo, a Constituição da República (art. 37, § 5º).

Esses acórdãos não diferenciaram o débito da multa, para efeito de incidência da prescrição. Opuseram a imprescritibilidade tanto ao débito quanto à multa.

Por bem ilustrar o tema, reproduzo parte da decisão prolatada pelo nobre ministro Celso de Mello, em 1/8/2013, no Mandado de Segurança 27.440/DF, com fundamento no art. 205, *caput*³, do Regimento Interno do STF, *in verbis*:

“Trata-se de mandado de segurança impetrado com o objetivo de questionar a validade jurídica de deliberação, emanada do E. Tribunal de Contas da União, que julgou irregulares as contas referentes ao Procedimento de Tomada de Contas Especial nº 025.466/2007-1, sob a alegação “(...) de fraude na utilização de certidão de tempo de serviço com declaração falsa para requerer aposentadoria” (fls. 16/24). Na ocasião, aplicou-se, à ora impetrante, “(...) a multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443/1992, no valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais)”, além de ter sido autorizada, em seu desfavor, “(...) a cobrança judicial das dívidas a que se referem os subitens anteriores”, que perfazem o valor de R\$ 152.671,83 (cento e cinquenta e dois mil, seiscentos e setenta e um reais e oitenta e três centavos).

Impende destacar que o exame dos elementos produzidos nestes autos, notadamente do que se contém no acórdão emanado da E. Corte de Contas (fls. 16/24) e da Certidão de Tempo de Serviço expedida pelo Ministério da Justiça, em 09/07/2003 (fls. 13/15), evidencia que os valores exigidos à impetrante resultam da apuração de débitos que se originaram no período entre 04/05/1992 e 31/07/1996.

Sustenta-se, bem por isso, na presente impetração, a ocorrência da prescrição da pretensão do Estado à obtenção do ressarcimento dos pagamentos indevidos realizados à ora impetrante mediante fraude.

(...)

Passo a examinar o pleito em causa. E, ao fazê-lo, entendo assistir plena razão à douta Procuradoria-Geral da República, eis que o acórdão ora questionado neste

³ Emenda Regimental 28, de 18 de fevereiro de 2009, alterou o art. 205, *caput*, do Regimento Interno do STF, delegando expressa competência ao relator, para, em sede de julgamento monocrático, denegar ou conceder a ordem de mandado de segurança, desde que a matéria versada constitua “objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal”.

“writ” *ajusta-se, integralmente, à orientação jurisprudencial que esta Suprema Corte firmou a propósito da matéria em análise.*

*É que a pretensão deduzida na presente sede mandamental **opõe-se** à própria jurisprudência firmada **pelo Plenário** do Supremo Tribunal Federal (MS 26.210/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI), **cuja orientação, no tema ora em exame, tem ressaltado a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, consoante prescreve, em caráter impositivo, a Constituição da República (art. 37, § 5º).***

(...)

*Em suma: os precedentes que venho de mencionar **refletem** a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal que, **apoiando-se no § 5º do art. 37 da Constituição, tem proclamado, sem maiores disceptações, a imprescritibilidade das ações que visam o ressarcimento ao erário.***

*Sendo assim, em face das razões expostas e acolhendo, ainda, o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, **denego o presente mandado de segurança, tornando sem efeito a medida cautelar anteriormente deferida.*** (negritos do original; sublinhados meus)

Nesse mesmo sentido a decisão monocrática proferida pelo Ministro Dias Toffoli, no Mandado de Segurança 27.867/DF, confirmada pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em sede de agravo regimental⁴.

Extrai-se idêntica lição da decisão monocrática prolatada pelo ilustre ministro Carlos Ayres Britto, indeferindo a medida liminar pretendida no Mandado de Segurança 29.272/BA⁵. Nesse processo, manifesta-se a Procuradoria-Geral da República em consonância com a tese ofertada pelo relator, *in verbis*:

“Assim, sendo a Tomada de Contas Especial um processo administrativo, com intuito de identificar responsáveis por danos causados ao erário e determinar o ressarcimento do prejuízo apurado, não há falar em prescrição.” (grifei)

A Suprema Corte, em todos esses casos, não se ocupou em distinguir a prescrição da multa imposta pelo TCU da prescrição do débito, colocando ambas a salvo da prescrição. Afastou, na verdade, a prescrição de ambos os comandos: do que impôs o dever de ressarcir e do que sancionou os responsáveis com multa.

Aliás, se a regra incidente ao principal – da imprescritibilidade do débito – for divorciada do acessório – a multa decorrente do débito – haverá sério gravame ao ordenamento jurídico, porque a segunda, no mais das vezes, deriva diretamente da primeira.

⁴ “Cuida-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por LUIZ ANTONIO DA COSTA NÓBREGA em face do TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, com o objetivo de anular, em relação ao impetrante, o Acórdão nº 2.202/2008-TCU/Plenário que o condenou, em Tomada de Contas Especial TC 004.499/2000-3, solidariamente com outros responsáveis ao ressarcimento ao Erário no valor de R\$ de 85.516.861,71 (oitenta e cinco milhões, quinhentos e dezesseis mil, oitocentos e sessenta e um reais e setenta e um centavos), acrescido de multa individual de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).” (grifei).

⁵ “Trata-se de mandado de segurança, aparelhado com pedido de medida liminar, impetrado por Carlos Cesar Faria Ferreira, contra ato do Tribunal de Contas da União. (...) Tomada de contas, essa, que, instaurada pelo Tribunal de Contas da União, conduziu ao Acórdão 1.178/2009 da 1ª Câmara do TCU. Acórdão, a seu turno, que julgou irregulares as contas do impetrante e o condenou ao ressarcimento ao Erário e ao pagamento de multa.” (grifei).

Assim, tendo em vista que a Corte Constitucional não se posicionou pela prescrição do exercício do dever-poder do TCU em cominar sanção, não deve o Plenário invadir a esfera de competência própria do legislador, para suprir lacuna que somente pode ser preenchida por lei.

Afora o fato de diminuir o âmbito de sua ação na repressão aos ilícitos perpetrados contra a coisa pública. E essa auto-limitação se dá mais por força do estabelecimento de teses internamente do que por provocação externa.

Evidentemente, não desconheço que o E. Ministro Luís Roberto Barroso deferiu pedido liminar formulado no Mandado de Segurança 32.201/DF, para determinar a suspensão da exigibilidade de multa imposta pelo TCU, por considerar “plausível a incidência do prazo prescricional quinquenal às multas aplicadas pelo Tribunal de Contas da União”. Trata-se, contudo, de decisão proferida em sede de exame perfunctório, ainda não confirmado pelo Pleno da Suprema Corte. Há de ser observada, assim, com os cuidados que inspiram as decisões não exaurientes e precárias.

Por essas razões, acompanho a proposta de acórdão do ministro relator, ressalvando meu entendimento, fundamentado no art. 71, inciso VIII, da Constituição Federal, no sentido da imprescritibilidade do exercício do poder-dever de sanção do Tribunal.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 8 de outubro de 2014.

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Ministro