

Brasília, 23 de dezembro de 2020.

NOTA TÉCNICA Nº 04/2020

ASSUNTO: Análise do alcance e do impacto da decisão do Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, no Recurso Extraordinário nº 636.886, com o intuito de orientar e uniformizar o entendimento acerca do tema da prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao Erário fundada em decisão de Tribunal de Contas.

A ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL – ATRICON, pessoa jurídica de direito privado, entidade de classe de âmbito nacional, com sede em Brasília-DF, vem, por meio da presente **Nota Técnica**, apresentar argumentos e conclusões relacionados à análise do julgamento do Recurso Extraordinário 636.886, cuja decisão, em repercussão geral, definiu o verbete do Tema 899:

I – INTRODUÇÃO

1. Os Tribunais de Contas são órgãos de controle externo responsáveis pela fiscalização financeira, contábil, orçamentária, operacional e patrimonial dos entes federativos (arts. 70 e 71, da CF), e, em especial, pela condução de uma gestão fiscal responsável, atuando através de um sistema equilibrador e harmonizador entre os Poderes estatais (art. 74, §1º, da CF), que assegura o exercício da função pública em consonância com o interesse social e com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento constitucional.
2. O controle externo da Administração Pública extrai do pacto republicano e da forma democrática de governar o seu fundamento de validade e a legitimidade de sua atuação.
3. Nesse contexto, a prestação de contas consubstancia-se em um princípio constitucional sensível, tão relevante para a República Federativa brasileira que a Constituição fixa que a sua inobservância pode causar intervenção federal nos Estados-membros e DF e estadual nos Municípios (artigos 34, inciso VII, “d”, e 35, inciso II).

4. Assim, é consenso que os processos de controle externo devem seguir os princípios da celeridade e da efetividade, sem prejuízo do incremento à responsividade da gestão fiscal e da responsabilização adequada dos gestores faltosos.
5. Os Tribunais de Contas, diante disso, há tempos vêm aprimorando o exercício de suas competências constitucionais, alcançando um bom nível de eficiência e de resultados, em especial através da atuação coordenada em rede, que maximiza e otimiza suas estruturas e capacidades institucionais, por meio de programas de caráter nacional, como o Programa de Modernização do Sistema de Controle Externo dos Estados e Municípios Brasileiros – PROMOEX, executado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, com recursos do BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO – BID, e o Programa de Qualidade e Agilidade dos Tribunais de Contas – QATC, executado pelos próprios tribunais de contas, sob a coordenação da ATRICON.
6. Nesse aspecto, a ATRICON exerce um papel agregador e indutor da uniformização de procedimentos dos tribunais de contas, comprometendo-se com o fortalecimento do controle externo e com o aprimoramento da governança, da gestão pública e da proteção ao Erário, fundamentais para a concretização dos objetivos republicanos plasmados no art. 3º da Constituição Federal de 1988.
7. Com efeito, o Estatuto da ATRICON prevê que a Associação tem como um dos seus objetivos o desenvolvimento de atividades técnicas voltadas ao aprimoramento dos tribunais de contas (art. 2º, inciso III); bem como que deve promover o acompanhamento, a avaliação, o debate e expedir manifestações sobre decisões judiciais afetas ao controle externo (art. 3º, inciso II), em especial para apresentar soluções às questões relacionadas ao livre exercício de suas competências e das prerrogativas constitucionais (art. 3º, inciso III).
8. Para tanto, a ATRICON coordena ações voltadas à uniformização dos entendimentos e procedimentos dos Tribunais de Contas, resguardando as características das respectivas áreas de jurisdição (art. 5º, inciso II, do Estatuto).

9. Por essa razão, a Associação vê que o debate acerca da prescritibilidade da cobrança do ressarcimento ao Erário é essencial e nacional, e, nesse aspecto, coloca-se ao lado do Poder Judiciário para o melhor deslinde da questão, sem prejudicar os preceitos já traçados de atuação fiscal responsável, tanto pela Constituição Federal, quanto pela legislação complementar nacional.

10. Vale dizer que é preciso preservar a fiscalização da atividade pública, não bastando a evolução dos Tribunais de Contas e a aquisição de expertise, de capacidade institucional, de celeridade e efetividade dos processos de controle. É preciso que tais conquistas se mantenham, através de uma conformação legal segura e resistente, além do consenso entre os Poderes.

11. O descumprimento do compromisso firmado pela Constituição Federal (imposição do controle externo pelos Tribunais de Contas e de suas competências próprias) gera insegurança e desconfiança social na atuação estatal, afrontando relevantes pactos democráticos.

12. Por essas razões, a presente Nota Técnica é relevante e imprescindível, tendo em vista os desdobramentos da decisão do STF junto aos Tribunais de Contas e sua atuação na responsabilização dos agentes que manejam recursos públicos, conforme as dimensões política, sancionatória e indenizatória.

II – DO TEMA 899/STF E DOS FUNDAMENTOS DA NOTA TÉCNICA

13. O Tema 899, fruto da decisão do Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, no Recurso Extraordinário nº 636.886, está fixado no seguinte verbete: “É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”.

14. A Constituição Federal originária rígida, promulgada em 1988, estabeleceu que os Tribunais de Contas são órgãos responsáveis pela fiscalização, análise e julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público, e as contas daqueles que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade de

que resulte prejuízo ao erário, em todas as esferas da administração pública brasileira (art. 71, II, CF).

15. Importante lembrar que a Constituição Federal reconhece aos Tribunais de Contas o poder-dever de 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 (art. 71, inciso VIII).

16. A CF/88 também conferiu, aos Tribunais de Contas, a competência para assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade (art. 71, inciso IX).

17. E, visando a conferir *enforcement* e executóriedade às decisões dos Tribunais de Contas, o artigo 71, § 3º, da Constituição Federal confere eficácia de título executivo àquelas de que resulte imputação de débito ou aplicação de multa.

18. Diante desse desenho constitucional de competências e tendo vista que a tese em repercussão geral foi enunciada pelo Supremo Tribunal Federal em termos gerais, sem o estabelecimento de regras detalhadas para o regime de prescrição aplicável às Cortes de Contas, mostra-se necessária a uniformização da aplicação do verbete do Tema 899.

19. Conforme se extrai do próprio julgado do STF, a decisão aplica-se somente no âmbito das ações de execução ajuizadas com base na Lei Federal nº 6.830/1980 – Lei de Execução Fiscal, não alcançando os processos que tramitam no âmbito interno dos Tribunais de Contas.

20. Demais disso, por se tratar de fato relativo a dano ao Erário, isto é, imputação de débito, a decisão do STF restringe-se aos processos de execução relativos à pretensão de ressarcimento, não tratando da pretensão punitiva (aplicação de sanções).

21. Por fim, importante destacar que, havendo legislação local que normatize os institutos da prescrição e da decadência em relação aos processos dos Tribunais de Contas, esta deve ser observada pela respectiva Corte de Contas.

22. Isso porque a competência normativa dos Tribunais de Contas, por expressa disposição constitucional, deriva de sua autonomia administrativa e financeira e independência funcional, autogoverno e auto-organização (arts. 73, *caput*; e 96, CF/88), como já reconhecido e pacificado na jurisprudência do STF (ADI 4.418, Plenário, j. 15-12-2016, DJE de 3-3-17; ADI 1.994, Plenário, DJ de 8-9-2006), inclusive com iniciativa reservada para os projetos de lei relativos à auto-organização e autogoverno (ADI nº 3773, de 4-9-2009; ADI nº 106, de 25-11-2005; ADI nº 2011, de 4-4-2003).

– III –

CONCLUSÕES DA NOTA TÉCNICA

23. Por todo o exposto, a ATRICON, reconhecendo a necessidade de atuação para orientação geral e uniformização de entendimento, em nome da segurança jurídica, em relação à decisão do Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, no Recurso Extraordinário nº 636.886, acerca do tema da prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao Erário, fundada em decisão de Tribunal de Contas, com base nas razões acima expostas, conclui:

23.1 - A tese jurídica fixada pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do TEMA 899, de repercussão geral, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 636.886, aplica-se somente no âmbito das ações de execução ajuizadas com base na Lei Federal nº 6.830/1980 – Lei de Execução Fiscal, não alcançando os processos que tramitam no âmbito interno dos Tribunais de Contas;

23.2 – A decisão do Supremo Tribunal Federal no âmbito do TEMA 899 restringe-se aos processos de execução relativos à pretensão de ressarcimento (imputação de débito), não tratando da pretensão punitiva (aplicação de sanções);

23.3 - Havendo legislação local que normatize os institutos da prescrição e da decadência, recomenda-se que o seu conteúdo seja observado pelo respectivo Tribunal de Contas.

24. As conclusões desta Nota Técnica prevalecerão até que sobrevenha alteração da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou norma geral que trate do tema.

25. Esta Nota Técnica está acompanhada de análises, pareceres e documentos que embasaram as conclusões ora apresentadas.



Conselheiro Fábio Tulio Filgueiras Nogueira
Presidente da ATRICON

ANEXOS



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS
GABINETE DA PRESIDÊNCIA

- 1. Processo nº:** 15572/2019
2. Classe/Assunto: 12.PROCESSO ADMINISTRATIVO
17.PROJETO DE LEI - QUE VERSAM SOBRE O PRAZO DE PRESCRIÇÃO PARA O EXERCÍCIO DA PRETENSÃO PUNITIVA, O PRAZO DE DECADÊNCIA PARA INSTAURAÇÃO DA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.
3. Responsável(eis): SEVERIANO JOSE COSTANDRADE DE AGUIAR - CPF: 33782792300
4. Origem: TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS

5. RELATÓRIO DO PROCESSO Nº 3/2019-GABPR

JUSTIFICATIVA

A segurança jurídica é postulado de elevada envergadura constitucional. Assim, o órgão de Controle Externo da Administração Pública, dentro da sua atuação finalística, também tem o dever-poder de observá-lo, tudo em prol e com foco de promover a paz social pela estabilização das relações jurídicas.

Nesta esteira de entendimento, vislumbra-se a imperiosa necessidade de normatizar a aplicação e a abrangência dos institutos da prescrição e da decadência no âmbito desta Corte de Contas.

A esse respeito, a jurisprudência da Corte já vem caminhando nesse sentido, com o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva quando transcorrido lapso de tempo superior a 05 (cinco) anos entre a data dos fatos apurados e a citação dos possíveis responsáveis/interessados. Contudo, é indispensável avançar, de modo a preservar, de igual maneira, a racionalidade da atuação do Tribunal de Contas, direcionando-a a uma vertente mais célere, contemporânea e, portanto, capaz de melhor densificar a eficácia social de suas decisões.

Não é sem razão que o Supremo Tribunal Federal, ciente da influência e das consequências que o passar do tempo promove à relação processual, vem reconhecendo, até mesmo, a prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário, até então tida como absolutamente imprescritível pelo direito brasileiro. As pretensões em face de condutas não dolosas, mas geradoras de prejuízo econômico ao erário, já não mais ostentam o seu antigo caráter de perpetuidade – RE n. 852475, com o tema 897 de Repercussão Geral.

Desse modo, nos passos da preleção do Ministro Marco Aurélio, para quem a “evocação da segurança jurídica, como garantia da cidadania diante de guinadas estatais, confere relevância à passagem do tempo” (Mandado de Segurança n. 35971), e, ainda: considerando a necessidade que o Princípio da Segurança Jurídica impõe de regulamentação dos prazos de prescrição e decadência no âmbito desta Corte de Contas; considerando o que decidido pela 1ª Turma no Mandado de Segurança n. 32.201, relator Ministro Luís Roberto Barroso; e, por fim, considerando a aplicação analógica das Leis Federais n. 9.784/99 e n. 9.873/99, temos como suficientemente justificada a propositura que ora se veicula, sob a forma de projeto, para discussão e deliberação pelos membros desta Corte de Contas.

MINUTA

PROJETO DE LEI Nº ____, DE ____ de _____ de 2019

Dispõe, no âmbito do Tribunal de Contas, sobre o prazo de prescrição para o exercício da pretensão punitiva, o prazo de decadência para instauração da tomada de contas especial e dá outras providências.

Art. 1º A prescrição e a decadência são institutos de ordem pública, abrangendo as ações de fiscalização do Tribunal de Contas.

Parágrafo único. O reconhecimento da prescrição e da decadência dar-se-á de ofício pelo Relator, mediante provocação do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas ou a requerimento do responsável ou interessado.

Art. 2º Prescreve em 5 (cinco) anos a pretensão punitiva do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins – TCE/TO, no exercício do controle externo, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data do fato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

Parágrafo Único. Incide a prescrição intercorrente no processo ou procedimento paralisado por mais de 3 (três) anos, pendente de julgamento ou despacho de caráter decisório, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada.

Art. 3º Interrompe-se a prescrição da pretensão punitiva:

I – pela notificação ou citação válida do responsável ou interessado, inclusive por meio de edital;

II – por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato;

III – pela decisão condenatória recorrível;

IV – por qualquer ato inequívoco, que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da Corte de Contas.

Parágrafo único. Interrompida a prescrição, todo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção.

Art. 4º Suspende-se a prescrição durante a vigência do Termo de Ajustamento de Gestão.

Art. 5º Decai em 5 (cinco) anos o direito do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins – TCE/TO de instaurar ou determinar a instauração de Tomada de Contas Especial, contado o prazo da data de ocorrência do dano até a primeira notificação dos responsáveis ou interessados dentro do próprio procedimento.

Parágrafo único. Ultrapassado o prazo de 5 (cinco) anos da data de ocorrência do fato, constatada a prática de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário, a autoridade competente deve instaurar a tomada de contas especial, quando evidenciado o dolo na conduta do interessado ou responsável.

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.



Documento assinado eletronicamente por:

SEVERIANO JOSE COSTANDRADE DE AGUIAR, CONSELHEIRO (A), em 18/12/2019 às 17:36:37, conforme art. 18, da Instrução Normativa TCE/TO Nº 01/2012.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <https://www.tce.to.gov.br/valida/econtas> informando o código verificador **43378** e o código CRC CB210F2

Av. Joaquim Teotônio Segurado, 102 Norte, Cj. 01, Lts 01 e 02 - Caixa postal 06 - Plano Diretor Norte - Cep: 77.006-002. Palmas-TO.
Fone:(63) 3232-5800 - e-mail tce@tce.to.gov.br

ESTUDO:
IMPACTOS DO RE 636.886/AL (TEMA 899 DE REPERCUSSÃO GERAL)
SOBRE AS AÇÕES DE RESSARCIMENTO NOS TRIBUNAIS DE CONTAS

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	4
1.1 Mandado de Segurança nº 26.210/DF	5
1.2 Recurso Extraordinário nº 669.069/MG (Tese 666 de repercussão geral)	5
1.3 Recurso Extraordinário nº 852.475/SP (Tese 897 de repercussão geral)	7
2. CONTORNOS FÁTICOS E JURÍDICOS DO TEMA 899 DE REPERCUSSÃO GERAL	10
2.1 Síntese das manifestações nos autos	10
2.2 Síntese do voto do Relator	13
3. RAZÕES DE DECIDIR NO VOTO DO RELATOR E ALCANCE DA TESE FIRMADA .	15
3.1 Aplicação do art. 20 da LINDB	18
4. DOS TERMOS DA TESE FIRMADA	19
4.1 Do termo “ressarcimento”	19
4.1.1 Natureza financeiro-constitucional do ressarcimento nos processos de controle externo	22
4.2 Do termo “pretensão”	23
4.3 Fase de formação e fase de execução do título executivo fundado em decisão dos Tribunais de Contas	23
5. INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, §5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E (IM)PRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS	27
5.1 Princípios constitucionais envolvidos na questão	29
5.2 Interpretação conforme o §4º do art. 37	31
5.3 Análise do ato de improbidade administrativa e devido processo legal na jurisdição de contas	33
5.4 Caracterização de dolo e culpa pelos Tribunais de Contas	36
6. TERMO INICIAL E MARCOS INTERRUPTIVOS E SUSPENSIVOS DA PRESCRIÇÃO PARA CONSTITUIÇÃO DO TÍTULO EXECUTIVO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS....	39
7. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DO JULGADO – ORIENTAÇÕES PARA ATUAÇÃO DO TCE/BA	45
8. CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS	51



TCE

Gabinete da Conselheira Carolina Costa

1. INTRODUÇÃO

Na sessão virtual de 10/04/2020 a 17/04/2020, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou o Recurso Extraordinário (RE) nº 636.886/AL e apreciou o tema 899 de repercussão geral. No precedente, foi fixada a seguinte tese: "É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas".

O julgado delimitou alguns contornos para aplicação do art. 37, §5º da Constituição Federal (CF/1988), 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**". (grifo nosso).

O Acórdão foi publicado na data de 24/06/2020, porém, ainda restam muitas dúvidas quanto ao seu alcance e à sua aplicação. Decerto, causará impacto na atividade dos Tribunais de Contas brasileiros, haja vista a incerteza sobre a possibilidade de prescreverem diversas de suas ações destinadas ao ressarcimento ao erário. No entanto, alguns pontos ainda restam pendentes de esclarecimento até que sejam apreciados os embargos de declaração opostos pela União.

O presente estudo pretende examinar os efeitos do RE 636.886/AL nas atividades dos Tribunais de Contas. No Capítulo 1, é feita a análise de decisões anteriores do Supremo Tribunal Federal que podem ter contribuído para o entendimento ora firmado. No capítulo 2, são examinados os contornos fáticos e jurídicos do Tema 899 de repercussão geral, apresentando síntese das manifestações proferidas nos autos e do voto exarado pelo Relator. No capítulo 3, são analisados mais detidamente os aspectos da fundamentação do voto do Relator, a fim de extrair o melhor entendimento sobre o precedente formado e no Capítulo 4 são destrinchados os termos da tese firmada.

No capítulo 5 desse trabalho, a norma questionada no precedente judicial é examinada, verificando os princípios envolvidos e a ponderação realizada e a aplicação do artigo 37, § 5º da Constituição Federal no âmbito dos processos de controle externo. No Capítulo 6 são expostos os possíveis termos iniciais para contagem do prazo prescricional, bem como seus marcos interruptivos e suspensivos. No Capítulo 7 são explicitadas as razões para a necessidade de modulação dos efeitos do julgado e orientações para atuação do TCE/B. Por fim, na conclusão, são trazidas consequências jurídicas e aspectos práticos do julgado firmado pelo Supremo Tribunal Federal, bem como diretrizes para sua aplicação.

No entanto, antes de adentrar nas minúcias do julgado, é preciso analisar três precedentes do Supremo Tribunal Federal que podem ter conduzido à tese ora analisada.

1.1 Mandado de Segurança nº 26.210/DF

O primeiro deles é o Mandado de Segurança nº 26.210/DF, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. O *writ* foi impetrado por Tania Costa Tribe contra decisão do Tribunal de Contas da União, consubstanciada no Acórdão 2.967/2005, por meio da qual, no processo de tomada de contas especial, foi determinado o ressarcimento ao erário no valor de R\$167.021,15, em decorrência do descumprimento da obrigação de retornar ao país após o término da concessão da bolsa de estudos no exterior.

A impetrante sustentou a ocorrência de prescrição, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/32, que estabelece o prazo de cinco anos para cobrança de dívida por parte dos entes públicos.

No julgado, datado de 04/09/2008, foi vencedor o voto do Relator, segundo o qual, no que tange à alegada ocorrência de prescrição, incide o disposto no art. 37, § 5º, da Constituição de 1988. Considerou 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 ser aplicável ao caso a parte final do referido dispositivo constitucional, razão pela qual a ação de ressarcimento seria imprescritível.**

1.2 Recurso Extraordinário nº 669.069/MG (Tese 666 de repercussão geral)

Já em 03/02/2016, com composição diversa da turma julgadora, foi apreciado o Tema 666 de Repercussão Geral, de relatoria do Ministro Teori Zavascki e firmada a seguinte tese: **“É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”**.

Tratou-se de recurso extraordinário interposto pela União para impugnar acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, mantendo o conteúdo da sentença, reconheceu estar prescrita a ação de ressarcimento de danos materiais decorrente de acidente de trânsito.

Em seu voto, o Ministro Teori Zavascki afirmou que, no mérito, estava em causa controvérsia jurídica a respeito do sentido e do alcance do disposto na parte final do art. 37, § 5º, da Constituição Federal. Considerou que, conforme o dispositivo, 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. No entanto, se fosse aplicado amplíssimo sentido ao conceito de ilícito, estaria sob a proteção da imprescritibilidade toda e qualquer ação ressarcitória movida pelo Erário, até mesmo as fundadas em ilícitos civis, que sequer decorrem de dolo ou culpa, e até mesmo a própria execução fiscal, o que não se mostraria razoável.

O Relator ressaltou que essa visão tão estremada não é compatível com uma interpretação sistemática do ordenamento constitucional. Considerou que o alcance do dispositivo deve ser buscado mediante a sua associação com o do parágrafo anterior, que trata das sanções por ato de improbidade administrativa, já que ambos se referem a um mesmo conjunto de bens e valores jurídicos, que são os da preservação da idoneidade da gestão pública e da penalização dos agentes administrativos ímprobos. Assim, ao ressaltar da prescritibilidade "as respectivas ações de ressarcimento", o dispositivo constitucional estaria se referindo, não a qualquer ação, mas apenas às que busquem ressarcir danos decorrentes de atos de improbidade administrativa de que trata o § 4º do mesmo art. 37.

Sugeriu, como tese de repercussão geral, a de que a imprescritibilidade a que se refere o mencionado dispositivo diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos tipificados como de improbidade administrativa e como ilícitos penais.

O Ministro Luís Roberto Barroso concordou com o posicionamento do Relator. No entanto, sugeriu nova proposta para a tese. Ponderou que o caso concreto não envolvia ação de improbidade administrativa e afirmou que: "a questão da imprescritibilidade em matéria de improbidade, ou mesmo em matéria de crime, ela não foi objeto - eu diria - de um contraditório neste processo". Por essa razão, argumentou que deveriam se limitar ao entendimento de que nas ações de **reparação de dano por ilícito civil** a prescritibilidade se impõe.

Durante a discussão, o Ministro Teori Zavascki questionou acerca do conceito de ilícito civil. O Ministro Luís Roberto Barroso consignou que seria aquele que não é nem penal e nem administrativo. Ao final da discussão, concluíram que os atos de improbidade administrativa não estariam incluídos na tese a ser fixada.

Então, o Ministro Barroso propôs a seguinte tese, que foi acolhida pela maioria: "É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil."

1.3 Recurso Extraordinário nº 852.475/SP (Tese 897 de repercussão geral)

Em 08/08/2018, foi apreciado o Tema 897 de repercussão geral, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes e firmada a seguinte tese: **"São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa"**.

Tratou-se de recurso extraordinário interposto em ação de improbidade administrativa em que se pleiteou a aplicação, aos réus, das sanções previstas no art. 12, incisos II e III, da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa)¹, inclusive de ressarcimento de danos. O Ministério Público do Estado de São Paulo, parte recorrente, apontou ofensa ao art. 37, § 5º da Constituição Federal, pois mesmo que se considerassem prescritas as penas previstas na Lei nº 8.429/92, esta prescrição não alcançaria a "penalidade" de ressarcimento ao erário.

Em seu voto, o Relator considerou que, em que pese sua natureza civil, o ato de improbidade administrativa exige, para a sua consumação, um desvio de conduta do agente público, devidamente tipificado em lei e que, no exercício indevido de suas funções, afaste-se dos padrões éticos e morais da sociedade, pretendendo obter vantagens materiais indevidas ou gerar prejuízos ao patrimônio público, mesmo que não obtenha sucesso em suas intenções. Assim, a responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa sempre exigiria a plena comprovação da responsabilidade subjetiva.

¹ Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato.

(...)

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Consignou que a condenação por improbidade administrativa e consequente imposição das respectivas sanções somente poderão ocorrer se, nos prazos fixados em lei, houver o ajuizamento da ação judicial específica, garantindo a ampla defesa e o contraditório. A simples leitura da expressão “ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”, prevista no § 5º do art. 37 da CF, em sua literalidade, por si só, não permite a afirmação de ter sido adotada a imprescritibilidade de qualquer ação de ressarcimento ao erário, seja por atos ilícitos, seja por atos de improbidade administrativa. A interpretação do texto constitucional não poderia ser legitimada sem que se aprecie o conjunto das normas vigentes.

Salientou, ainda, que, nas hipóteses em que a conduta prevista como ato de improbidade administrativa também for tipificada como infração penal, os prazos prescricionais serão aqueles estipulados pela legislação penal. Por fim, votou pela fixação da seguinte tese:

A pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos e terceiros pela prática de ato de improbidade administrativa devidamente tipificado pela Lei 8.429/1992 prescreve juntamente com as demais sanções do artigo 12, nos termos do artigo 23, ambos da referida lei, sendo que, na hipótese em que a conduta também for tipificada como crime, os prazos prescricionais são os estabelecidos na lei penal.

O Ministro Edson Fachin suscitou divergência e apoiou o seu voto em quatro premissas: 1) a prescrição é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais e, assim, é uma dimensão específica do princípio da segurança jurídica; 2) há, no entanto, uma série de exceções explícitas à prescrição no texto constitucional, como a prática dos crimes de racismo (art. 5º, XLII, CF) e da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CF) e nesse mesmo rol está o dispositivo previsto no art. 37, § 5º, CF; 3) o texto constitucional é expresso ao prever que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos na esfera cível ou penal, aqui entendidas em sentido amplo, que gerem prejuízo ao erário e sejam praticados por qualquer agente, porém, logo em seguida, ressalva as ações cíveis de ressarcimento, tornando-as imprescritíveis; 4) **são, portanto, imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa.**

Ressaltou que o art. 37, § 5º da CF estabelece, como um verdadeiro ideal republicano, que a ninguém é autorizado ilicitamente causar prejuízo ao erário, locupletando-se da coisa pública ao se eximir do dever de ressarci-lo, ainda que pelo longo transcurso de lapso temporal. Propôs a seguinte tese de julgamento: “São imprescritíveis

as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”.

O Ministro Luís Roberto Barroso fez ponderações no sentido de que a imprescritibilidade do ressarcimento deveria se restringir 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. A ressalva foi acatada pelo Relator e pela maioria, que decidiu serem imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de **ato doloso** tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.

2. CONTORNOS FÁTICOS E JURÍDICOS DO TEMA 899 DE REPERCUSSÃO GERAL

Passa-se, então, à análise do precedente ora em comento. Tratou-se de ação de **execução de título executivo**, ajuizada em 18/10/1996 pela União perante a Justiça Federal, Seção Judiciária de Alagoas, em face da Sra. Vanda Maria Menezes Barbosa.

A ação foi fundada em título formado no processo de Tomada de Contas Especial TC-224.048/94-5, do Tribunal de Contas da União. Por meio do Acórdão nº 227/96 (datado de 25/04/1996), o TCU julgou irregulares as contas da Ré no Convênio nº 14/1988, firmado com o Ministério da Cultura para execução do Projeto Educar Quilombo. Instada a cumprir a obrigação, a parte não a adimpliu, o que ensejou a propositura de execução do título extrajudicial pela União.

A sentença, datada de 27/04/2006, julgou extinta a ação de execução, em razão da ocorrência de prescrição intercorrente, com fulcro no art. 40, § 4º da Lei 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal - LEF)². A União apresentou recurso de Apelação sustentando a inaplicabilidade da Lei de Execução Fiscal e a imprescritibilidade da ação de ressarcimento de dano ao erário, nos termos do art. 37, § 5º da Constituição Federal. O Acórdão negou provimento ao apelo, aplicando a prescrição intercorrente prevista no art. 40, § 4º da LEF.

O Recurso Extraordinário interposto pela União sustentou que o Acórdão recorrido contrariou diretamente o art. 37, § 5º da Constituição Federal e alegou a existência de repercussão geral na matéria.

2.1 Síntese das manifestações nos autos

Em 13/05/2016, foi reconhecida repercussão geral ao tema, definindo-se tratar de matéria diversa daquela reconhecida no RE 669.069/MG (Tema 666 de repercussão geral), que fixou ser prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda pública decorrente de ilícito civil. O Acórdão que reconheceu a repercussão geral consignou que a matéria ora em debate se refere à **prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário determinada pelo Tribunal de Contas da União**.

² Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição. (...)

§ 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.

Foi decidido que, ao apreciar o MS 26.2010/DF, o STF assentou a imprescritibilidade de pretensão de ressarcimento ao erário análoga à presente situação. No entanto, ressaltou-se que no julgamento do já citado RE 669.069/MG houve manifestações dos Ministros em sentido aparentemente diverso do fixado no Mandado de Segurança, quando a composição do STF era substancialmente diversa. Em face disso, o Acórdão submeteu à análise do Plenário, **sob a sistemática de repercussão geral**, o alcance da regra estabelecida no § 5º do art. 37 da CF/88, relativamente a pretensões de ressarcimento ao erário fundadas em decisões de Tribunal de Contas.

Após se habilitar como *amicus curiae*, em 23/12/2016, o **Tribunal de Contas da União** apresentou manifestação nos autos. Inicialmente, explicitou que o prazo médio entre o término da vigência de um contrato ou convênio e a data da apreciação pelo TCU é de **9 anos, 8 meses e 12 dias**. O tempo médio entre a autuação do processo e a apreciação da tomada de contas especial no TCU é de **2,75 anos**. Com isso, quis evidenciar que boa parte do desafio para a tramitação e apreciação tempestiva das tomadas de contas especiais encontra-se fora do alcance direto do TCU, dependendo de medidas administrativas voltadas a incrementar a atuação dos próprios órgãos federais repassadores dos recursos públicos.

O TCU também trouxe razões para manutenção do entendimento do STF acerca do § 5º do art. 37 da Constituição Federal, notadamente no MS 26.210/DF. Aduziu que o legislador constitucional originário exerceu clara opção legislativa pela imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário. Registrou que não se pode entender que as condutas tipificadas na Lei de Improbidade Administrativa venham a merecer apenas a atuação do Ministério Público e/ou da própria pessoa jurídica interessada, a fim de que venha a ser proposta a devida ação judicial. A determinação contida no art. 15 da Lei de Improbidade Administrativa, no sentido da obrigatoriedade de comunicação do fato ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas explicita a necessidade de informar esses órgãos acerca do acontecimento, a fim de que cada qual adote as providências a seu encargo, observando a independência entre as instâncias.

Por fim, ressaltou que a adoção da tese da prescritibilidade representaria um grande **incremento de processos no Poder Judiciário e a desconsideração da estrutura e da expertise dos Tribunais de Contas**. Pugnou para que, em caso de eventual mudança de jurisprudência, por razões de relevante interesse público na constituição de bilhões de reais

em créditos em favor da União, deveria haver modulação dos efeitos da decisão, no sentido de sua não aplicação aos fatos ilícitos praticados anteriormente à publicação do acórdão.

Em seguida, em 08/06/2018, a **Procuradoria Geral da República (PGR)** apresentou manifestação e sustentou que o Poder Constituinte, ao estabelecer a hipótese de imprescritibilidade do § 5º do art. 37, não fez ressalvas sobre o tipo de ações de ressarcimento alcançadas por essa regra e, portanto, não caberia ao legislador nem ao intérprete fazê-lo. Na ponderação entre a segurança jurídica do indivíduo e a segurança jurídica da coletividade, o Poder Constituinte fez prevalecer a segunda.

A PGR ainda ressaltou que a imprescritibilidade representa garantia da coletividade à restituição do que lhe foi indevidamente subtraído e que, em última análise, a condenação por atos de gestão indevida de recursos públicos imposta pelas Cortes de Contas nada mais é do que a responsabilização extrajudicial por atos de improbidade administrativa.

Por meio da Petição nº 19.682/2020, a parte recorrente requereu o julgamento presencial do processo. No entanto, em despacho datado de 03/04/2020, o Ministro Alexandre de Moraes entendeu que não haviam motivos justificáveis para o pedido de destaque, visto que o julgamento em ambiente virtual não prejudica a discussão sobre a matéria, prevalecendo, portanto, a faculdade regimental conferida ao Relator.

Nos memoriais apresentados em 07/04/2020, a **Advocacia Geral da União (AGU)** argumentou que a força normativa do enunciado constante do § 5º do art. 37 da Constituição insere no campo da imprescritibilidade todas as medidas estatais – sejam elas administrativas, sejam judiciais.

Registrou que, caso venha a ser considerado o prazo prescricional de 5 anos, a maior parte dos processos e dos valores dos débitos imputados já chegariam ao Tribunal de Contas prescritos. É que se considerado o período entre a data do fato gerador e a autuação do processo no TCU, **quase 60% dos recursos (equivalente a R\$ 7,28 bilhões) já estariam prescritos antes mesmo do início da atuação do Tribunal**; 25,30% do volume desses recursos já conteria pelo menos uma parcela do débito prescrita; e apenas 15,52% do total de recursos relativos aos débitos são provenientes de processos cujas parcelas não estariam prescritas no momento da sua autuação no TCU. Se o marco temporal considerado for a primeira deliberação por citação no processo de Tomada de Contas Especial, 64,50% dos valores dos débitos, equivalente a R\$ 7,94 bilhões de reais, teriam todas as parcelas prescritas antes da primeira citação; 24,27% dos recursos teriam

pelo menos uma parcela prescrita; e apenas 11,23% dos recursos não teriam nenhuma parcela prescrita.

A AGU ressaltou que, caso o Supremo Tribunal Federal alterasse o seu entendimento, seria necessária a definição do prazo prescricional aplicável e da lei de regência, bem como a explicitação dos marcos interruptivos da prescrição, a fim de dar segurança à atuação dos Tribunais de Contas e evitar inúmeras decisões divergentes, devendo atribuir efeitos prospectivos à decisão.

O **Sindicato Nacional da Indústria e da Construção Pesada (SINICON)**, também habilitado como *amicus curiae*, apresentou manifestação em 13/04/2020 e sustentou, em síntese, que o gestor e o particular contratado dispõem de limitado espaço de defesa para demonstração da boa gestão dos recursos. A eles é tolhida a utilização de meios idôneos de produção de prova, tais como prova pericial e/ou testemunhal.

Aduziu que o aspecto volitivo não é avaliado para a definição de existência de débito, visto que os Tribunais de Contas não analisam a existência de dolo ou culpa. Cria-se uma situação esdrúxula em que, quanto mais moroso e ineficiente for o Tribunal de Contas, maiores serão as chances de imputar um ressarcimento ao erário, já que a instauração tardia funcionará de forma a dificultar ou mesmo inviabilizar o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Sustentou que a prescritibilidade de tais relações tende a ser um ganho para o país. A máquina estatal seria ajustada para que eventuais débitos sejam discutidos perante o Tribunal de Contas no prazo razoável de 5 (cinco) anos, assegurando-se assim um sistema fiscalizatório eficiente e a segurança jurídica.

Por fim, com quórum formado pelos Ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso e Celso de Mello (que não participou por motivos de licença médica), deu-se início ao Plenário Virtual com a apresentação do voto do Relator.

2.2 Síntese do voto do Relator

Em seu voto, inicialmente, o Ministro Alexandre de Moraes analisou o posicionamento da Corte Suprema nos Temas 666 e 897 de Repercussão Geral. Ressaltou que a excepcional hipótese de imprescritibilidade proclamada pelo STF exige dois requisitos: 1) prática de ato de improbidade administrativa devidamente tipificado na Lei 8.429/92; 2) presença do elemento subjetivo do tipo dolo. Em relação a todos os demais

atos ilícitos não caracterizados como atos de improbidade ou atentatórios à probidade na administração praticados sem dolo, há possibilidade de ajuizamento de ações de ressarcimento, **desde que dentro do respectivo prazo prescricional.**

O Ministro ainda entendeu que as razões que levaram a maioria da Corte a estabelecer excepcional hipótese de imprescritibilidade, no tema 897, não estão presentes em relação as decisões do Tribunal de Contas que resultem imputação de débito ou multa. Assim, consignou que é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada nessas decisões; uma vez que: a) **a Corte de Contas, em momento algum, analisa a existência ou não de ato doloso de improbidade administrativa;** b) nas decisões dos Tribunais de Contas **não há decisão judicial caracterizando a existência de ato ilícito doloso, inexistindo contraditório e ampla defesa plenos**, pois não é possível ao imputado defender-se no sentido da ausência de elemento subjetivo.

Ressaltou que, com base nas decisões do Tribunal de Contas, paralelamente à ação de execução, é possível o ajuizamento de ação civil de improbidade administrativa para, garantido o devido processo legal, ampla defesa e contraditório, eventualmente condenar o imputado, inclusive a ressarcimento ao erário, que, nos termos da tese fixada no Tema 897, será imprescritível.

Em resumo, vê-se que as conclusões do voto se traduziram em interpretação a *contrario sensu* dos precedentes anteriormente firmados pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, sob o fundamento de que a decisão proferida pelos Tribunais de Contas não é via judicial adequada para aferição de ato doloso de improbidade administrativa, o Relator concluiu que a ação de reparação fundada nesse título deve ser prescritível.

3. RAZÕES DE DECIDIR NO VOTO DO RELATOR E ALCANCE DA TESE FIRMADA

O caso concreto versava sobre a **fase de execução do título** formado pelo Tribunal de Contas na União. Assim, dizia respeito à cobrança do título, após já ter sido constituído pelo TCU.

No entanto, após ser reconhecida a repercussão geral, o tema foi ampliado. O Acórdão de repercussão geral submeteu à análise do Plenário **o alcance da regra estabelecida no § 5º do art. 37 da CF/88, relativamente a pretensões de ressarcimento ao erário fundadas em decisões de Tribunal de Contas.**

Sabe-se que a existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos das partes é requisito para que seja reconhecida a repercussão geral, nos termos do art. 322, parágrafo único do Regimento Interno do STF. Portanto, de fato, haverá de ser conferido certo grau de abstração à questão dotada de repercussão geral. No entanto, certas restrições ainda precisam ser observadas.

A preocupação com os limites do caso concreto foi evidente na formação de precedente anterior, que levou à **Tese 666** de repercussão geral. Naquele julgamento, o Ministro Roberto Barroso sustentou que a questão da imprescritibilidade em matéria de improbidade não tinha sido objeto de contraditório no processo, razão pela qual a análise dos Ministros deveria se ater ao debate sobre a prescrição em caso de ilícito civil, visto que o caso concreto tratava de acidente automobilístico.

Já no **Tema 899**, sob análise, notadamente no voto do Relator, as questões analisadas foram bastante além da moldura do caso concreto. Observa-se que toda a fundamentação do voto foi construída levando-se em conta fatores referentes à **fase anterior à formação do título executivo**, desenvolvida no âmbito dos Tribunais de Contas, em contrariedade aos princípios da inércia da jurisdição e da adstrição aos limites da causa.

Na fundamentação foram tangenciados temas como: a natureza das ações no Tribunal de Contas da União, a competência do TCU para julgar atos de improbidade administrativa e o exercício do contraditório e da ampla defesa no âmbito dos processos do TCU. Tais pontos, além de não terem sido objeto de contraditório ao longo da tramitação do recurso extraordinário, também se afastam da moldura do caso concreto, que tratava de fase posterior à formação do título, executada, inclusive, por órgão diverso dos Tribunais de Contas (pelas Procuradorias do ente). Isso, aliado ao fato de que o julgado não distinguiu

com clareza essas duas fases e os prazos aplicáveis a cada uma, fez surgir grande dúvida acerca do seu real alcance.

Na tentativa de sanar algumas dessas incertezas, faz-se necessária uma análise da doutrina acerca do sistema de precedentes nas decisões judiciais. Fredie Didier Jr³ define o precedente judicial como sendo a “decisão judicial tomada à luz do caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior”. Por seu turno, Luiz Guilherme Marinoni⁴ assevera que, para que se constitua como precedente judicial, “é preciso que a decisão enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto”.

Em sentido amplo, o precedente judicial, é composto por três elementos essenciais. O primeiro deles diz respeito aos fatos objeto do litígio, ou seja, é o próprio caso concreto. O segundo é o dispositivo legal ou princípio que serviu de embasamento para a resolução da controvérsia. Este elemento está presente na motivação, é a razão de decidir (*ratio decidendi*) da decisão. O terceiro elemento é a própria argumentação utilizada na decisão.

No ordenamento brasileiro, esta *ratio decidendi* também é denominada de **motivo determinante** da decisão, é o elemento central da fundamentação, cerne de toda a decisão judicial, indispensável para a solução da causa. Nesta perspectiva, pode-se entender a *ratio decidendi* como sendo um elemento que transcende a própria fundamentação e se constitui a partir de uma análise sistêmica da decisão judicial. Para Fredie Didier Jr⁵, “na verdade, pode ser elaborada e extraída de uma leitura conjugada de tais elementos decisórios (relatório, fundamentação e dispositivo)”.

No entanto, nem tudo o que está na fundamentação é motivo determinante. Além das razões de decidir, existem, na fundamentação, outros comentários que não são fundamentação direta e imediata ao caso concreto, o chamado *obter dictum*.

O *obter dictum* é o elemento dispensável, que pode ser retirado da fundamentação sem que haja perda substancial no conteúdo da decisão. É um elemento acessório, uma opinião jurídica adicional, sem força de precedente. São argumentos que poderiam resolver questão diversa ou servirem de futura orientação, podendo exercer força persuasiva para

³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 385.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. Revista de Processo, v. 172, jun. 2009, p. 214.

⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

gerar posterior modificação de entendimento do magistrado ou do tribunal. Assim, *obter dictum* é tudo aquilo que não é *ratio decidendi*.

No precedente em análise (Tese 899 de repercussão geral), o dispositivo constitucional que serviu como embasamento para resolução da controvérsia foi o art. 37, § 5º. Portanto, a *ratio decidendi* parece ter sido o alcance desta norma e sua aplicação às decisões proferidas pelos Tribunais de Contas.

Por seu turno, em que pese tenham sido frequentemente citados pelo Relator, os argumentos relativos à possibilidade das Casas de Contas analisarem a existência de dolo na conduta do gestor e ao exercício do contraditório e da ampla defesa no âmbito desses órgãos não conduzem a uma conclusão sobre a imprescritibilidade dessas ações. Ademais, são questões que deveriam ser objeto de amplo debate, notadamente por aqueles que exercem essas funções. Por isso, entende-se que esses pontos demandariam análise mais pormenorizada e mereceriam ser objeto de decisão específica, para que, então, pudesse ser firmado entendimento sobre eles, com força de precedente.

Decerto, esses argumentos trazidos na fundamentação do voto causam bastante preocupação, visto que constituem decisão proferida pela mais alta Corte jurisdicional do país. Soa contraditório que o STF afirme que as decisões proferidas por Tribunais de Contas não observam o contraditório e a ampla defesa, mas legitime a existência e a validade desse procedimento, em contrariedade ao art. 5º, inciso LV da CF/1988⁶. Em suma, tais argumentos evidenciam desprestígio às atividades exercidas pelos Tribunais de Contas e às competências que lhes foram conferidas pelo artigo 71 da Constituição Federal, desconsiderando a evolução sobre a interpretação das funções dessas Casas, que vinha sendo realizada pelo próprio STF.

Por essas razões, o Tribunal de Contas da União, ao se deparar com pedidos de aplicação da tese firmada no Tema 899 de repercussão geral, vem entendendo que esta se aplica apenas à fase de execução do título executivo já formado, conforme os julgados citados no Capítulo 6 desse estudo. Esse também é o entendimento adotado no presente trabalho. Porém, espera-se que o real alcance do julgado seja esclarecido após a apreciação dos embargos de declaração opostos naqueles autos.

⁶ Art. 5º (...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

3.1 Aplicação do art. 20 da LINDB

A simples aplicação do princípio da segurança jurídica não é capaz de resolver questões práticas que derivam do julgado. Por isso, ao decidir com fundamento em valor abstrato, deveria considerar suas consequências, conforme exigência do art. 20 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), que dispõe: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

Não se exige que o julgado preveja todas as suas possíveis consequências. Porém, deve considerar os elementos trazidos nos autos, que permitam definir alguns aspectos práticos. A manifestação do TCU, especialmente, trouxe elementos que indicavam que, ao se decidir pela prescritibilidade do ressarcimento, deveriam ser feitas considerações sobre a necessidade de estabelecimento de prazo razoável para o desempenho da pretensão, considerando o tempo médio necessário para os processos nas Casas de Contas, sobre a normatização de hipóteses de suspensão e interrupção desse prazo, bem como a modulação dos efeitos do julgado, sob pena de causar a equivocada declaração de prescrição de processos já em curso envolvendo recursos bilionários.

Entende-se que a resolução dessa questão cabe ao Poder Legislativo, por meio da edição de lei que trate dos prazos no exercício do controle externo. Portanto, a conclusão do julgado que tratasse sobre a prescritibilidade do prazo para que os Tribunais de Contas constituíam título executivo extrajudicial deveria ser no sentido de indicar a necessidade de edição de lei que trate desses temas.

Essas questões também deveriam ser consideradas notadamente tendo em vista a possibilidade de superação do entendimento consignado no MS 26.210/DF. Mais uma vez, aplicável a LINDB, que prevê no seu art. 23 que decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Assim, observa-se que muitas questões ainda restaram em aberto na fundamentação do julgado e na tese firmada.

4. DOS TERMOS DA TESE FIRMADA

O julgado ora em análise culminou na tese: “É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”. Cumpre analisar especificamente os termos fixados.

4.1 Do termo “ressarcimento”⁷

O termo “ressarcimento”, utilizado na tese, pretende indicar que o objeto do precedente não foi a pretensão punitiva, mas sim a pretensão ressarcitória de danos causados ao erário.

O art. 37, §5º da Constituição Federal, o dispôr que: “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**” pode ser dividido em duas partes: a) a primeira se refere à aplicação de **penalidades** ao cometimento de ilícitos que causem prejuízo ao erário e; b) a segunda é relativa às ações de **ressarcimento** desses danos.

Quanto à primeira parte, a conduta referente à prática de ações ilícitas pode ter consequências de ordem civil, criminal ou administrativa, cujas sanções são previstas em diversos normativos, a depender do agente e da natureza do ilícito. Assim, podem ser aplicadas penalidades de **multa**, perda dos bens ou valores acrescidos indevidamente ao patrimônio, perda de função pública, além de outras sanções fixadas na Lei de Improbidade Administrativa, leis de licitações, estatutos de servidores e outros normativos específicos.

Trata-se, portanto, da função sancionatória, fundamentada no art. 71, inciso VIII, da Constituição Federal, segundo o qual compete aos Tribunais de Contas 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. Para o exercício dessa função, há possibilidade de lei ordinária fixar prazos prescricionais.

⁷ Tópico elaborado em coautoria com Leonardo José do Espírito Santo, assessor no Gabinete Conselheiro Pedro Lino no TCE/BA.

Gabriel Heller e Paulo Carmona⁸ defendem que as sanções a cargo do controle externo têm natureza jurídica financeiro-administrativa e constituem um ramo autônomo do direito punitivo que compartilha, com o direito penal e o direito administrativo sancionador, uma origem constitucional comum, orientada para a proteção e a promoção dos direitos fundamentais, nos seguintes termos:

Vislumbra-se, assim, dois objetivos básicos subjacentes à atuação da Corte de Contas: proteção do erário e promoção da boa administração pública. O erário e a boa administração afiguram-se, portanto, como os bens jurídicos tutelados pelo órgão de controle externo; para o resguardo desses bens jurídicos, além de atribuições fiscalizatórias e mandamentais, foi conferido ao Tribunal um poder sancionatório, previsto no art. 71, VIII, da CF. De acordo com o texto constitucional, incumbe à Corte “aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei”, inclusive “multa proporcional ao dano causado ao erário”. Enquanto sanções que são, por certo se enquadram no denominado “direito punitivo”; contudo, seja por sua configuração própria, seja pela especificidade do órgão aplicador, seja ainda pelo elemento teleológico que a caracteriza, a responsabilização-sanção no âmbito do Tribunal de Contas tem natureza jurídica ímpar, financeiro-administrativa.

Pelo exposto, há um eixo de índole constitucional que estabelece os parâmetros da responsabilização com base no poder punitivo-sancionador dos Tribunais de Contas, composto pelos seguintes artigos constitucionais: art. 34, inciso VII, alínea, art. 37, §5º, art. 71, inciso II e VIII, art. 165, art. 167, inciso I e II. Assim, as sanções de controle externo detêm categoria peculiar que integra o gênero “direito punitivo”.

Acerca do prazo prescricional aplicável para o exercício dessa função, o Tribunal de Contas da União tratou da questão por meio de incidente de uniformização de jurisprudência, julgado pelo Acórdão 1.441/2016 – Plenário, no qual decidiu que a prescrição da pretensão punitiva se subordina ao prazo geral de dez anos previsto no art. 205 do Código Civil⁹, contado a partir da data da ocorrência do fato e interrompido pelo ato que ordenar a citação, a audiência ou a oitiva da parte.

No entanto, algumas leis estaduais fixam o prazo de cinco anos para o exercício dessa pretensão, conforme se vê no quadro abaixo:

⁸ HELLER, Gabriel; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; *Reparação e sanção no controle de atos e contratos administrativos: as diferentes formas de responsabilização pelo Tribunal de Contas*; Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, v. 279, n. 1, p. 51-77, jan. /abr. 2020.

⁹ Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

Quadro 1 – Leis estaduais que preveem prazo de cinco anos para exercício da pretensão punitiva

Lei	Dispositivo
Lei nº 12.509/995 (Lei Orgânica do TCE/CE)	Art. 64-A A pretensão punitiva do Tribunal, no âmbito de processos de contas ou da fiscalização a cargo do Tribunal, prescreve em 5 (cinco) anos.
Lei nº 12.600/2004 (Lei Orgânica do TCE/PE)	Art. 73. O Tribunal de Contas, mediante deliberação de órgão colegiado, poderá aplicar multas, até o limite de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) independentemente da condenação ao ressarcimento dos prejuízos ou danos causados ao Erário e adotando, se necessário, outras providências legais cabíveis aos responsáveis (...) § 6º As multas de que trata este artigo somente poderão ser aplicadas no prazo máximo de 5 (cinco) anos contados a partir da autuação do respectivo processo no Tribunal de Contas.
Lei Complementar nº 464/2012 (Lei Orgânica do TCE/RN)	Art. 111. Prescreve em cinco anos a ação punitiva do Tribunal, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.
Lei Complementar nº 160/2012 (Lei Orgânica do TCE/MS)	Art. 62. A pretensão punitiva do Tribunal de Contas prescreve em cinco anos contados: I - da data em que deveria ser dado conhecimento ao Tribunal do ato sujeito ao seu controle; II - da data da celebração do ato, quando sua comunicação ao Tribunal não for obrigatória.
Lei Complementar nº 06/1994 (Lei Orgânica do TCE/RR)	Art. 61-A. A prescrição da pretensão para aplicação das medidas punitivas ocorrerá em cinco anos.

Nota: Quadro elaborado pela autora, com base nas informações contidas nas citadas leis.

No âmbito do Tribunal de Contas do Estado da Bahia, a Súmula 17 dispõe que: “(...) prescreve em cinco anos a pretensão punitiva quanto a multa sancionatória, iniciando-se sua contagem da ocorrência do fato gerador (...)”.

Então, com relação à aplicação de penalidades, coaduna-se com o entendimento dos autores Gabriel Heller e Paulo Carmona, que estas sanções a cargo do controle externo têm natureza jurídica financeiro-administrativa, se sujeitam a prazo prescricional. No entanto, conforme visto, tal prazo também carece de uniformização entre os diversos órgãos responsáveis pelo controle externo.

Desse modo, considerando-se que nos processos de controle externo, há uma divisão do gênero responsabilização em duas espécies: a responsabilização-sanção e a responsabilização-reparação, passa-se à análise desta última.

4.1.1 Natureza financeiro-constitucional do ressarcimento nos processos de controle externo¹⁰

Quanto ao exercício da função reparatória nos processos de controle, tem-se que todas as despesas públicas estão inseridas em programas orçamentários, os quais têm por núcleo central políticas públicas materializadas financeiramente na lei orçamentária anual. Assim, o processo de controle externo tem por objeto a tutela coletiva do orçamento.

O ressarcimento no âmbito dos processos de controle externo, portanto, seria voltado para a recomposição financeira da programação orçamentária, em caso de atuação desconforme do gestor público. Materializada esta recomposição, os valores recuperados devem retornar ao orçamento como créditos extraorçamentários. Tal espectro diferencia a atuação finalística dos Tribunais de Contas dos processos de simples reparação de danos por ilícito criminal, desvio funcional ou atos de improbidade, desenvolvidos por meio de processos administrativos ou judiciais.

Deste modo, conclui-se que o ressarcimento imposto pelos órgãos de controle externo, em caso de ilegalidade de despesa, visa a recompor a programação financeiro-orçamentária que constava do planejamento governamental e tinha por objetivo atender demandas coletivas (entrega de bens ou prestação de serviços público). Não se tem, na hipótese, uma mera reparação patrimonial, que ocorre, por exemplo, em caso de acidente de trânsito na condução de um veículo automotor pertencente à Administração Pública e cuja apuração e eventual sanção encontra-se fora do âmbito de competência das funções típicas dos Tribunais de Contas.

Na primeira situação, temos uma despesa pública executada em desacordo (ilegalidade) com as regras contábeis e financeiras, ou mesmos fora dos parâmetros de boa administração (eficiência, economicidade, efetividade e eficácia), e por isso incapaz de atender as metas, indicadores, objetivos e diretrizes definidos no planejamento orçamentário. Ainda é possível considerar que, a cada dia que os recursos para a execução de certo programa restam desfalcados, a lesão é renovada.

A pretensão ressarcitória consubstanciada nos processos de controle possui natureza constitucional financeiro-programática e culmina na constituição de título executivo, nos termos do art. 71, § 3º, da Constituição Federal. Sua índole de

¹⁰ Tópico em coautoria com Leonardo José do Espírito Santo, assessor no Gabinete Conselheiro Pedro Lino no TCE/BA.

imprescritibilidade se justifica posto que é necessária à implementação de direitos fundamentais. Não é demais ressaltar que o titular da pretensão ressarcitória não é a Procuradoria jurídica do ente nem o Tribunal de Contas, mas a própria coletividade.

4.2 Do termo “pretensão”

Cometido um ilícito lesivo ao erário, nasce para o Estado a pretensão, isto é, a possibilidade de exigir determinadas prestações do agente do ilícito, no caso, de reparar o prejuízo causado. Em verdade, essa pretensão representa um dever-poder irrenunciável do Estado.

Assim, pretensão é a “faculdade” que tem o titular de um direito subjetivo de exigir que outrem, positiva ou negativamente, satisfaça seu interesse legítimo. Está relacionada ao conceito de prescrição, que é justamente a perda do exercício à pretensão, em razão do decurso do tempo. O artigo 189 do Código Civil dispõe que, violado um direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue pela prescrição.

De modo diverso, a decadência representa a perda do próprio direito em razão do tempo e não apenas da possibilidade de exercê-lo. Não diz respeito à ação, mas ao direito por ela tutelado.

Desse modo, vê-se que a tese se referiu à possibilidade de exercício da **pretensão de ressarcimento** fundada em título originário dos Tribunais de Contas após certo período, **tratando da fase de execução**. A fase de formação do título não restou abrangida pelo precedente, muito menos a questão referente ao reconhecimento do **direito** ao ressarcimento em si, visto que ainda houvesse o exaurimento do prazo a constituição do título, seria possível o reconhecimento da existência do direito ao ressarcimento.

Por fim, a expressão “fundada em decisão de Tribunal de Contas” distingue, mesmo que não explicitamente, duas fases para verificação da prescrição: antes e após a formação do título executivo, o que será mais bem explicado no tópico a seguir.

4.3 Fase de formação e fase de execução do título executivo fundado em decisão dos Tribunais de Contas

O art. 71, § 3º da Constituição Federal dispõe que as decisões do Tribunal que resultem em imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo. As ações dos

Tribunais de Contas são vias para instrumentalização do ressarcimento do dano causado ao erário, assim como a judicial, visto que culminam na formação desse título executivo.

Por seu turno, se a competência para imputar o débito foi conferida às Casas de Contas, a legitimidade para executar e cobrar os valores foi conferida ao próprio ente público beneficiário, por meio de suas procuradorias¹¹. Desse modo, a separação explícita dessas fases no voto proferido pelo Relator seria importante, notadamente em razão de serem exercidas por agentes diversos.

Compreende-se que o precedente fixou o prazo de prescritibilidade de 5 anos para **a fase de execução do título formado pelo Tribunal de Contas**. Tal entendimento deriva do fato de que o Relator sugeriu a aplicação do art. 40 da Lei 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal)¹² combinado com o art. 174 do Código Tributário Nacional¹³, que apenas disciplinam a fase de execução do crédito. Assim, **o julgado não tratou do prazo para a constituição do título, fase anterior à execução**.

Questionasse se no julgado ou normativo que vier a tratar sobre essa fase, não seria mais adequado falar em prazo decadencial (ao revés de prescricional) para atuação do Tribunal de Contas e constituição do título executivo. Entendimento semelhante foi consignado no Tema 445 de Repercussão Geral¹⁴, quando o STF tratou da **decadência** para julgamento da legalidade de ato de aposentadoria, reforma ou pensão e fixou:

Em atenção aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, os Tribunais de Contas estão sujeitos ao prazo de 5 anos para o julgamento da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, a contar da chegada do processo à respectiva Corte de Contas.

Quanto aos prazos aplicáveis nessas diversas fases, no voto apresentado no julgamento do Tema 899, o Ministro Gilmar Mendes consignou que: “Primeiro, há prazo decadencial (prescricional punitivo, nos termos da lei) quinquenal entre a data da prestação de contas e o início da fase preliminar de tomada de contas especial”. E continuou: “Secundariamente, uma vez iniciada a tomada de contas pelo órgão de controle externo ou interno, (...) reinicia-se novo prazo decadencial (prescricional punitivo) até a decisão condenatória recorrível pelo Tribunal de Contas”. E por fim: “Terceiro, a contar da decisão

¹¹ RE 223037, Relator: Min. Maurício Corrêa, julgado em: 02/05/2002

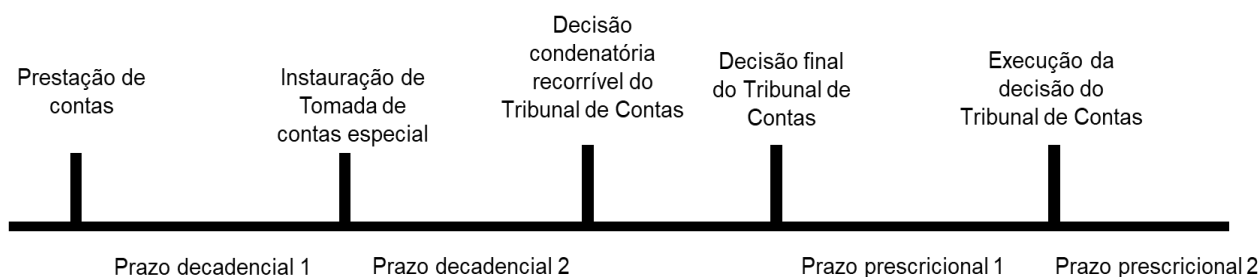
¹² Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

¹³ Art. 174. A ação para a cobrança do crédito **tributário** prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

¹⁴ RE 636.553/RS, Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em: 19/02/2020.

final de Tribunal de Contas, inicia-se prazo prescricional (próprio) para ajuizamento da correspondente ação de execução”.

A divisão das etapas propostas pelo Ministro pode ser visualizada da seguinte forma:



Assim, sustentou que há prazos quinquenais diferenciados a depender da fase fiscalizatória em que se encontre.

Não é demais ressaltar que, ainda que o precedente tratasse da fase de constituição do título e caso este prazo tivesse sido ultrapassado, **ainda restaria intacta a competência dos Tribunais de Contas para declarar a existência do dano**, visto que ações declaratórias são imprescritíveis. Assim, restam preservadas suas competências para reconhecimento do dano causado ao erário e à função científicadora, previstas nos incisos VI, VII, VIII e XI do artigo 71, da Constituição Federal¹⁵.

Portanto, caso não haja mais tempo hábil para imputação do débito, as Casas de Contas não podem se eximir da competência de concluir sobre a existência do dano, a fim de que sua *expertise* e suas decisões sirvam de subsídio para medidas judiciais cabíveis e para que o cidadão possa verificar se houve boa ou má gestão naquele caso. As conclusões e encaminhamentos da decisão é que serão diversas, a depender da natureza da decisão

¹⁵ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...)

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - 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;

(...)

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

proferida (se constitutiva ou declaratória), caso haja ocorrido a prescrição ou não para a constituição do título executivo.

5. INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, § 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E (IM)PRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

É a segunda parte do art. 37, § 5º que gera maior controvérsia sobre a possibilidade do legislador infraconstitucional fixar prazo prescricional para medidas administrativas e judiciais que visem ao ressarcimento de prejuízos causados ao erário. A incerteza deriva de argumentações no sentido de que o constituinte, quando quis consignar a imprescritibilidade, o fez expressamente e sem deixar margens para dúvidas, como nos casos da prática de racismo (art. 5º, inciso XLII)¹⁶ e da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, inciso XLIV)¹⁷.

Essa parte do art. 37, § 5º da Constituição Federal, por muitas vezes, já foi objeto de questionamento perante a doutrina, o Tribunal de Contas da União e o próprio Supremo Tribunal Federal. Inicialmente, analisando o posicionamento de alguns doutrinadores, Diógenes Gasparini¹⁸ expressou sua inclinação à tese de imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário:

A prescritibilidade é princípio geral do direito, aplicável também à Administração Pública. Por ela o titular do direito perde, em razão de sua inércia, o poder de exigir o direito. Assim, são comuns as situações em que a Administração Pública vê extinto o direito de punir seu servidor pela prática de ilícito administrativo, dado ter ocorrido a prescrição. De sorte que não há surpresa alguma, salvo na sua desnecessidade e na instituição da imprescritibilidade das ações de ressarcimento, na previsão do § 5º do art. 37 da Constituição Federal. Por esse dispositivo os ilícitos administrativos prescrevem nos prazos estabelecidos em lei, mas não prescreve o direito da Administração Pública direta, autárquica e fundacional pública ao ressarcimento do dano que seu agente, com dolo ou culpa, causou a terceiro, e a obrigou, nos termos do art. 37, § 6º, da Lei Maior, a ressarcir-lo. O mesmo regime aplica-se aos casos em que o dano é causado à própria Administração Pública direta, autárquica ou fundacional pública.

Por seu turno, Celso Antônio Bandeira de Mello, sempre um nome de destaque na doutrina administrativista, mudou de posição a respeito do tema, abandonando a defesa da tese da imprescritibilidade. É o que se vê:

Já não mais aderimos a tal desabrida inteligência. Convencemo-nos de sua erronia ao ouvir a exposição feita no Congresso Mineiro de Direito Administrativo, em maio de 2009, pelo jovem e brilhante professor Emerson Gabardo, o qual aportou um argumento, ao nosso ver irresponsável, em desfavor da imprescritibilidade, a saber:

¹⁶ XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

¹⁷ XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

¹⁸ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 201.

o de que com ela restaria consagrada a minimização ou eliminação prática do direito de defesa daquele a quem se houvesse increpado dano ao erário, pois ninguém guarda documentação que lhe seria necessária além de um prazo razoável, de regra não demasiadamente longo.

(...)

Não é crível que a Constituição possa abonar resultados tão radicalmente adversos aos princípios que adota no que concerne ao direito de defesa. Dessarte, se a isto se agrega que quando quis estabelecer a imprescritibilidade a Constituição o fez expressamente como no art. 5º, incs. LII e LXIV (crimes de racismo e ação armada contra a ordem constitucional) – e sempre em matéria penal que, bem por isto, não se eterniza, pois não ultrapassa uma vida –, ainda mais se robustece a tese adversa à imprescritibilidade. Eis, pois, que reformamos nosso anterior entendimento na matéria.

Por fim, Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁹ também consigna a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário:

São, contudo, imprescritíveis, as ações de ressarcimento por danos causados por agente público, seja ele servidor público ou não, conforme o estabelece o artigo 37, § 5º, da Constituição. Assim, ainda que para outros fins a ação de improbidade esteja prescrita, o mesmo não ocorrerá quanto ao ressarcimento de danos.

Alguns autores vêm defendendo ponto de vista oposto. É o caso de Celso Antônio Bandeira de Mello, que, na 28ª edição do seu Curso de direito administrativo (2011:1073), confessa ter mudado seu entendimento.

[...]

O argumento de prejuízo de direito de defesa parece frágil, quando se pensa que a norma constitucional quis proteger o patrimônio público. A previsão da imprescritibilidade constitui um alerta aos responsáveis de que estarão sujeitos a responder a qualquer tempo pelos prejuízos causados ao erário. O mínimo de prudência recomenda a preservação de provas que auxiliem o direito de defesa.

Pelos posicionamentos expostos, vê-se que a doutrina é divergente acerca do tema. No âmbito do Tribunal de Contas da União, inicialmente também houve dissenso sobre a questão da (im)prescritibilidade das ações de ressarcimento.

Para sanar controvérsias, no Recurso de Reconsideração interposto pelo Sr. Juvenal Pereira de Araújo, ex-Prefeito, contra o Acórdão nº 266/2003-2ª Câmara, que julgou suas contas irregulares, foi instaurado incidente de uniformização de jurisprudência.

No processo originário, houve posicionamentos divergentes do Ministro Marcos Bemquerer Costa, no sentido de que as providências necessárias para o ressarcimento ao patrimônio público são imprescritíveis, e do Ministro Benjamin Zymler, que manifestou seu entendimento pela prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, devendo ser aplicado o prazo de cinco anos, contados da data do conhecimento do fato.

No entanto, quando do julgamento do incidente de uniformização, o Relator, Ministro Benjamin Zymler, curvando-se ao entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal no

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 996-997.

Mandado de Segurança nº 26.210/DF, já citado nesse estudo, concluiu que: “Considerando que o STF (...) já se manifestou no sentido de que a parte final do § 5º do art. 37 da Carta Política determina a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, não me parece razoável adotar posição diversa na esfera administrativa”. Assim, a tese da imprescritibilidade restou consignada no Acórdão nº 2708/2008 – Plenário (julgado em 26/11/2008), do Tribunal de Contas da União.

Após o Acórdão, no ano de 2012, foi elaborado anteprojeto de súmula para deixar assente 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. O resultado foi o enunciado de súmula nº 282 do TCU, que versa: “As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis”. Tal entendimento pareceu guiar, dali em diante, a atuação uniforme do TCU e dos demais Tribunais de Contas pátrios.

Já no âmbito do Supremo Tribunal Federal, observa-se que julgados antecedentes, citados no início desse estudo, firmaram o caminho para a tese ora fixada, na medida em que delimitaram que a expressão constante do final do artigo 37, §5º. Assim, consignaram que as ações de ressarcimento ao erário seriam imprescritíveis se derivadas de ações judiciais de improbidade administrativa (Ação Civil Pública) e desde que constatada a conduta dolosa.

No entanto, da interpretação deste último julgado da Corte Suprema derivam diversas questões práticas, as quais se passa a expor.

5.1 Princípios constitucionais envolvidos na questão

Pela leitura da ementa do Acórdão, é possível identificar os princípios que prevaleceram para o entendimento firmado: “A regra da prescritibilidade no Direito brasileiro é exigência dos princípios da segurança jurídica e do devido processo legal, o qual, em seu sentido material, deve garantir (...) a impossibilidade de permanência infinita do poder persecutório do Estado”.

A observância do princípio do devido processo legal nos Tribunais Contas merece maiores considerações e será tratada em tópico específico desse estudo. As possíveis interpretações para o art. 37, § 5º da CF derivam de um conflito mais direto entre os

princípios da segurança jurídica (de um lado) e da supremacia e da indisponibilidade do interesse público (de outro), que serão analisados nesse momento.

Conforme bem evidenciado pelo Ministro Benjamin Zymler²⁰, o choque entre esses princípios “(...) assenta-se, em verdade, sobre o conflito entre um direito do indivíduo frente ao Estado e um direito da coletividade, representada pelo Estado, frente àquele mesmo indivíduo”. Busca-se, então, a ponderação entre eles.

Nos autos que discutiram o Tema 899 de repercussão geral, o Relator entendeu “(...) não ser legítimo o sacrifício de direitos fundamentais dos indivíduos, como forma de compensar a ineficiência da máquina pública”. No entanto, anteriormente o TCU havia apresentado manifestação na qual sustentou que não se tratava unicamente de ineficiência da máquina pública.

O TCU explicitou que o prazo médio entre o término da vigência do contrato ou do convênio e a data da apreciação pelo TCU é de 9 anos, 8 meses e 12 dias e que o tempo médio entre a autuação do processo e a apreciação da tomada de contas especial no TCU é de 2,75 anos. Assim, ressaltou que o próprio procedimento da Tomada de Contas Especial demanda mais tempo para o seu curso, visto que se desenvolve em fases interna e externa, dependendo de medidas administrativas voltadas a incrementar a atuação dos próprios órgãos repassadores dos recursos públicos, não sendo suficiente a aplicação analógica do prazo de cinco anos para a prescrição dessas ações.

Por outro lado, o Sindicato Nacional da Indústria da Construção Pesada (SINICON) sustentou que a inexistência de lapso temporal para declaração de prescrição dessas ações faz surgir, para o particular, a obrigação de guarda de documentação para além do prazo exigido pela própria legislação fiscal (de 5 anos), a fim de se resguardar caso, no futuro, seja exigida a comprovação de determinada despesa. Afirmou que “cria-se uma situação esdrúxula em que, quanto mais moroso e ineficiente for o Tribunal de Contas, maiores serão as chances de imputar um ressarcimento ao erário (...) de forma a dificultar ou mesmo inviabilizar o exercício da ampla defesa e do contraditório”.

Sobre os princípios envolvidos, importante observar a manifestação proferida pela Procuradoria Geral da República (PGR), que entendeu:

Na ponderação entre a segurança jurídica do indivíduo (que teria, depois do escoamento de prazo prescricional, de devolver o que não lhe pertence ao Estado) e a segurança jurídica da coletividade (de poder, a todo momento, recuperar o que lhe foi subtraído de maneira indevida pelo agente causador do dano), o Poder

²⁰ Conforme voto proferido no processo nº TC 005.378/2000-2 (Acórdão nº 2709/2008 – Plenário), do Tribunal de Contas da União.

Constituinte fez prevalecer a segunda. E sim, é o caso de reconhecer nas condenações dos Tribunais de Contas indício suficiente da má conduta daquele que recebe verbas ou bens públicos e não os aplica na finalidade prevista, ou se omite em demonstrar a aplicação correta

Assim é que a tese da imprescritibilidade privilegia o princípio da supremacia e da indisponibilidade do interesse público porque proporciona a possibilidade de se buscar, a qualquer tempo, a recomposição do patrimônio de todos – a coisa pública.

Conforme exposto, a PGR considerou que a ponderação entre os princípios já havia sido feita pela própria Constituição, havendo prevalecido a segurança jurídica da coletividade e a indisponibilidade dos recursos públicos. A manifestação mostra-se coerente quando se considera que a titularidade dos recursos públicos é do povo, não cabendo à Administração nem aos Tribunais de Contas deles dispor. Por isso, eventual dano causado aos cofres públicos não poderia se perpetuar.

A possibilidade de o princípio da indisponibilidade do interesse público prevalecer sobre a segurança jurídica do particular não deveria ser empecilho para a interpretação da norma. Tal entendimento advém da própria supremacia do interesse público, consignada no regime de direito administrativo, aplicado cotidianamente no âmbito de contratos públicos, por exemplo, nos quais a Administração se põe em evidente posição de superioridade.

5.2 Interpretação conforme o §4º do art. 37

Prosseguindo com a análise sobre a norma objeto da decisão, com a devida vênia, observa-se que os precedentes do STF decorreram de uma construção que não consta expressamente do texto constitucional. É que restou decidido que o § 5º do art. 37 deve ser analisado em conjunto com o § 4º.

Ao analisar, por completo, o artigo 37 da Constituição Federal, verifica-se que seus parágrafos apresentam especificações e formas de exercício dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, previstos no *caput*. O parágrafo primeiro traz normas quanto à publicidade dos atos administrativos. O segundo traz consequências para a inobservância do concurso público. O parágrafo terceiro versa sobre a disciplina de formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta. Em seguida, o parágrafo quarto dispõe sobre os atos de improbidade administrativa e versa que: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos,

a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Sem entrar na análise quanto à boa técnica ou não utilizada pelo legislador constituinte, o que se observa é que os parágrafos devem guardar consonância, mas não necessariamente derivam um do outro, tratando sobre assuntos diversos. O parágrafo sexto, por exemplo, trata da responsabilidade das prestadoras de serviços públicos pelos atos dos seus agentes e não necessariamente resulta do parágrafo quinto, ora em análise. Dessa forma, visto que no parágrafo quinto não há remissão ao parágrafo antecedente, a interpretação de que seu alcance deriva necessariamente das disposições do parágrafo quarto não é um entendimento livre de críticas.

O dano ao erário pode decorrer de situações que não sejam atos de improbidade administrativa. Porém, os atos praticados na gestão pública que acarretem prejuízos também não podem ser classificados como ilícitos civis, vez que derivam de um regime administrativo.

Registre-se que, em divergência ao Relator, no julgamento da Tese 899, o Ministro Edson Fachin votou no sentido de que o texto constitucional é expresso ao prever a ressalva da imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário. Consignou que o § 5º “não nomeia, elenca, particulariza e nem restringe a natureza dos ilícitos que geram danos e que, assim, podem ensejar o ressarcimento dos danos ao erário, bastando haver o dano”.

Ainda registrou que o disposto no art. 37, §5º, da Constituição Federal não deveria ser lido em conjunto com o disposto no antecedente art. 37, §4º, CF. Isso porque o disposto no art. 37, §5º é expresso ao se referir a “ilícitos” de forma geral, ampla, genérica, não restringindo a categoria “ilícito” a um único ou particular grupo de ilícitos, como aqueles decorrentes de atos de improbidade administrativa previstos no art. 37, §4º ou aqueles decorrentes de ilícitos penais.

Em que pese as manifestações em sentido contrário, o Tema 897 firmou entendimento de que são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa. No entanto, é necessário ressaltar que a tese não restringiu a imprescritibilidade apenas a essas ações.

5.3 Análise do ato de improbidade administrativa e devido processo legal na jurisdição de contas

Apesar de se referir à fase de execução do título, o precedente utilizou como razão de decidir o fato de que os Tribunais de Contas não teriam competência para julgar ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 17 da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), que prevê ação judicial própria, proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada. Porém, tal afirmação merece muitas ponderações.

A impossibilidade dos Tribunais de Contas julgarem atos de improbidade foi justificada em razão da ampla defesa mitigada que é exercida em seus processos. Então, cabe aqui parênteses sobre o exercício do devido processo legal no controle externo.

De fato, no procedimento realizado no âmbito das Casas de Contas não há previsão para alguns meios de prova típicos do processo judicial, tais como quebra de sigilo bancário e telefônico, bem como a realização de perícia particular ou oitiva de testemunhas, a menos que os resultados de tais procedimentos já sejam apresentados como provas documentais.

No entanto, foi a própria Constituição Federal que restringiu alguns desses meios de prova ao processo judicial, conforme se vê no seu art. 5º, inciso XII²¹, o que não pode levar à conclusão de que por isso os processos de controle externo não respeitam o devido processo legal. Pela leitura do art. 5º, inciso LV da CF/1988²², depreende-se que esse procedimento, apesar de suas tipicidades, também deve observar o contraditório e a ampla defesa.

A manifestação desses princípios pode variar de acordo com o direito material em questão. Tanto por isso que nos processos penais, por exemplo, são admitidos meios de prova que não cabem no processo civil. Ressalta que o procedimento nos Mandados de Segurança é restrito à apresentação de provas pré-constituídas e nem por isso não permite o contraditório e a ampla defesa.

²¹ Art. 5º (...)

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

²² Art. 5º (...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Pelo exposto, a afirmação de que o procedimento de controle externo, na forma como se desenvolve hoje, não observa o contraditório e ampla defesa denota desconhecimento sobre as atividades exercidas pelos Tribunais de Contas e sobre todo o arcabouço de princípios fundamentais, tais como confiabilidade, ética e independência, que orientam a atividade auditorial, previstos em normas com padrões internacionais, previstos nas Normas de Auditoria Governamental (NAGs), Normas Brasileiras de Auditoria do Setor Público (NBASPs) e Normas Internacionais das Entidades Fiscalizadoras Superiores (ISSAIs).

Decerto, ainda são necessários aprimoramentos no procedimento, o que já vem sendo proposto, entre outras vias, por meio da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 22/2017, sugerida pela Associação dos Membros de Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON) e que prevê a criação de uma lei nacional processual de contas. No entanto, o procedimento atual detém as garantias inerentes ao devido processo legal, existindo ainda o Ministério Público de Contas, que, ao atuar como *custus legis* tem as funções de tutelar e assinalar quaisquer máculas ao contraditório e à ampla defesa naqueles processos.

Superada essa questão, ainda que se entenda que os Tribunais de Contas não têm jurisdição para dizer definitivamente o direito acerca do ato de improbidade administrativa, isso não devem impedir o exercício pleno de suas funções, assegurando os meios para eficácia de suas decisões. Assim, a análise do precedente, que buscou compatibilizar o art. 37, § 5º com o princípio da segurança jurídica, no art. 5º, deve também ser conciliada com o art. 71 da Constituição Federal, que institui as competências das Casas de Contas.

O art. 71, inciso II, da Constituição Federal dispõe que compete ao Tribunal de Contas da União: julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.

Discute-se o sentido da expressão “julgar” contida na norma. No Brasil, é utilizado o sistema de jurisdição una, no qual o monopólio da função jurisdicional, ou seja, do poder de apreciar, com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos foi conferido ao Poder Judiciário. Restou afastado, assim, o “sistema de dualidade de jurisdição em que, paralelamente ao Poder Judiciário, existem órgãos do

Contencioso Administrativo que exercem, como aquele, função jurisdicional sobre lides de que a Administração Pública seja parte interessada”²³.

O sistema de jurisdição una ainda foi consagrado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, de acordo com o qual: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Assim, não há uma jurisdição administrativa, como no sistema francês.

Porém, diversos doutrinadores sustentam que as decisões dos Tribunais de Contas detêm algumas características de jurisdição. É o caso de Carlos Ayres Britto²⁴, para quem:

Algumas características da jurisdição, no entanto, permeiam os julgamentos a cargo dos Tribunais de Contas. Primeiramente, porque os TC's julgam sob critério exclusivamente objetivo ou da própria técnica jurídica (subsunção de fatos e pessoas à objetividade das normas constitucionais e legais). Segundamente, **porque o fazem com a força ou a irretratabilidade que é própria das decisões judiciais com trânsito em julgado**. Isto, quanto ao mérito das avaliações que as Cortes de Contas fazem incidir sobre a gestão financeira, orçamentária, patrimonial, contábil e operacional do Poder Público. (grifos nossos)

São também esclarecedoras as lições de José de Ribamar Caldas Furtado²⁵, para quem:

Os processos de contas que tramitam nos Tribunais de Contas obedecem aos trâmites e princípios da atividade jurisdicional – tais como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, com prazos para contestações, recursos, etc. – e são julgados sob critérios objetivos, com aplicação da técnica jurídica (...). Tais julgamentos são irretratáveis, definitivos, tanto no âmbito administrativo quanto no judiciário, salvo vício de procedimento ou manifesta ilegalidade, produzindo, portanto, coisa julgada.

Há, ainda quem defenda a existência, no Brasil, de uma jurisdição excepcional, prevista constitucionalmente, que é a “jurisdição de contas”²⁶. Assim, haveria uma jurisdição una, mas não exclusiva do Poder Judiciário, que, excepcionalmente é exercida pelos Tribunais de Contas e pelo Congresso Nacional, por exemplo.

O que é consenso é que cabe aos Tribunais de Contas zelar pela boa aplicação dos recursos públicos, visto que são os órgãos responsáveis pela guarda do erário. São esses órgãos que detêm a *expertise* para análise das questões referentes às contas públicas e a

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella.. *Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 816.

²⁴ BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/noticias/o-regime-constitucional-dos-tribunais-de-contas-ayres-britto/>. Acessado em 22 de maio de 2020.

²⁵ FURTADO, José Ribamar Caldas. Os regimes de contas públicas: contas de governo de contas de gesto. *Revista do Tribunal de Contas da União*, nº 109, maio-ago, 2007, p. 78-79.

²⁶ CASTRO NUNES. *Apud* JAPPUR, José. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/42556/41274>. Acessado em 22 de maio de 2020.

eles compete as conclusões definitivas acerca da regularidade de contas de administradores e responsáveis por dinheiros, bens e valores público, numa espécie de “coisa julgada”.

O Poder Judiciário, como última instância pode, eventualmente, declarar nulidade dessas decisões, em caso de inobservância do procedimento ou dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Porém, não pode substituir o entendimento proferido pelos Tribunais de Contas, imiscuindo-se no mérito, causando sobreposição entre as funções, conforme já restou decidido pelo próprio Supremo Tribunal Federal²⁷.

Segundo exemplifica Jacoby Fernandes²⁸, as poucas decisões judiciais que não prestigiaram a definitividade das decisões das Cortes de Contas incorreram em equívocos, dentre os quais: “b) não tiveram ciência da amplitude concedida à ampla defesa nessas Cortes e, portanto, buscaram impedir sua efetividade em face de alegação de cerceamento à defesa e ao contraditório”.

Assim, ainda que se entenda que os Tribunais de Contas não podem julgar ato de improbidade administrativa, a competência conferida para julgar contas e fiscalizar a aplicação de recursos naquela entidade federativa lhes permite concluir, de forma definitiva, acerca da ocorrência de dano ao erário, bem como sobre a existência de **indícios** de ato de improbidade naquela gestão, cabendo-lhes informá-las aos órgãos competentes para ajuizar a Ação Civil Pública que, sem dúvidas, será imprescritível.

5.4 Caracterização de dolo e culpa pelos Tribunais de Contas

Em que pese o art. 71, inciso II, fale em julgar “as contas”, o julgamento envolve a aferição da conduta do responsável por atos na gestão pública. A responsabilização imputada pelos Tribunais de Contas, mesmo nos casos de ocorrência de dano ao erário, não deve ser feita de maneira objetiva, salvo nos casos expressamente previstos em lei, não bastando a constatação de ocorrência da irregularidade, devendo haver avaliação quanto à subjetividade na conduta do autor.

No mesmo sentido, o Acórdão nº 1205/2019 – Plenário²⁹ do Tribunal de Contas da União consignou que:

²⁷ MS 23.550-1/DF, Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 04/04/2001.

²⁸ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 164.

²⁹ Acórdão nº 1205/2019 – Plenário. Relator: Min. Benjamin Zymler. Julgado em 03/06/2019

A responsabilização de agentes sujeitos à atuação controladora do Tribunal de Contas da União depende da efetiva participação (comissiva ou omissiva) desse agente na consumação de dada irregularidade e, também, da comprovação de que teria agido com culpa (dolo ou culpa em sentido estrito).

Em que pese a responsabilidade dos jurisdicionados seja de natureza subjetiva, é **desnecessária** a exigência de **conduta dolosa ou má-fé do** gestor para que este seja instado a ressarcir os prejuízos que tenha causado ao erário³⁰, bastando a identificação de simples culpa.

A caracterização de culpa, além dos casos em que se evidencia negligência, imprudência e imperícia, pode ser verificada nos casos de culpa *in vigilando*, referindo-se à responsabilidade daquele que detinha o dever de cuidar, de vigiar determinados procedimentos de responsabilidade direta de outrem e de culpa *in elegendo*, quando há responsabilidade ao indicar, nomear ou delegar determinados atos a outra pessoa.

Os atos de improbidade administrativa, por seu turno, traduzem uma ofensa ao princípio da moralidade, um desvio de conduta do agente público que se afaste dos padrões éticos e morais da sociedade, pretendendo obter vantagens materiais indevidas ou gerar prejuízos ao patrimônio público, mesmo que não obtenha sucesso em suas intenções.

Especificamente para os atos de improbidade administrativa que causem prejuízo ao erário, o artigo 5º da LIA dispõe que: Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, **dolosa ou culposa**, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano (grifos nossos). Assim, esses atos podem ocorrer na modalidade dolosa ou culposa.

A identificação do ato de improbidade administrativa culposos que cause dano ao erário não causaria maiores dificuldades para os Tribunais de Contas, visto que já fazem a aferição desse quesito para os demais atos (diversos da improbidade) que causem prejuízo aos cofres públicos.

A caracterização do dolo resta mais dificultosa, exigindo maior capacidade probatória. No entanto, há que se registrar que o Tribunal de Contas da União já conseguiu identificar a existência desse elemento volitivo em alguns casos, utilizando-se de provas emprestadas de processos judiciais³¹.

³⁰ Acórdão nº 9004/2018-1ª Câmara, Relator: Min. Bruno Dantas, Julgado em: 14/08/2018, Acórdão 635/2017-Plenário, Relator: Min. Aroldo Cedraz, Julgado em: 05/04/2017 e Acórdão nº 2781/2016-Plenário, Relator: Min. Benjamin Zymler, Julgado em: 01/11/2016.

³¹ Acórdão 2619/2019 – Plenário. Relator: Min. Benjamin Zymler, Julgado em: 30/10/2019.

Terminou por prevalecer no STF a interpretação de que o art. 17 da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa)³² restringe a ação destinada à apuração de atos de improbidade administrativa ao Poder Judiciário. Não obstante, a mesma lei também estabeleceu, no seu art. 15, que, feita a comunicação acerca do ato, deverá ser dado conhecimento ao Tribunal ou Conselho de Contas da existência de procedimento administrativo para apurar a prática de improbidade, permitindo-se ao órgão, inclusive, designar representante para acompanhar o procedimento. Pelo exposto, repisa-se a possibilidade e a importância de que os Tribunais de Contas se manifestem sobre a ocorrência de indícios de atos de improbidade nos processos de controle externo.

Retornando-se à análise do precedente do STF em exame, cumpre ainda ponderar que, mesmo no âmbito do Poder Judiciário, a aplicação da tese de repercussão geral será confusa. Isto porque a verificação de ocorrência de prescrição é questão preliminar. No entanto, ela não será declarada caso se trate de ato doloso de improbidade administrativa. Ocorre que, o enquadramento do ato como de improbidade e a verificação sobre a existência de dolo somente serão feitos na análise de mérito. Prevê-se, então, uma inversão do procedimento, com consequente prolongamento de ações que poderiam ser extintas preliminarmente.

Conforme ressaltado pelo TCU em sua manifestação nos autos, a mudança de entendimento causará intensa judicialização, em razão da propositura de Ação Civil Pública para apurar ato de improbidade administrativa ocorrido há mais de cinco anos. Isto posto, também será necessário que os Tribunais de Contas aumentem sua interação com o Ministério Público e as pessoas jurídicas que sofrerem dano, a fim de evitar que eventuais desvios de recursos restem consolidados.

³² Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

6. TERMO INICIAL E MARCOS INTERRUPTIVOS E SUSPENSIVOS DA PRESCRIÇÃO PARA CONSTITUIÇÃO DO TÍTULO EXECUTIVO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Caso eventualmente seja definida a tese da prescritibilidade para **constituição do título executivo pelos Tribunais de Contas**, faz-se necessário definir o prazo aplicável, a legislação que o fundamenta, seu termo inicial e os marcos interruptivos e suspensivos. No julgamento do Tema 666 de repercussão geral, o STF destacou que a competência para definir prazos prescricionais é do legislador infraconstitucional. Entende-se que a resolução da questão deveria se dar no âmbito do Poder Legislativo e não do Poder Judiciário, por meio da edição de lei cujos termos sejam propostos mediante escuta dos próprios Tribunais de Contas. Assim, o ideal era que houvesse uma legislação específica para definição desses aspectos nos processos de controle externo do país.

Podem ser verificadas, em alguns estados da Federação, iniciativas para definição desses prazos. A título exemplificativo, a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, em seu art. 125, inciso XII, estabelece que compete ao Tribunal de Contas do Estado julgar as prestações ou tomada de contas e registrar os atos de pessoal que a administração não puder anular em até cinco anos contados do término do exercício seguinte àquele em que estas lhe tiverem sido apresentadas. Há norma que instituiu prazo semelhante, na Lei Orgânica do Tribunal de Contas de Santa Catarina³³, porém, esta vem sendo objeto de questionamento quanto à sua constitucionalidade, por meio da ADI 5259. Diversas outras Leis Orgânicas de Tribunais de Contas fixam expressamente o prazo de cinco anos, porém apenas para exercício da pretensão punitiva³⁴.

Em que pese seja louvável a existência dessas normas, alerta-se para o risco de ter legislações estabelecendo prazos diversos para as demais Casas de Contas, causando insegurança jurídica. Por isso, repisa-se a necessidade de lei nacional especificamente voltada para o controle externo a tratar do tema ou ao menos orientação, em caráter nacional, para que as legislações estaduais uniformizem os prazos e marcos interruptivos e suspensivos. **Algumas normas já existentes podem indicar caminhos para a definição desses marcos em eventual legislação que venha a tratar do tema.**

³³ Art. 24-A É de 5 (cinco) anos o prazo para análise e julgamento de todos os processos administrativos relativos a administradores e demais responsáveis a que se refere o art. 1º desta Lei Complementar e a publicação de decisão definitiva por parte do Tribunal, observado o disposto no § 2º deste artigo.

³⁴ Lei Complementar nº 621/2012, do Estado do Espírito Santo; Lei Complementar nº 205/2011, do Estado de Sergipe; Lei nº 12.509/1995, do Estado do Ceará.

No voto apresentado, o Ministro Gilmar Mendes citou duas legislações que poderiam ser adotadas supletivamente, considerando serem aplicáveis os prazos quinquenais previstos, salvo em se tratando de fato que também se constitua crime. Mais uma vez, ressalta-se que estas não se aplicam perfeitamente aos processos de controle externo, visto que estes se diferenciam dos processos simplesmente administrativos. No entanto, é interessante a análise das citadas normas, constantes do quadro abaixo:

Quadro 2 – Conteúdo das normas citadas

Norma	Teor
Lei 9.873/1999 Estabelece prazo de prescrição para o exercício da ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, e dá outras providências.	Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor , contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado. (grifos nossos) (...) Art. 2º Interrompe-se a prescrição da ação punitiva: I – pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital; II - por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato; III - pela decisão condenatória recorrível. IV – por qualquer ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da administração pública federal.
Lei 8.429/1992 Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.	Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego. III - até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei. (grifos nossos)

Nota: Quadro elaborado pela autora, com base nas informações contidas nas citadas leis.

Em que pese as aludidas leis tratem de pretensão punitiva exercida no âmbito administrativo ou do poder de polícia, observa-se que coincide o **prazo de cinco anos** adotado em ambas. Isto também é observado em Leis Orgânicas e Regimentos Internos de Tribunais de Contas, conforme já citado anteriormente.

Quanto ao termo inicial, o Ministro Gilmar Mendes também pondera, como já explicitado, que os prazos quinquenais são diferenciados a depender da fase fiscalizatória. Desse modo, “a prestação de contas (...) inaugura o prazo decadencial (prescricional

punitivo) de apuração do ilícito que tenha causado prejuízo ao erário, o qual resta interrompido pela retificação das informações prestadas, reiniciando o cômputo do prazo por inteiro”. Ressaltou que não sendo prestadas as contas, sequer o prazo decadencial se inicia, por se tratar de descumprimento de obrigação constitucional. Nessa situação omissiva, apenas iniciará o cômputo decadencial com o início da tomada de contas especial pelo controle interno ou externo. “Finalizada a análise prévia pelo Poder Público, passa-se à tomada de contas pelo órgão de controle interno ou externo (...) sendo causa de interrupção do prazo decadencial (prescricional punitivo) até a decisão condenatória recorrível pelo Tribunal de Contas”.

Entende-se que tal divisão deveria ser adotada na legislação que trate dos processos de controle externo, que deverá prever que a contagem não terá início enquanto não prestadas as devidas contas, bem como fazer diferenciação para situações nas quais o dano não possa ser identificado mediante a prestação de contas. Há o exemplo da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Ceará, que estabelece no seu art. 64-A, caput e §§ 1º e 2º:

Art. 64-A A pretensão punitiva do Tribunal, no âmbito de processos de contas ou da fiscalização a cargo do Tribunal, prescreve em 5 (cinco) anos.

§ 1º O prazo previsto no caput é contado:

I - no caso de prestação de contas anual, do dia seguinte ao do encerramento do prazo para seu encaminhamento ao Tribunal;

II - nos demais casos, da data em que foi constatada a prática do ato.

§ 2º Interrompe-se a prescrição pela autuação do processo no Tribunal, assim como pelo seu julgamento.

A citada Lei 9.873/1999 ainda traz pontos interessantes, como a previsão de prescrição intercorrente no processo administrativo³⁵ e da aplicação do prazo prescricional previsto na legislação penal, caso o ato também se constitua como crime³⁶. Além desses, também poderiam ser utilizados como parâmetros as hipóteses de interrupção e suspensão da prescrição previstas na Lei, que dispõe que haverá interrupção: a) pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital; b) por qualquer ato inequívoco,

³⁵ Art. 1º (...)

§ 1º Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.

³⁶ Art. 1º (...)

§ 2º Quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal.

que importe apuração do fato; c) pela decisão condenatória recorrível; d) por qualquer ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da administração pública federal.

Esses prazos de interrupção já se mostram em consonância com a Súmula nº 17 do Tribunal de Contas do Estado da Bahia (TCE/BA), por exemplo, que estabelece que prescreve em cinco anos a pretensão punitiva **quanto a multa sancionatória**, iniciando-se sua contagem da ocorrência do fato gerador, **interrompendo-se** tal prazo pela prática de qualquer ato inequívoco que importe sua apuração, pela notificação válida do responsável ou pela decisão condenatória recorrível. Mas, ressalta-se que, não há orientação que trate do tempo de tramitação dos processos ou do prazo prescricional para o ressarcimento do dano no TCE/BA, haja vista que o entendimento consolidado vinha sendo pela imprescritibilidade.

Há ainda que lembrar que o próprio art. 202 do Código Civil estabelece que a interrupção do prazo prescricional somente poderá ocorrer uma vez, entendimento que vem sendo reiterado pela jurisprudência³⁷, o que ensejaria maiores discussões sobre a aplicação do dispositivo.

Por sua vez, a Lei de Improbidade Administrativa também trata, no seu art. 23, do prazo prescricional **sancionatório** acerca desses atos que ocorrerá: a) até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; b) dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego; c) até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades. Tais prazos também poderiam ser incorporados como parâmetros para a reparação do dano ao erário.

Conclui-se que o estabelecimento de prazo razoável para constituição de título executivo, pelos Tribunais de Contas, para ressarcimento ao erário deve ser compatível com o tempo necessário para que haja apreciação por meio das Casas de Controle, preservando-se, assim, a indisponibilidade dos recursos públicos. Considera-se que os devidos termos iniciais devem acontecer de acordo com a etapa de fiscalização e ser específico para o órgão que a desempenha, seja a entidade repassadora, o Tribunal de Contas ou as Procuradorias, considerando o tempo necessário para o desempenho dessas

³⁷ REsp 1522093/MS, Rel. Ministro Marco Aurélio Belizze, Terceira Turma, julgado em 17/11/2015.

funções. Deve ainda ser considerada a especificidade dos processos de tomadas de contas especiais, que se desenvolve em diversos órgãos.

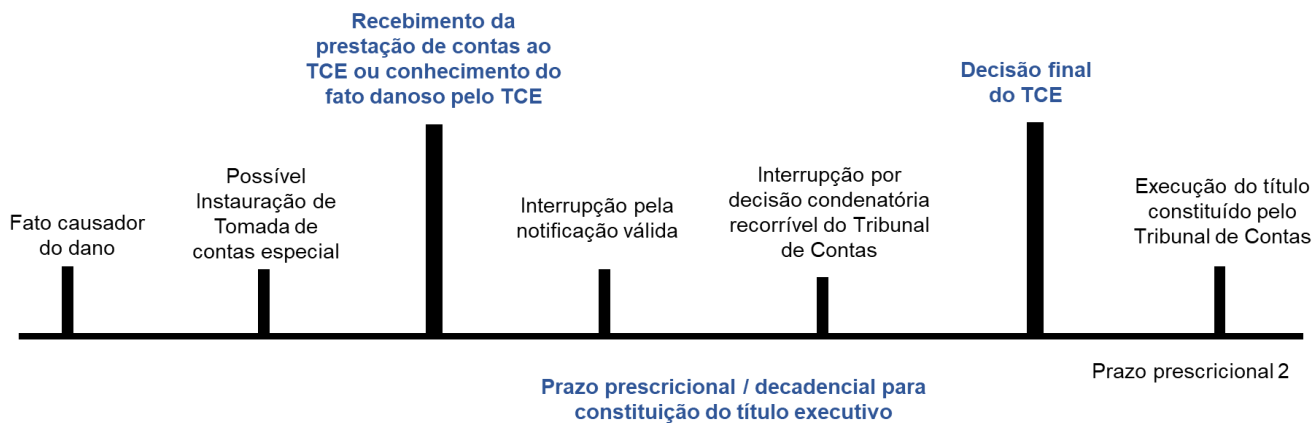
Constou do voto do Relator, no precedente ora examinado, orientação para que os Tribunais de Contas desenvolvessem maior celeridade na tramitação de seus processos. No entanto, como se vê, especialmente no caso das tomadas de contas especiais, considerando o tempo médio desde a ocorrência do débito, que envolve todo o período decorrido desde a detecção da irregularidade e a tramitação da TCE no órgão de origem, na grande maioria dos casos a apreciação pelo TCU se faz passados mais de cinco anos. Isso revela que boa parte do desafio para a tramitação e atuação tempestiva das tomadas de contas especiais dependerá também da atuação dos próprios órgãos repassadores de recursos públicos.

Desse modo, termo inicial do prazo para constituição do título executivo deve coincidir com a data de conhecimento do ato pelo controlador externo, que pode ocorrer por meio da chegada da prestação de contas, em muitos casos. Não seria razoável estabelecer que o início desse prazo ocorresse a partir da data do fato causador do dano, sob pena de submetê-lo à atuação de agentes diversos do Tribunal de Contas.

Em consonância com as normas aqui expostas, também seria preciso prever hipóteses de interrupção do prazo, que podem ocorrer com a notificação válida do responsável e a decisão condenatória recorrível, proferida pelo Tribunal de Contas. A exemplo do que estabelece o art. 113 da Lei Complementar nº 464/2012, do Estado do Rio Grande do Norte (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Rio Grande do Norte)³⁸, ainda podem ser previstas hipóteses de suspensão desse prazo, em casos de cumprimento de diligência, sobrestamento do processo e ao firmar instrumentos consensuais. Para a fase de execução do título, trata-se de prazo diverso, fora do âmbito de atuação dos Tribunais de Contas.

Em suma, entende-se como mais adequado o modelo abaixo:

³⁸ Art. 113. Suspende a prescrição o período de cumprimento da diligência, o sobrestamento do processo, nos termos do inciso III do art. 36, e do Termo de Ajustamento de Gestão.



Repisa-se que, até que sobrevenha o aludido normativo, devem ser observadas as legislações das respectivas esferas federativas acerca do tema, mantendo-se ainda o entendimento pela imprescritibilidade do prazo para constituição do título executivo.

7. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DO JULGADO – ORIENTAÇÕES PARA ATUAÇÃO DO TCE/BA

Por meio de embargos de declaração, espera-se que seja sanada omissão quanto à modulação dos efeitos do julgado.

O TCU sustentou nos autos, em síntese, que a aplicação retroativa do novo entendimento do STF vulneraria a necessária racionalidade e estabilidade do sistema jurídico e “(...) colocaria em jogo milhares de processos julgados pelo Tribunal de Contas da União, que por seguidos anos se pautou em clara orientação da Corte Constitucional Brasileira, jogando-se no lixo milhares de acórdãos condenatórios constituídos em favor da União”. Ainda ressaltou os custos do controle em cada um desses processos e os custos despendidos em ações de execução em curso, que seriam perdidos com a aplicação retroativa da nova jurisprudência. Concluiu que é necessária a modulação dos efeitos do julgado no sentido de sua **não aplicação aos fatos ilícitos praticados anteriormente à publicação do acórdão**.

A AGU sustentou que deveriam ser atribuídos efeitos prospectivos ao julgado, tendo em vista tratar-se de alteração de jurisprudência consolidada há mais de uma década. Pugnou para que o entendimento somente atinja os fatos ilícitos ocorridos após a publicação do acórdão relativo ao presente julgamento, não alcançando, dessa forma, as tomadas de contas especiais já instauradas, muito menos os títulos executivos constituídos pelos tribunais de contas, em decisões administrativas definitivas.

Dessa forma, faz-se necessária a modulação para evitar que a nova tese seja aplicada aos fatos ilícitos praticados antes da publicação do acórdão, bem como a processos que já tenham sido encerrados no âmbito dos Tribunais de Contas. O pedido tem consonância com o art. 23 da LINDB, segundo o qual: a decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Enquanto resta pendente essa questão, as Casas de Contas já se deparam com pedidos de aplicação do precedente. No Tribunal de Contas da União, observa-se certa unidade nos julgados no sentido de que o RE 636.886 apenas tratou da prescrição referente

à fase de execução do título já formado, mantendo-se o entendimento pela imprescritibilidade na fase de formação do título ao menos até que o STF esclareça a questão. É o que se vê nos julgados a seguir:

Quadro 3 – Acórdãos do TCU que citam o RE 636.886/AL

Acórdão	Síntese do voto do Relator
Acórdão 5236/2020 – Primeira Câmara Relator: Min. Benjamin Zymler Julgado em: 05/05/2020	12. Enfatizo que estou aplicando a jurisprudência atual desta Corte de Contas sobre a matéria, consolidada na Súmula 282, para a prescrição do débito apurado e, no que tange à eventual aplicação de sanções, no incidente de uniformização de jurisprudência apreciado pelo Acórdão 1.441/2016-Plenário, que adotou o prazo geral de prescrição indicado no art. 205 do Código Civil. Não desconheço que recentemente o Supremo Tribunal Federal, no âmbito do RE 636886/AL, fixou o seguinte enunciado para o Tema 899: <i>"É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas"</i>. Não obstante essa respeitável decisão, ainda pairam diversas dúvidas sobre a matéria, pois é possível a conclusão de que a deliberação não tratou da prescrição do processo de controle externo levado a cabo perante o Tribunal de Contas da União, mas sim da prescrição intercorrente ocorrida durante a fase de execução do acórdão condenatório do Tribunal. (...) 15. Com base nessa possível interpretação, a matéria decidida no aludido feito não teria nenhuma repercussão de ordem prática e jurídica na presente tomada de contas especial, cujo título executivo extrajudicial ainda não se formou. Caso a AGU, na execução de eventual decisão condenatória proferida neste feito, deixe de adotar as medidas pertinentes dentro do prazo de cinco anos, aí sim haverá a aplicação da tese emanada no RE 636886, com o reconhecimento da prescrição intercorrente da ação de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas (a ação de execução fiscal), pela hipotética inação da Fazenda Pública. 16. Ainda que se interprete que a decisão do STF seja também aplicável à tramitação do processo de controle externo no âmbito do TCU, exsurtem outras diversas questões fundamentais para que esta Corte de Contas estabeleça novo tratamento acerca da prescrição do débito e da pretensão punitiva, em particular qual seria o dies a quo (data de ocorrência do fato irregular ou data do seu conhecimento pelo TCU) e as hipóteses de interrupção da prescrição. 17. Diante de todas as dúvidas ainda existentes sobre a decisão do STF no âmbito do RE 636886, opto por aplicar ao caso em exame a jurisprudência do TCU então existente, que se fundamenta no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, no que tange ao ressarcimento do prejuízo, e no art. 205 da Lei 10.406/2002 (Código Civil), no que se refere à pretensão punitiva.
Acórdão 6589/2020 – Segunda Câmara Relator: Min. Raimundo Carreiro Julgado em: 16/06/2020	58. Claramente, o Recurso Extraordinário sob enfoque tratou de prescrição que ocorreu na fase de execução judicial do acórdão condenatório desta Corte de Contas, e não da prescrição da pretensão de ressarcimento associada a processo de controle externo. Nesses termos, compreendo que a tese assentada no RE 636.886 não é aplicável ao caso ora em análise, em que ainda poderá se formar título executivo extrajudicial, a depender da confirmação do julgamento de mérito a ser proferida em Acórdão que analisa recursos de reconsideração. (...)

	60. Destarte, sem a pretensão de fixar uma tese a ser defendida por esta Corte de Contas, caso venha a rever o seu entendimento jurisprudencial sobre do tema, afasto a preliminar de prescrição da pretensão ressarcitória perante esta Corte de Contas, uma vez que a tese que ora prevalece é a de que as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis. Nesse cenário, não é cabível recorrer a argumentos de prescrição do débito.
Acórdão 2018/2020 – Plenário Relator: Min. Ana Arraes Julgado em: 05/08/2020	15. Diferentemente do defendido pelos alegantes, não é possível considerar prescritos débitos em apuração no Tribunal como decorrência do posicionamento do Supremo. A tese foi firmada ao se examinar, essencialmente, execução de título resultante das decisões do TCU, e não propriamente o processo de controle externo conduzido pelo Tribunal.
Acórdão 8023/2020 – Segunda Câmara Relator: Min. Aroldo Cedraz Julgado em: 28/07/2020	10. Não é do desconhecimento deste Tribunal que, na sessão virtual encerrada no dia 17/04/2020, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Recurso Extraordinário 636.886, decidiu, em repercussão geral, com 7 votos favoráveis e 3 votos com ressalvas, fixar a tese de que "É prescritível a pretensão de ressarcimento ao Erário fundada em decisão do Tribunal de Contas". Entretanto, a questão ainda está em análise interna pelo TCU, com vista à apresentação de recurso ao STF, prevalecendo, neste momento, a jurisprudência reinante, de modo que, neste momento, não há que se falar em prescrição do débito no prazo de 5 anos, como alega a recorrente. (...) 12. Adicionalmente, é bom registrar que, nos termos do ainda vigente Acórdão 1.441/2016-Plenário (Relator Ministro Benjamin Zymler), que pacificou o entendimento deste Tribunal sobre esta matéria, a pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União subordina-se ao prazo geral de prescrição indicado no art. 205 do Código Civil (dez anos) e sua contagem inicia-se a partir da data de ocorrência da irregularidade apurada (dez/2008, neste caso) e é interrompida pelo ato que ordenar a citação , a audiência ou oitiva da parte (4/7/2016, neste caso - peça 7), de modo que não há que se falar em prescrição no presente caso, porque o prazo prescricional foi interrompido antes de completar dez anos.

Nota: Quadro elaborado pela autora, com base nas informações contidas na seção de jurisprudência do site do Tribunal de Contas da União, até a data de 22/08/2020.

Avançando ainda mais na questão, há o Acórdão 7687/2020 – Primeira Câmara³⁹, relatado pelo Ministro Walton Alencar. Naqueles autos, o Relator considerou haver, nas condutas analisadas, dolo eventual, pois os responsáveis sabiam da possibilidade de suas ações e/ou omissões resultarem em prejuízo aos cofres públicos e ao público-alvo da política pública, e comportaram-se de forma indevida, pagando por serviços não executados e com indícios de atuação fraudulenta da Fundação conveniente. Por tais razões, concluiu que o caso **tratava de ação de ressarcimento ao erário imprescritível, vez que continha os requisitos fixados pelo STF no RE 636.886**: ato passível de ser caracterizado como de improbidade administrativa e presença de “dolo” na conduta do responsável.

³⁹ Acórdão 7687/2020 – Primeira Câmara. Relator: Min. Walton Alencar, julgado em: 14/07/2020.

Pelo exposto, entende-se que, em consonância com os julgados firmados pelo TCU, é prudente que os demais Tribunais de Contas pátrios apliquem seus entendimentos reiterados no sentido da imprescritibilidade das ações das Casas de Contas para firmar título executivo destinado ao ressarcimento ao erário, ao menos até pronunciamento do Supremo Tribunal Federal que esclareça o real alcance do seu julgado, preservando assim a indisponibilidade dos recursos públicos.

8. CONCLUSÃO

Nesse estudo, buscou-se além de entender os contornos do precedente firmado, sugerir possíveis orientações para atuação do Tribunal de Contas do Estado da Bahia, visto seus os processos continuarão tramitando até que haja apreciação dos embargos de declaração opostos.

Por todo o exposto, é possível concluir que:

- a) O entendimento fixado no tema 899 de repercussão geral derivou de precedentes que já vinham analisando a tese da imprescritibilidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal;
- b) A fundamentação do voto do Relator trouxe temas que não foram objeto de amplo debate nos autos;
- c) A competência para julgar atos que resultem prejuízo ao erário foi conferida pela Constituição Federal aos Tribunais de Contas, devendo ser resguardados os meios para eficácia de suas decisões;
- d) A interpretação do precedente deve ocorrer de modo a preservar as competências conferidas aos Tribunais de Contas pelo art. 71 da Constituição Federal;
- e) A responsabilização nos processos de controle tem natureza própria, de índole financeiro-constitucional, orientada para proteção e promoção de direitos fundamentais, razão pela qual lhe foi conferido o caráter da imprescritibilidade;
- f) Os Tribunais de Contas têm competência para analisar a conduta do gestor e verificar se houve indícios de ato de improbidade administrativa;
- g) O precedente não diferenciou expressamente a fase de formação do título executivo pelos Tribunais de Contas e a fase de execução desse título, o que merece reparos;
- h) Entende-se que o precedente reconheceu que o prazo para exercício da pretensão de execução desse título em cinco anos, aplicando o art. 40 da Lei 6.830/80;
- i) Entende-se que o precedente não tratou do prazo prescricional para formação do título executivo pelos Tribunais de Contas;
- j) Ainda que seja ultrapassado eventual prazo para que os Tribunais de Contas formem o título executivo, permanece a possibilidade de declararem o dano e encaminharem suas conclusões aos demais órgãos competentes;

k) Entende-se que, enquanto não houver pronunciamento definitivo do STF que esclareça os pontos omissos e obscuros do julgado, os Tribunais de Contas devem aplicar o entendimento de que é imprescritível a ação para formação do título executivo destinado ao ressarcimento ao erário, nos moldes como vem julgando o TCU;

l) Caso seja superada a tese da imprescritibilidade do prazo para constituição do título executivo, faz-se necessária a edição de legislação que tratasse especificamente da prescrição de pretensões em processos de controle externo em todo o país, considerando como termo inicial com a ciência do fato pelo órgão de controle, estabelecendo ainda hipóteses de suspensão e interrupção do prazo;

m) É necessária modulação dos efeitos do julgado, que não deve atingir atos que causem dano ao erário ocorridos antes da publicação do acórdão e nem processos que já tenham sido encerrados no âmbito das Casas de Contas;

n) O precedente poderá provocar aumento da atividade do Poder Judiciário por meio de Ações Cíveis Públicas de improbidade administrativa;

o) Os Tribunais de Contas deverão ter maior aproximação com o Ministério Público e órgãos que sofreram dano, a fim de que estes promovam as respectivas ações para ressarcimento ao erário;

p) Os Tribunais de Contas deverão ter maior aproximação com as Procuradorias dos entes públicos, a fim de que estas promovam as respectivas ações de execução dos títulos formados pelas Casas de Contas em tempo hábil.

É o estudo, que se submete à apreciação superior.

Mariana Santos Coutinho da Silva

Assessora do Gabinete da Conselheira Carolina Costa no TCE/BA

REFERÊNCIAS

BAHIA. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA. *Súmula nº 17*. Bahia: Tribunal de Contas do Estado da Bahia, 2014. Disponível em: <https://www.tce.ba.gov.br/legislacao-tce/sumulas>. Acesso em: 22 maio 2020.

BRASIL. Código de Tributário Nacional. *Lei nº 5. 172, de 25 de outubro de 1966*. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/CodTributNaci/ctn.htm>. Acesso em: 22 maio 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 22 maio 2020.

BRASIL. *Decreto 20.910, de 06 de janeiro de 1932*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D20910.htm. Acesso em: 22 maio 2020.

BRASIL. *Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm. Acesso em: 22 maio 2020.

BRASIL. *Lei 8.429, de 02 de junho 1992*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 22 maio de 2020.

BRASIL. *Lei 9.873, de 23 de novembro de 1999*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9873.htm#:~:text=LEI%20No%209.873%2C%20DE%2023%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201999.&text=Estabelece%20prazo%20de%20prescri%C3%A7%C3%A3o%20para,indireta%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A7%C3%A3es. Acesso em: 22 ago. 2020.

BRITTO, Carlos Ayres. *O regime constitucional dos Tribunais de Contas*. 2018. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/noticias/o-regime-constitucional-dos-tribunais-de-contas-ayres-britto/>. Acesso em: 22 maio 2020.

CAMPOS, Fernando Teófilo. Sistema de precedentes: Conceitos fundamentais para evitar confusões na sua aplicação. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5336, 9 fev. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62254>. Acesso em: 2 jun. 2020.

CASTRO, Nunes. Teoria e Prática do P. 1943. In: JAPPUR, José. Jurisdição do Tribunal de Contas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 129, p. 362, jan. 1977. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42556>. Acesso em: 22 ago. 2020.

CEARÁ. *Lei 12.509, de 06 de dezembro de 1995*. Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. 1995. Disponível em: <https://www.tce.ce.gov.br/institucional/2012-09-06-14-01-12/send/49-lei-organica-completa/3894-lei-organica-do-tribunal-de-contas-do-estado-do-ceara>

ceara-com-as-alteracoes-introduzidas-pela-lei-n-17-209-de-15-05-2020-d-o-e-15-05-2020. Acesso em: 19 ago. 2020.

BEMQUERER, Marcos; MOURA, Elke; VIANA, Ismar. Contas Públicas São de Nossa Conta. *Live Campanha “Contas Públicas são da nossa conta” – Pandemia e tribunais de contas: prescrição (RE 636.886 – STF) e responsabilização (MP 966/2020)*. 21 maio 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Ta3QSGrr9Qg&t=2224s>. Acesso em: 06 jun. 2020.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 14. ed. v. 1, Salvador: Juspodivm, 2012.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ESA. ESCOLA SUPERIOR DE ADVOCACIA OAB/RJ. *Ressarcimento baseado em decisão do TCU*. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=KtdCQQR3YeQ&t=1736s>. Acesso em: 20 ago. 2020.

ESPÍRITO SANTO. *Lei Complementar nº 621, de 08 de março de 2012*. Assembleia Legislativa do Espírito Santo. 2012. Disponível em: <http://www3.al.es.gov.br/Arquivo/Documents/legislacao/html/LEC6212012.html>. Acesso em: 19 ago. 2020.

FURTADO, José Ribamar Caldas. Os regimes de contas públicas: contas de governo de contas de gesto. *Revista do Tribunal de Contas da União*, nº 109, maio-ago, 2007.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JAPPUR, José. Jurisdição do Tribunal de Contas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 129, p. 362, jan. 1977. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42556>. Acesso em: 22 ago. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. *Revista de Processo*, v. 172, jun. 2009.

MELLO. Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

RIO DE JANEIRO. *Constituição do Estado do Rio de Janeiro*. Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ. 1989. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/constest.nsf/PageConsEst?OpenPage>. Acesso em: 19 ago. 2020.

RIO GRANDE DO NORTE. *Lei Complementar nº 464, de 05 de janeiro de 2012*. Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte. 2012. Disponível em: <http://www.tce.rn.gov.br/Institucional/LeiOrganica>. Acesso em: 19 ago. 2020.

SANTA CATARINA. *Lei Complementar nº 202, de 15 de dezembro de 2000*. Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina. 2000. Disponível em: http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2000/202_2000_lei_complementar.html. Acesso em: 19 ago. 2020.

SENADO FEDERAL. *Proposta de Emenda à Constituição nº 22, de 2017*. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129565>. Acesso em: 18 ago. 2020.

SERGIPE. *Lei Complementar nº 205, de 06 de julho de 2011*. Assembleia Legislativa do Estado de Sergipe. 2011. Disponível em: http://www.tce.se.gov.br/Docs%20Institucional/Lei_organica.pdf. Acesso em: 19 ago. 2020.

STF. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Regimento interno*. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2020c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020.

**DA PRESCRIÇÃO NO PROCESSO DE CONTROLE EXTERNO
(PARECER)**

Interessado: Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil – ATRICON.

Assunto: prescritibilidade das pretensões punitiva, de ressarcimento ao erário e de registro de atos de pessoal, veiculadas nos processos de controle externo, de competência dos Tribunais de Contas brasileiros.

Ementa: Prescrição. Pretensão punitiva. Pretensão ressarcitória. Atos sujeitos a registro. Controle externo. Irregularidades. Prazo. Termo inicial. Marcos interruptivos. Causas de suspensão. Art. 35, § 7.º, art. 70, *caput* e parágrafo único, e art. 71, todos da Constituição Federal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Nota: Elaborado sob a supervisão do Conselheiro Edilson de Sousa Silva. Membro do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia.

Porto Velho, 2020.

SUMÁRIO

1. Prescrição e controle externo: aspectos introdutórios	03
2. Da independência da função de controle externo e da feição processual de seus procedimentos	09
3. Das peculiaridades do processo de controle externo	20
4. Prescrição, decadência e perpetuidade das tutelas de controle externo	32
5. Da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal concernente à imprescritibilidade das pretensões de ressarcimento ao erário público	43
6. Da prescritibilidade das pretensões ressarcitórias veiculadas nos processos de controle externo	53
7. Comparação entre os regimes de responsabilidade por improbidade administrativa e por irregularidade de atos e despesas públicas	64
8. Do impacto da nova tese da imprescritibilidade limitada nos processos de controle externo e da adequação da jurisprudência das Cortes de Contas	80
9. Da prescritibilidade do registro de atos de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão	96
10. Considerações finais: para um regime prescricional uniforme no controle externo	112
11. Conclusões	133
Referências	135

1. Prescrição e controle externo: aspectos introdutórios

A prescrição é instituto jurídico que traduz os efeitos do tempo incidentes sobre as relações jurídicas. Espécie de ato-fato jurídico – fato jurídico em que a conduta humana, em si considerada (independentemente da vontade do agente) constitui causa eficiente de sua emergência –, a prescrição, tal como a decadência, atende ao propósito de conferir certeza e estabilidade às relações jurídicas, evitando que poderes jurídicos não exercitados em determinado período venham a alterar a esfera de direitos dos sujeitos vinculados.¹

A doutrina jurídica contemporânea compreende o instituto da prescrição como instrumento de “deseficacização”, na medida em que, deixando incólume o direito subjetivo, afirmado por quem exige uma prestação de outrem, atinge sua própria exigibilidade, ou seja, sua “pretensão”, assim como atinge, indiretamente, sua impositividade – é dizer, a “ação” de demandá-lo em juízo. Afetando, pois, o conteúdo eficaz do direito referido, encobrindo-o ou neutralizando-o, a prescrição detém suporte fático em dois elementos: o transcurso do tempo, e a inércia do titular do direito exigível.²

Sua devida caracterização, todavia, é objeto de intensa e antiga controvérsia, no campo doutrinário, sujeitando-se não raro à força dos casuísmos, e ao relevo operatório que definições assumem em uma teoria aplicada, como é a dogmática jurídica, a serviço da práxis interpretativa e decisória do direito, em detrimento de maiores precisões conceituais. Essa dificuldade alcança a própria posituação, quer legislativa, quer jurisdicional, relançando o desafio do seu adequado delineio, em face de novas normas postas e seus limites semânticos, em tensão com referido propósito de pacificação social, por sua vez marcadamente político e à mercê da discricionariedade democrática.

Enquanto mecanismo de estabilização das relações jurídicas, portanto, fundado no transcurso do tempo, o instituto da prescrição é voltado à concretização de princípios constitucionais, como os da segurança jurídica, da proteção à confiança, e da razoável duração do

¹ Cf. AMORIM FILHO, A. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. **Revista de Direito Processual Civil**. São Paulo, v. 3º, p. 95-132, jan./jun. 1961. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/20150312232027.pdf>. Acesso em: 06ago2020; MELLO, M. B. **Teoria do fato jurídico**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1988; DIDIER JR, F. **O direito de ação como complexo de situações jurídicas**. Disponível: <http://www.frediedidier.com.br/artigos/o-direito-de-acao-como-complexo-de-situacoes-juridicas%C2%B9/>. Acesso em: 06ago2020.

² MELLO, M. B. **Teoria do fato jurídico**. *op. cit.*, pp. 88 e 140.

processo (dentre outros), consistindo em matéria de ordem pública, em norma-regra de natureza cogente, a depender de previsão legal.³

A par disso, vale considerar que a Constituição da República Federativa do Brasil preceitua, explicitamente, hipóteses de não incidência do instituto, dentre as quais se incluem (as pretensões de punir) os ilícitos penais de racismo e de ação de grupos armados contra o Estado democrático (art. 5.º, XLII e XLIV), bem como outros direitos, quer da sociedade como um todo ou de frações dela, quer do ente estatal, que são reputados perpetuamente exigíveis ou incaducáveis pelo ordenamento jurídico, *e.g.* a imprescritibilidade (das pretensões) dos direitos sobre as terras indígenas (art. 231, § 4.º) e a impossibilidade de usucapião⁴ de imóveis públicos (art. 183, § 3.º e art. 191, p. ún.). Semelhantemente, o art. 37, § 5.º da Carta Política dispõe que “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”.

O preceito constitucional, como se vê, define em sua primeira parte um princípio institutivo, que tem aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, atribuindo à lei a missão de lhe desenvolver a plenitude eficaz.⁵ Outra é a circunstância quanto à segunda parte do dispositivo constitucional – “ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento” –, que especifica regra excepcional para excluir da incidência de prescrição (a ser instituída por lei), as ações de ressarcimento ao erário, havendo que se ler aqui as pretensões e ações de ressarcimento.⁶

Há, por isso, quanto ao instituto da prescrição, uma dimensão principiológica, implicitamente contida na primeira parte do § 5.º do artigo em comento, e que se vislumbra, a

³ Cf. ACIOLI, O. A. M. **Efeitos jurídicos do transcurso do tempo**: as controvertidas naturezas jurídicas da prescrição e da decadência à luz dos sistemas do código civil e do código de defesa do consumidor. São Paulo: Baraúna, 2012, p. 31.

⁴ Não por acaso, o instituto da usucapião é também compreendido – um tanto inapropriadamente – como “prescrição aquisitiva”, entendendo-se como a aquisição de um direito real pelo decurso do tempo, que pressupõe a correspondente inação do anterior titular em contestar a intenção de domínio do novo possuidor. Há, portanto, no fenômeno em comento, dupla e paralela criação e extinção de direitos (sem transmissão), mediada pelos requisitos que são também os requisitos básicos da prescrição. Cf. SALLES, J. C. M. **Usucapião de bens imóveis e móveis**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 47-48; DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro, v. 4**: direito das coisas. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 155.

⁵ SILVA, J. A. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 126.

⁶ Como ressalta Agnelo Amorim Filho, “ação” e “pretensão” se tomam por termos intercambiáveis, na prática jurídica e mesmo na legislação, o que exige um refinamento conceitual para fins de operabilidade de institutos como o da prescrição: “Convém acentuar que quando se diz que o termo inicial do prazo prescricional é o nascimento da ação, utiliza-se aí a palavra “ação” no sentido de “pretensão”, isso é, no mesmo sentido em que ela é usada nas expressões “ação real” e “ação pessoal”, pois, a rigor, a prescrição não começa com a ação e sim com a pretensão; está diretamente ligada a essa, e só indiretamente àquela”. Cf. AMORIM FILHO, A. **CrITÉrio científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis**, *op. cit.*, p. 13.

contrario sensu, a partir do regramento expresso, no próprio texto da Lei Maior, das hipóteses não submetidas a prescrição.

Assim é que vigora no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da prescritibilidade, que, figurando, ainda que implicitamente, no rol dos direitos fundamentais, consiste em garantia constitucional.⁷ E dada essa natureza de direito fundamental, todavia, forçoso é reconhecer a relatividade a ele inerente, a limitação de seu alcance diante de outros direitos fundamentais, bem como de outros bens jurídicos e interesses sociais relevantes de hierarquia constitucional, a exigir o sopesamento em face de possíveis colisões no mundo fático, com redução proporcional de sua carga valorativa, em atinência ao postulado da concordância prática.⁸ Calha reproduzir, a esse respeito, excerto de precedente do Supremo Tribunal Federal (em destaque):

[...] OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. [...].⁹

Sob esta perspectiva é que a prescritibilidade encontra limites na supremacia e na indisponibilidade do interesse público, outros dois princípios constitucionais implícitos, informadores da ordem pública, a conferir substrato, dentre outras situações juridicamente reconhecidas, à excepcional perpetuidade da pretensão estatal – em verdade, da pretensão da própria sociedade, substituída pelo Estado – de reparação de danos ao patrimônio coletivo, à revelia do fluxo transformador do tempo. Tais limites, porém, encontram na ordem constitucional, como dito, sua própria limitação, devendo obedecer aos ditames da proporcionalidade e, quando

⁷ É oportuno considerar que sua natureza de direito fundamental não conflita com sua aplicabilidade diferida, a se tomar a compreensão do art. 5.º, §1.º da CF/88 como norma-princípio e, por isso, como mandamento para que se confira a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Cf. SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 261 e ss.

⁸ CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1188.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 23.452/RJ**. Relator(a): Ministro CELSO DE MELLO. Órgão: Tribunal Pleno. Julgamento: 16/09/1999. Publicação: DJ 12-05-2000 PP-00020 EMENT VOL-01990-01 PP-00086. Disponível em: Acesso em 06ago2020.

prevista, à reserva legal,¹⁰ sendo certo que, no tocante às pretensões e ações de ressarcimento ao erário, a regra já está insculpida na Constituição, ensejando a interpretação de seu sentido e alcance, restando às demais situações possíveis, relativas aos ilícitos mencionados no mesmo preceito, a autorização para que a lei condicione a garantia.

Ocorre que a interpretação sobre o sentido e alcance de aludida regra respeitante às pretensões e ações de ressarcimento ao erário tem oscilado, envolvendo análises sobre o enunciado normativo constitucional que – com suporte em critérios gramaticais, lógico-sistemáticos, históricos e teleológicos –, descortinam um espectro de posições hermenêuticas, englobando desde a plena imunização da pretensão ressarcitória do erário público, independentemente da origem e natureza do dano, até mesmo a negação da existência da norma imunizadora contra os efeitos da prescrição.

Superando a posição antes firmada no sentido da imprescritibilidade, a partir do Mandado de Segurança n. 26.610/DF,¹¹ recentíssimos julgados da Corte Suprema promoveram mudança paradigmática no trato da questão, redesenhando seus contornos, em que pese tenham se estribado em argumentos passíveis de crítica, seja por inconsistências acerca da qualificação do instituto, no bojo do regime jurídico de direito público, seja por laconismos e voluntarismos quanto a aspectos cruciais de sua aplicação – o que realça a enormidade do desafio. Destacam-se, por sua

¹⁰ Sobre as restrições expressa ou implicitamente autorizadas aos direitos fundamentais, cf. BRANCO, P. G. G.; COELHO, I. M.; MENDES, G.; **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 223 e ss.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 26.210/DF**. Relator(a): Ministro RICARDO LEWANDOWSKI. Órgão: Tribunal Pleno. Julgamento: 04/09/2008. Publicação: DJe-192 DIVULG 09-10-2008 PUBLIC 10-10-2008 EMENT VOL-02336-01 PP-00170 RTJ VOL-00207-02 PP-00634 RT v. 98, n. 879, 2009, p. 170-176 RF v. 104, n. 400, 2008, p. 351-358 LEXSTF v. 31, n. 361, 2009, p. 148-159. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+26210%2E NUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+26210%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cza9j7w>. Acesso em: 11ago2020.

força irradiadora, as teses fixadas em sede de repercussão geral por ocasião dos julgamentos dos Recursos Extraordinários de n. 669.609/MG,¹² 852.475/SP¹³ e 636.886/AL.¹⁴

A partir dessa evolução jurisprudencial, conquanto subsistindo a norma constitucional que põe a salvo da prescrição as “respectivas ações de ressarcimento”, seu alcance fora sensivelmente restringido, dando azo à necessidade de regramento das hipóteses que, doravante, deixam de pertencer ao espaço de perpetuação excepcional.

Por outro lado, a devida previsão legal quanto às pretensões e ações de cunho sancionatório é faltante, em algumas situações, como no caso daquelas atinentes à punição das irregularidades que causem prejuízo ao erário – e bem assim, *a fortiori*, dos atos ilícitos que, embora não acarretando prejuízo, firam os princípios constantes do caput do art. 37 da Carta Magna, bem como outros derivados da boa gestão do dinheiro público – no âmbito específico dos processos de controle externo sujeitos à competência da maioria dos Tribunais de Contas brasileiros.

Neste aspecto, por ausente preceito normativo que disponha sobre a aplicação da prescrição às situações de sanção na Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei n. 8.443/92) – a exemplo da lei de diversos outros colegiados de contas no país –, houve por bem a Primeira Turma do Pretório Excelso, nos autos do Mandado de Segurança n. 32.201/DF,¹⁵ fazer da sistemática prescricional cabível ao exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, constante da Lei n. 9.873/99, norma aplicável ao caso concreto, firmando precedente em

¹² *Idem*. **RE 669.069/MG**. Relator(a): Ministro TEORI ZAVASCKI. Órgão: Tribunal Pleno. Julgamento: 03/02/2016. Publicação: DJe-082 DIVULG 27-04-2016 PUBLIC 28-04-2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4189164&numeroProcesso=669069&classeProcesso=RE&numeroTema=666#>. Acesso em: 07ago2020.

¹³ *Idem*. **RE 852.475/SP**. Relator(a): Ministro ALEXANDRE DE MORAES; Redator(a) do Acórdão: Ministro EDSON FACHIN. Órgão: Tribunal Pleno. Julgamento: 08/08/2018. Publicação: DJe-058 DIVULG 22-03-2019 PUBLIC 25-03-2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4670950&numeroProcesso=852475&classeProcesso=RE&numeroTema=897>. Acesso em: 07ago2020.

¹⁴ *Idem*. **RE 636.886/AL**. Relator(a): Ministro ALEXANDRE DE MORAES. Órgão: Tribunal Pleno. Julgamento: 20/04/2020. Publicação: DJe-157 DIVULG 23-06-2020 PUBLIC 24-06-2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4046531&numeroProcesso=636886&classeProcesso=RE&numeroTema=899>. Acesso em: 07ago2020.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 32.201/DF**. Relator(a): Ministro ROBERTO BARROSO. Órgão: Primeira Turma. Julgamento: 21/03/2017 Publicação: DJe-173 DIVULG 04-08-2017 PUBLIC 07-08-2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4435867>. Acesso em: 10ago2020.

sentido diverso do assentado na Corte de Contas federal,¹⁶ e que tem reverberado nos processos judiciais e nos de controle externo em todo o território nacional.¹⁷

Em tais hipóteses, pois, quer de pretensão ressarcitória ou punitiva, está-se diante de lacuna normativa, pela ausência de regra expressa que regulamente a prescrição de tais pretensões e ações, para cuja colmatação faz-se preciso o recurso à solução integrativa, seja pela via de legiferação que promova a densificação do comando constitucional, ora redimensionado, seja nos termos do art. 4.º do Decreto-lei n. 4.657/42, lançando mão da analogia para concretizar o princípio constitucional em tela.

Em todo caso, o instituto da prescrição não encontra, a rigor, na seara do controle externo, o regramento normativo necessário e suficiente para sua aplicação (ou não aplicação) e para a concretização de seu objetivo de estabilização das relações jurídicas. E os reflexos dessa insuficiência se fazem sentir no próprio exercício da função estatal a cargo das Cortes especializadas.

Desta feita, a discussão em curso se desdobra em duas dimensões, exigindo o desempenho de (ao menos) duas tarefas distintas pelo intérprete e aplicador do direito, com relação à prescritibilidade incidente nas demandas veiculadas nos processos de competência dos Tribunais de Contas, a saber: a interpretação da regra constitucional quanto às pretensões e ações imprescritíveis – tendo por baliza incontornável a atual jurisprudência do STF; e a integração da lacuna normativa (quando existente) quanto às pretensões e ações prescritíveis, propiciando quer a propositura de lei quanto ao tema, quer a normatização interna, quer mesmo a adaptação de seu entendimento jurisprudencial.

¹⁶ Cujas posição consagrara o prazo geral previsto no art. 205 do Código Civil vigente, e sua sistemática, consoante o incidente de uniformização de jurisprudência decidido pelo Acórdão 1.441/2016 – Plenário. Cf. **Acórdão 1.441/2016 – Plenário**. Processo: 030.926/2015-7. Tomada de Contas Especial. Relator(a): Ministro BENJAMIN ZYMLER; Autor(a) do voto vencedor: Ministro WALTON ALENCAR RODRIGUES. Data da Sessão: 08/06/2016. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1441%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=1788b7a0-dd66-11ea-8e8a-612769532bbd. Acesso em: 10ago2020.

¹⁷ Por todos, *exempli gratia*, cf. o Acórdão APL-TC 380/17, prolatado nos autos de n. 1449/16, e o Acórdão APL-TC 75/18, prolatado nos autos de n. 3682/17, ambos do órgão plenário do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, e disponíveis em: <http://setorial.tce.ro.gov.br/jurisprudencia/acordaos-e-pareceres/>. Acesso em: 10ago2020. Destes julgados derivou a Decisão Normativa n. 01/2018/TCE-RO, que estabelece diretrizes para a aplicação, por analogia, da Lei n. 9.873/1999, no que diz respeito à prescrição da pretensão punitiva no âmbito dos processos daquela Corte. Disponível em: <http://www.tce.ro.gov.br/tribunal/legislacao/arquivos/DeNo-1-2018.pdf>. Acesso em: 10ago2020.

A complexidade do problema em tela, contudo, não parece repousar somente na idiossincrasia do instituto da prescrição e na dubiedade de sua previsão constitucional, relativamente à proteção do erário. Em grande medida, a resposta do Poder Judiciário, de modo geral, e do guardião da Constituição, em particular, padece de compreensão deficiente sobre as peculiaridades do controle externo, mormente da processualística dos Tribunais de Contas, acarretando soluções que não compatibilizam com as atribuições destes órgãos de estatura constitucional, e que, no afã de superar o vazio normativo, assegurando a completude e coerência do ordenamento jurídico, trazem maiores dificuldades para sua atuação efetiva.

Assim é que, como condição para o adequado tratamento do problema, antes mesmo de se explorar os limites e possibilidades que a jurisprudência da Corte Suprema apresenta para a solução da questão da prescrição no âmbito do controle externo, é mister destacar as características dessa função estatal autônoma que influenciam diretamente nesta solução.

2. Da independência da função de controle externo e da feição processual de seus procedimentos

Dois aspectos principais carecem de arguição, para o subsequente cometimento da missão de equacionar o cabimento da prescrição no contexto dos Tribunais de Contas: a especificidade da função de controle externo, enquanto função estatal autônoma, dotada de regime jurídico próprio; e a feição processual da atuação das Cortes de Contas.

De ordinário, vige a percepção comum sobre a função de controle externo como segmento ou variante da função administrativa, sem maiores ressalvas, e a consequente abordagem das situações jurídicas envolvendo os órgãos por ela responsáveis se faz de modo a lhe conferir o regime jurídico correspondente ao subsistema do Direito Administrativo, cujas normas são aplicáveis a relações materiais em que a Administração Pública se posiciona como parte interessada. Entendendo-se o controle externo por “controle da Administração Pública”, não raro sua natureza jurídica se toma pelo objeto controlado, diluindo-se o controle externo como versão da função controladora ínsita à atividade administrativa.¹⁸

¹⁸ Sem maiores digressões quanto ao controle como uma das funções da gestão administrativa, na teoria clássica da administração, no cenário típico da Administração Pública, o controle externo se opõe ao controle interno porque exercido por órgão distinto daquele que pratica o ato controlado. Cf. CHIAVENATO, I. **Introdução à teoria geral da administração**: uma visão abrangente da moderna administração das organizações. 7 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003; GUERRA, E. M. **Controle externo da Administração Pública**. 4ed. Belo Horizonte: Fórum,

Essa noção reverbera na doutrina jurídica acerca dos Tribunais de Contas, compreendendo-se a natureza jurídica de sua atuação, bem como de suas decisões, como administrativa.¹⁹ Compreensão esta que permanece refém de uma concepção antiquada da divisão funcional do poder estatal, que identifica as funções dentro de um rígido esquema orgânico tripartite, que não mais espelha a realidade da organização do Estado, no concernente à distribuição de competências. Segundo essa perspectiva, a função de controle seria, quando muito, transversal ao exercício das clássicas funções legislativa, administrativa e jurisdicional. A exemplificar essa visão, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes cita Luiz Zaidman, *in litteris* (destacou-se):

[...]

A legislação, os atos administrativos e as decisões judiciais podem ser objeto de controle. **Não cabe, assim, logicamente, classificá-lo como uma quarta função do Estado.** Tanto é possível identificá-lo em simples etapa da elaboração de lei, de pronunciamento judicial ou da ação administrativa, quanto, de modo autônomo, na própria lei, sentença ou decreto. **Imaginados verticalmente os três Poderes do Estado, o de controle não se alinharia em paralelo, mas figuraria de modo transversal.**²⁰

Em oposição a essa vertente – e, mesmo, a todo um leque de posições intermediárias, que vêm qualificar o controle externo como uma especialidade no campo dessas funções clássicas²¹ –, tem-se a postura que admite a função de controle externo como função autônoma, de maneira a não subsumir o controle externo à hipótese de categoria especial das funções administrativa, legislativa ou jurisdicional, mas destacar, pela proximidade com esta última, sua

2019; LIMA, L. H. **Controle externo: teoria e jurisprudência para os tribunais de contas.** 7 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

¹⁹ É largo o dissenso doutrinário sobre o exercício de função jurisdicional pelos Tribunais de Contas, e sobre o caráter de coisa julgada decorrente de suas decisões, entendida como coisa julgada administrativa. cf. JACOBY FERNANDES, J. U. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência.** 4ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 120-175; LIMA, L. H. **Controle externo, op. cit.**, pp. 96-104.

²⁰ ZAIDMAN, L. *apud* JACOBY FERNANDES, J. U. **Tribunais de Contas do Brasil, op. cit.**, p. 36.

²¹ Assim é que o Tribunal de Contas da União, na Decisão 1.020/2000 – Plenário, com relatoria do Ministro Marcos Vinícios Vilaça, em vista do compartilhamento da função de controle externo com o Poder Legislativo, caracterizou-a como sendo uma “função legislativa em sentido amplo”, não se prestando a elaborar leis, mas a fiscalizar sua correta aplicação. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>. Acesso em 10ago2020. Por outro lado, tendo em vista a competência prevista no art. 71, inciso II, da CF/88, que implica em “julgar contas”, assim como a utilização do termo “jurisdição” e a detenção das mesmas prerrogativas atribuídas os tribunais judiciais (art. 73, c/c. art. 96), há quem defenda se tratar a função de controle externo de autêntica “função jurisdicional especial”. Cf. JACOBY FERNANDES, J. U. **Tribunais de Contas do Brasil, op. cit.**, pp. 146-155; JAYME, F. G. **A competência jurisdicional dos Tribunais de Contas no Brasil.** Disponível em: https://www.ufmg.br/pfufmg/index.php/artigos/doc_download/43-a-competencia-jurisdicional-dos-tribunais-de-contas-no-brasil-. Acesso em: 10ago2020. GUERRA, E. M.; PAULA, D. M. **A função jurisdicional dos Tribunais de Contas.** Disponível em: <http://www.tce.ce.gov.br/component/jdownloads/finish/321-revista-controle-volume-x-n-2-jul-dez-2012/2067-artigo-3-a-funcao-jurisdicional-dos-tribunais-de-contas?Itemid=592>. Acesso em 10ago2020.

identidade e independência no rol das atividades estatais. Assim discorre José Luiz Quadros de Magalhães (em destaque):

Superando a clássica divisão de poderes (funções) do Estado, entre Legislativo, Judiciário e Executivo, pode-se dizer que o Estado hoje necessita de um sistema mais sofisticado de exercício de funções que permita a garantia dos processos democráticos. A Constituição brasileira de 1988 reconheceu a necessidade de uma nova função de fiscalização, e embora o constituinte não tenha tido a iniciativa de mencionar um quarto poder, efetivamente criou esta **quarta função autônoma essencial** para a democracia e a garantia da lei e da constituição, que é a **função de fiscalização**. O Ministério Público encarregado desta função, para exercê-la de maneira adequada, necessita de efetiva autonomia em relação às outras funções (poderes) não pertencendo nem ao executivo, nem ao legislativo, nem ao Judiciário. O mesmo ocorre com os Tribunais de Contas, que embora necessitem nova forma de escolha de seus membros para que assumam este novo *status*, não podem pertencer a nenhum dos poderes tradicionais para exercer com eficiência sua função fiscalizadora.²²

O debate teórico em torno disso, ainda em aberto, resguarda, não obstante, um certo consenso, no sentido de que **a função de controle externo não é função administrativa em sentido estrito**. Algo que se reflete, inclusive, na jurisprudência da Corte Suprema, que assim conclui na esteira do reconhecimento da estatura constitucional e da autonomia dos órgãos encarregados de cumpri-la.

Destarte, quando o Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do paradigmático MS 23.550/DF, asseverou que a função de controle do Tribunal de Contas possui “colorido quase-jurisdicional”, ele o fez distinguindo o desempenho dessa função constitucional dos “procedimentos administrativos comuns”.²³ Essa afirmação deve ser melhor compreendida no sentido de que a atividade de controle externo, mesmo que guarde notas de semelhança com a função jurisdicional e a função administrativa em sentido estrito, é peculiar e especial, não se reduzindo a qualquer delas.

De igual sorte, o STF, ao julgar a ADI 2.597/PA,²⁴ designou certa vez a função de controle externo exercido pelo Tribunal de Contas como “função fiscalizadora” ou “função técnica

²² MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *A teoria da separação de poderes e a divisão das funções autônomas no Estado contemporâneo* – o Tribunal de Contas como integrantes de um poder autônomo de fiscalização. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v. 71 – n. 2 – ano XXVII, abr/mai/jun de 2009, pp. 96-97. Disponível em: <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/559.pdf>. Acesso em: 10ago2020.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 23.550/DF**. Relator(a): Ministro MARCO AURÉLIO; Redator(a) do Acórdão: Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. Órgão: Tribunal Pleno. Julgamento: 04/04/2001. Publicação: DJ 31-10-2001 PP-00006 EMENT VOL-02050-3 PP-00534. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85979>. Acesso em: 11ago2020.

²⁴ *Idem*. **ADI 2.597/PA**. Relator(a): Ministro NELSON JOBIM; Redator(a) do Acórdão: Ministro EROS GRAU. Órgão: Tribunal Pleno. Julgamento: 04/08/2004. Publicação: DJe-082 DIVULG 16-08-2007 PUBLIC 17-08-2007 DJ

de auditoria financeira e orçamentária”, ao passo que, no julgamento da ADI 3.046, tratou a função de controle externo exercida pelo Poder Legislativo – que a doutrina costuma designar de “controle político” – como “fiscalização legislativa da ação administrativa do Poder Executivo”.²⁵

Conferindo identidade própria à instância de controle, a Constituição Federal dedicou segmento específico à função de controle externo exercida pelos Tribunais de Contas (Seção IX - Da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária), organizando-a topologicamente em quadrante distinto daquele dedicado à função administrativa (Capítulo VII - Da Administração Pública) e do dedicado à função jurisdicional (Capítulo III – Do Poder Judiciário). Referida função está descrita no art. 70 e ss., compreendendo a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, a ser exercida pelo Congresso Nacional com o auxílio das Cortes de Contas.

Sem um caráter de subordinação, a partilha dessa missão constitucional com as Casas Legislativas, pelo viés técnico, enquanto **coprotagonistas** do controle externo, confere um lugar próprio e distinto aos Tribunais de Contas no esquema organizatório republicano. Em lapidar lição, no intuito de explanar esse compartilhamento, Carlos Ayres Britto conceitua as noções de “função”, de “competência”, e de “atribuições”, indispensáveis para a adequada compreensão desse esquema orgânico-funcional (destacou-se):

[...] **é preciso conceituar função e competência como coisas distintas, pois a função é uma só e as competências é que são múltiplas.** A função é unicamente a de controle externo e tudo o mais já se traduz em competências, a saber: competência opinativa, competência judicante, competência consultiva e informativa, competência sancionadora, competência corretiva, etc.

5.2. Primeiro, lógico, vem a **função**, que é a **atividade típica de um órgão**. Atividade que põe o órgão em movimento e que é a própria justificativa imediata desse órgão (atividade-fim, portanto). Depois é que vêm as **competências**, que são **poderes instrumentais àquela função**. Meios para o alcance de uma específica finalidade.

5.3. **Necessário é reconhecer, porém, que a Lei Maior, ora habilita um só órgão público para o exercício de mais de uma função essencial do Estado, ora coloca uma só função essencial do Estado aos cuidados de mais de um órgão.** A jurisdição, por exemplo, é titularizada pelo Poder Judiciário, mas dela participa o Ministério Público (definido constitucionalmente como “instituição permanente, essencial à

17-08-2007 PP-00022 EMENT VOL-02285-02 PP-00402 LEXSTF v. 29, n. 346, 2007, p. 133-148. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=479138>. Acesso em: 11ago2020.

²⁵ *Idem*. **ADI 3.046/SP**. Relator(a): Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. Órgão: Tribunal Pleno. Julgamento: 15/04/2004. Publicação: DJ 28-05-2004 PP-00492 EMENT VOL-02153-03 PP-00017 RTJ VOL-00191-02 PP-00510. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=363288>. Acesso em 11ago2020.

função jurisdicional do Estado”, na legenda do art. 127, *caput*, parte inicial). Já o Poder Legislativo, esse é o órgão que exerce a função de legislar e a do controle externo. Aqui, nem sempre dando a palavra final. Ali, sempre.

5.4. Mas a dualidade função/competência ainda faz subir ao palco da especulação teórica o tema das **atribuições**, pois é verdade que **o art. 73 da Constituição emprega tal substantivo. E o faz para igualar o TCU aos tribunais judiciais**, sob a cláusula da mencionada expressão “no que couber”. Não sendo difícil compreender que **tais atribuições tomam o sentido técnico de prerrogativas**; isto é, **situações jurídicas ativas que envolvam o exercício das precisadas competências**. Na perspectiva, óbvio, do empírico desembaraço de cada uma delas.

5.5. Dizendo a mesma coisa com outras palavras, as atribuições do TCU são prerrogativas e, como tais, implicam o desfrute de condições especialmente propiciadoras do melhor desempenho possível das competências que a ele, TCU, foram constitucionalmente adjudicadas.²⁶

Diante disso, evidencia-se que, a despeito de sua localização em capítulo reservado ao Poder Legislativo, o Tribunal de Contas dele não faz parte – como, aliás, se depreende do rol taxativo do art. 44 da CF/88 – e que, ainda mais, o mencionado “auxílio” não traduz qualquer nota de subordinação da Corte de Contas ao Poder Legislativo, consistindo, aliás, em cooperação indispensável, por meio de competências exclusivamente conferidas ao Tribunal.²⁷

Neste sentido, a função de controle exercida pelos Tribunais de Contas não se poderia confundir nem com a função jurisdicional, nem com a administrativa, e nem com a legislativa. E os órgãos aos quais compete o desempenho dessa função autônoma, – conquanto pertencentes, em sentido amplo, à Administração Pública –, por não se confundirem com os órgãos por eles controlados, não se posicionam como parte interessada no exercício de suas atribuições.

E mesmo em se lhe atribuindo uma natureza “administrativa”, **a essa função fiscalizadora há de se reconhecer não só a autonomia como a especificidade do seu regime jurídico**. Esse aspecto tampouco é alheio ao entendimento do STF, quando pontifica que a atividade de controle exercida pelos Tribunais de Contas se sujeita a legislação própria, consubstanciada em suas leis orgânicas e seus respectivos regimentos internos,²⁸ objeto de

²⁶ BRITTO, C. A. *O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas*. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º 9, dezembro 2001, pp. 06-07. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 11ago2020.

²⁷ Cf. JACOBY FERNANDES, J. U. *Tribunais de Contas do Brasil*, *op. cit.*, pp. 138-146; LIMA, L. H. *Controle externo*, *op. cit.*, pp. 88-93.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 28.156 AgR/DF**. Relator(a): Ministra ROSA WEBER. Órgão: Primeira Turma. Julgamento: 02/09/2014. Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 16-09-2014 PUBLIC 17-09-2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=6749768>. Acesso em: 10ago2020.

iniciativa privativa dessas Cortes, ante as prerrogativas da autonomia e do autogoverno.²⁹ Isso sugere, senão impõe, que o regime jurídico que toca ao funcionamento e ao exercício das competências atribuídas aos Tribunais de Contas, incluindo as normas instrumentais e as normas que regulam seu poder sancionatório, não pode ser confundido com o regime jurídico que rege a função administrativa “em sentido estrito”.

Em apoio a essa noção, como a positivar a independência da instância controladora, calha observar o destaque feito nos comandos normativos recentemente inseridos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro por meio da Lei n. 13.655/18 (arts. 20, 21, 23, 24 e 27), os quais distinguem expressamente as esferas administrativa, controladora e judicial, reconhecendo-se, a par disso, a especificidade jurídica da função controladora, como “autêntico regime processual autônomo de aplicação das normas jurídicas sobre responsabilidade financeira”, na expressão de Doris de Miranda Coutinho.³⁰

Na raiz da questão: a função de controle externo nasce do direito humano (de titularidade difusa) de **pedir contas** a quem administre o patrimônio público,³¹ a ele correspondendo o dever constitucional de **prestar contas** (parágrafo único do art. 70 da CF/88),³² bem como a estrita observância da juridicidade – nisto englobando a legalidade, a legitimidade, a economicidade e a moralidade – pelo agente público, na prática dos atos de gestão (art. 37, *caput*, c/c., art. 70, *caput*).

²⁹ *Idem*. **ADI 4.418/TO**. Relator(a): Ministro DIAS TOFFOLI. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 15/12/2016. Publicação: DJe-040 DIVULG 02-03-2017 PUBLIC 03-03-2017. Republicação: DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur363834/false>. Acesso em: 10ago2020.

³⁰ Cf. COUTINHO, D. M. **A lei e a emancipação no processo de contas**: os órgãos de controle externo exercem sua jurisdição de contas independente das demais. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-lei-e-a-emancipacao-no-processo-de-contas-12072018>. Acesso em 11ago2020.

³¹ Na dicção do art. 15 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Art. 15º. A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração”. Cf. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. **Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em 15ago2020. Significativo é o fato de que, embora ambientado entre os direitos de primeira dimensão – a saber, os de caráter civil e político, a ilustrar um *status* ativo de participação dos membros de uma comunidade política –, esse direito fundamental de pedir contas seja de titularidade difusa, porquanto reconhecido, desde sua origem histórica e documental, como da “sociedade”, o que lhe dá notas de um direito de terceira dimensão, além de prefigurar um importante desdobramento dos direitos à informação e à concreta participação política, cujo reconhecimento normativo e efetivação hão de realizar uma possível quarta dimensão, no futuro civilizatório. Cf. SARLET, I. **A eficácia dos direitos fundamentais**, *op. cit.*, pp. 46-52.

³² É oportuno destacar a condição de princípio constitucional sensível deste dever, como expressamente consignado no art. 34, inciso VII, alínea “d” da Constituição Federal.

Trata-se, por isso, de um **direito** “absoluto” (no sentido de exigível *erga omnes*) a **uma prestação**, da parte de todo e qualquer agente que esteja encarregado da gestão da coisa pública, consistente em **demonstrar como realizou essa gestão**, quer no sentido lato, quer no sentido estrito dos atos executados nessa gestão. E se trata, igualmente, de um **direito à boa e regular gestão da coisa pública**³³ – também oponível *erga omnes*, para alcançar toda e qualquer pessoa que se ponha na circunstância de lidar com o patrimônio público –, em suma, de um direito exigível de quem quer que, ao gerir a coisa pública e praticar atos voltados a essa gestão, deva por isso mesmo fazê-lo em atinência à juridicidade, ou seja, em respeito à moralidade administrativa, ao bom e necessário dispêndio dos recursos públicos, às prescrições legais e ao interesse público.

Esses dois **direitos públicos subjetivos**, de **titularidade da própria sociedade**, carecem da proteção do ordenamento jurídico e do exercício do poder legítimo, manifestado na função estatal de controle externo.

Nessa toada, retomando os conceitos de Carlos Ayres Britto, no desempenho autônomo da função de controle externo, as Cortes de Contas dispõem de uma variedade de poderes instrumentais, de meios para o alcance de sua finalidade determinada, entre os quais se encontra o poder ou a competência judicante, o que poderia melhor expressar a “jurisdição” que o texto constitucional lhes confere. Em suas palavras (em destaque):

6.3. Algumas características da jurisdição, no entanto, permeiam os julgamentos a cargo dos Tribunais de Contas. Primeiramente, porque **os TC’s julgam sob critério exclusivamente objetivo ou da própria técnica jurídica** (subsunção de fatos e pessoas à objetividade das normas constitucionais e legais). Segundamente, porque **o fazem com a força ou a irretratabilidade que é própria das decisões judiciais com trânsito em julgado**. Isto, quanto ao mérito das avaliações que as Cortes de Contas fazem incidir sobre a gestão financeira, orçamentária, patrimonial, contábil e operacional do Poder Público.

[...]

6.5. Em síntese, pode-se dizer que **a jurisdição é atividade-fim do Poder Judiciário**, porque, no âmbito desse Poder, **julgar é tudo**. Ele existe para prestar a jurisdição estatal e para isso é que é forrado de competências. Não assim com **os Tribunais de Contas**, que **fazem do julgamento um dos muitos meios ou das muitas competências para servir à atividade-fim do controle externo**.³⁴

³³ Na concepção de Juarez Freitas, o “direito fundamental à boa administração pública” sintetiza um plexo de direitos públicos subjetivos, relacionados à transparência, à sustentabilidade, ao diálogo, à imparcialidade, à probidade, à razoabilidade, dentre outros princípios. Cf. FREITAS, J. *As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*. Vol. 35 n.1 jan./jun.2015, pp. 195-217. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/2079>. Acesso em 07ago2020.

³⁴ BRITTO, C. A. *O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas*, op. cit., p. 08.

Aludidas competências, ou poderes instrumentais, são as que a Carta Magna conferiu aos órgãos de controle externo, explicitadas nos incisos do art. 71, as quais se dotam de extensão e discriminação sem equivalente, na arquitetura da República brasileira. Tal discriminação se divisa nos predicados verbais que ostentam cada um dos preceitos normativos elencados: apreciar, julgar (contas), fiscalizar, prestar (informações), aplicar (sanções), assinar (prazo), sustar, representar. Jacoby Fernandes ressalta que a diferenciação dos verbos nucleares denota intenção e rigor no seu uso pelo legislador constituinte (destaques no original):

[...]

Nesse quadro, é impossível sustentar que o constituinte agiu displicentemente por ignorância ou descuido. Ao contrário, conhecendo a riqueza do vocabulário, utilizou-o com perfeição, ora restringindo, ora elastecendo a função. Nota-se, no elenco de competência, o rigor científico na terminologia empregada, acentuando a diferenciação, inclusive na finalidade de cada mister cometido. Para algumas tarefas, empregou-se o termo *apreciar*, em outras, *fiscalizar*, em outras, *realizar inspeção e auditoria* e apenas em um caso, *julgar*.³⁵

Nestes termos, as chamadas competências constitucionais, ao traduzirem papéis distintos exercidos pelas Cortes especializadas,³⁶ consistem nos diversos meios pelos quais se realiza a função de controle externo – meios estes que visam atingir fins específicos, a partir da tutela concedida pelos Tribunais de Contas às demandas de controle que são, como dito, titularizadas pela sociedade. Como assevera Ismar Viana, o desempenho legítimo de suas competências requer a observância das normas e garantias processuais, ensejando a existência de um **devido processo legal de controle externo**. *In verbis*:

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ao se referir, no artigo 27, à decisão do processo, diferenciando as esferas administrativa, controladora e judicial, reafirmou, sob o ponto de vista da positivação legal, a existência do processo controlador, que já se encontrava, desde antes, em regime jurídico próprio, que não é puramente administrativo ou judicial, embora não seja autônomo, no que diz respeito a dispor de institutos processuais próprios, de ter uma codificação própria para disciplinar as suas relações.

³⁵JACOBY FERNANDES, J. U. **Tribunais de Contas do Brasil**, *op. cit.*, pp. 149-150. É de se esclarecer que o autor citado adota a posição de que as Cortes de Contas exercem função jurisdicional especial, porém restrita ao julgamento de contas, na redação expressa do inciso II do art. 71 da Carta Magna. Às demais competências exercidas pelo órgão de controle externo, considera-as “funções não jurisdicionais”. Cf. *Ibidem*, pp. 184 e 220.

³⁶Qualificando-o como “tribunal administrativo”, a página eletrônica do Tribunal de Contas da União explana esses diferentes papéis, optando por nominá-los como “funções”: “As funções básicas do Tribunal de Contas da União podem ser agrupadas da seguinte forma: fiscalizadora, consultiva, informativa, judicante, sancionadora, corretiva, normativa e de ouvidoria. Algumas de suas atuações assumem ainda o caráter educativo”. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/institucional/conheca-o-tcu/funcionamento/>. Acesso em 13ago2020. Embora advertindo para a diversidade de classificações existentes, Luiz Henrique Lima adota categorização parecida. Cf. LIMA, L. H. **Controle externo**, *op. cit.*, pp. 83-88.

[...]

No âmbito do processo de controle externo, a necessidade de respeito às garantias processuais é extraída do artigo 73 da CRFB/88, cujo teor remete à aplicação do artigo 96 da própria Lei Maior, que dispõe que compete privativamente aos Tribunais “eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes”.

Assim, o processo de controle externo é o instrumento por meio do qual as competências elencadas no artigo 71 são legitimamente exercidas pelos Tribunais de Contas, a quem compete o regular exercício delas, regularidade cujo alcance passa necessariamente pelo amplo respeito dos direitos e garantias que decorrem do devido processo legal.³⁷

No mesmo sentido, Ayres Britto aponta para elementos próprios à competência judicante que acentuam a feição processual dos atos e procedimentos conduzidos nos Tribunais de Contas, mesmo que singulares em relação aos processos judiciais, apartando-os, em maior medida, dos processos administrativos (destacou-se):

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** (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 quê medida.³⁸

Em sua ontologia própria, no dizer de o insigne ex-Ministro do STF, atos de controle externo, porque encadeados de modo ritualizado e qualificados por uma decisão de controle externo, ao final, não são atos administrativos, não constituem procedimento administrativo; e na medida em que se articulam na participação dialética de responsáveis e interessados em seu desenvolvimento, corporificam **processo de controle externo**, por meio do qual se presta a **tutela estatal de controle**.

Destarte, veiculam-se tais competências, pois, processualmente, e, para cada demanda de controle, as decisões dos órgãos monocráticos e colegiados investidos desses poderes, na medida em que geradoras de efeitos jurídicos incidentes sobre diversas situações jurídicas regidas

³⁷ VIANA, I. **Fundamentos do processo de controle externo**: uma interpretação sistematizada do texto constitucional aplicada à processualização das competências dos Tribunais de Contas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, pp. 104 e 145.

³⁸ BRITTO, C. A. **O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas**, *op. cit.*, p. 10.

pelo direito público – e, sob certos aspectos, atingindo também, indiretamente, situações regidas pelo direito privado –, ostentam uma **instrumentalidade**.

Tenha-se em conta, a esse respeito, que num mesmo processo de controle externo podem se materializar a competência judicante (art. 71, inciso II), a competência corretiva (incisos IX, X, e § 2.º), a competência sancionadora (inciso VIII), e a competência informativa (incisos VII e XI). Nomeadamente, para a satisfação do interesse social na lúdima gestão da coisa pública, é que se tomam contas por ventura não prestadas, e se julgam contas, prestadas ou tomadas, aferindo-se sua “regularidade” – é dizer, sua consonância com os critérios de juridicidade já mencionados. Pela via do processo de controle externo, ademais, é que se determinam sejam adotadas as necessárias correções à gestão da coisa pública. De igual sorte, pela instrução do processo de controle externo é que se constata violações ao direito objetivo – e, correspondentemente, ao direito subjetivo à regular gestão pública e ao direito subjetivo de pedir contas –, ensejando a responsabilização dos violadores. Por meio do processo de controle externo também se faz possível exigir a reparação de danos causados à coisa pública mal gerida, e bem assim a punição dos responsáveis pelos atos ilícitos praticados. A partir do processo de controle externo, afinal, podem ser científicas as autoridades integrantes dos Poderes republicanos acerca desses ilícitos constatados, para que promovam as medidas de sua competência, bem como pode a sociedade ser informada de sua ocorrência.

É dizer, a instrumentalidade processual³⁹ poderá recobrir o exercício de todos esses poderes, ocasionando efeitos jurídicos que satisfaçam as diferentes finalidades que requeiram esse exercício, conferindo a cada qual dessas finalidades uma tutela específica, contemplada num correspondente comando da parte dispositiva das decisões proferidas nos processos em trâmite nos Tribunais de Contas.

Assim sendo, prezam os processos de contas (e ainda, os procedimentos de fiscalização nos quais se impute responsabilidade a alguém, sujeitos que estão ao devido processo legal e aos seus corolários) das notas qualificativas da **instrumentalidade** e da **substitutividade** – é dizer, são meios para a consecução de fins mais relevantes, que superam a simples correlação com a

³⁹ Sobre a instrumentalidade processual e sua interdependência com o direito material que o processo viabiliza, cf. DIDIER JR, F. **Curso de direito processual civil, vol. 1:** introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ed. Salvador: Juspodium, 2015, p. 38; SILVA, A. V. F. **Princípios pamprocessuais ou metaprocessuais:** normas fundamentais do CPC – princípios de todo processo. Salvador: Juspodium, 2018, pp. 78-85.

verificação da formalidade legal das condutas sob controle, **fazendo-se substituir o órgão judicante na concretização direta não dos interesses dos administrados ou da própria Administração, mas dos interesses da própria sociedade.**

Em adendo, uma terceira nota qualificadora dos processos de controle externo é mencionada por Ayres Britto: a **definitividade** das decisões proferidas pelo Tribunal de Contas.⁴⁰ Dada sua competência constitucional exclusiva, à Corte de Contas cabe decidir, de forma irretratável, sobre a regularidade ou irregularidade das contas dos administradores e demais agentes que lesem o patrimônio público, bem como sobre a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão e das despesas deles decorrentes (art. 71, inciso II, da CF/88).

Por certo que não se olvida a possibilidade de submeter tais decisões à sindicabilidade judicial, em respeito ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, nos termos do art. 5.º, inciso XXXV, da Lei Maior. Referida “revisão”, porém, não avança sobre o teor meritório do *decisum* proferido pela Corte especializada, cingindo-se a verificar, para fins de anulabilidade, a ocorrência de irregularidade formal grave ou de manifesta ilegalidade, resguardando assim os princípios da legalidade e do devido processo legal. Antiga é a jurisprudência da Corte Máxima sobre o tema, *in verbis* (em destaque):

MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE ATIVA DE PESSOA JURÍDICA, MESMO DE DIREITO PÚBLICO, SUPERADA PELA PRAXE POSTERIO, A INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DE ALGUNS ACORDAOS (R.F. 140/275, R.T. 295/108, R.D.A. 70/302, 72/273). RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TERCEIRO PREJUDICADO. LITISCONSORCIO NECESSARIO. ADMISSIBILIDADE. RE 12.816 (1946), RE 14.747 (1949), RE 41.754 (1959), AG. 31.737 (1964). **TRIBUNAL DE CONTAS. JULGAMENTO DAS CONTAS DE RESPONSÁVEIS POR HAVERES PÚBLICOS. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA, SALVO NULIDADE POR IRREGULARIDADE FORMAL GRAVE (MS 6.960, 1959), OU MANIFESTA ILEGALIDADE (MS 7.280, 1960). REFORMA DO JULGADO ANULATÓRIO DE DECISÃO DESSA NATUREZA, EM QUE SE APONTAVAM IRREGULARIDADES VENIAIS. RESSALVA DAS VIAS ORDINÁRIAS.**⁴¹

Vê-se, portanto, que as decisões proferidas pelos Tribunais de Contas, em que pese possível o controle jurisdicional sobre elas – feito estritamente para garantia dos limites constitucionais e legais –, não se sujeitam a modificação pelo Poder Judiciário ou por qualquer

⁴⁰ Vide supra, nota 34.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 55.821/PR**. Relator(a): Ministro VICTOR NUNES. Órgão: Primeira Turma. Julgamento: 18/09/1967. Publicação: DJ 24-11-1967 PP-03949 EMENT VOL-00711-02 PP-00356 RTJ VOL-00043-01 PP-00151. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000106579&base=baseAcordaos>. Acesso em: 11ago2020.

outro poder constituído, uma vez que sua alteração por aquele Poder tem caráter apenas rescindente, ensejando nova decisão do Tribunal de Contas na causa. Sua definitividade, embora não absoluta, está além da mera “coisa julgada administrativa”, que simboliza tão somente a impossibilidade de modificação de uma decisão nas instâncias administrativas, marcadas que são pela parcialidade, ante a contraposição de interesses entre administrado e Administração.⁴² Nesse particular, diz com propriedade Rodolfo Mancuso (destacou-se):

Dado que nem mesmo a lei pode excluir do Poder Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça a direito (CF, art. 5º, XXXV), e tendo presente, por outro lado, que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos órgãos públicos será exercida pelo Legislativo, com auxílio dos Tribunais de Contas (CF, art. 70 e 71) daí deflui que, **se a decisão do Tribunal de Contas não extrapola esses lindes, ela é soberana e imune ao reexame pelo Poder Judiciário**. Nem poderia ser de outra forma, caso contrário, teríamos o juiz togado substituindo, pelos seus, os critérios do juiz de contas, em evidente invasão de competência.⁴³

Desta feita, com as mencionadas notas da instrumentalidade, da substitutividade, e da definitividade (ainda que relativa), restam plenamente caracterizados os processos conduzidos pelos Tribunais de Contas, no exercício de sua competência judicante, enquanto meio para a concretização da singular e autônoma função de controle externo.

3. Das peculiaridades do processo de controle externo

Aqui reside uma característica da função de controle externo que a distingue da função administrativa, que é bom frisar ainda uma vez: não sendo um “tirar competências da lei para agir” mas uma qualificada verificação, apreciação e decisão sobre quem previamente agiu, está agindo, ou está na iminência de agir,⁴⁴ não se está no terreno da autotutela, da retificação dos próprios atos, por exigência legal ou por conveniência e oportunidade. Não há, pois, “mérito administrativo” no exercício do controle externo, mas mérito técnico-jurídico sobre a causa a decidir.

Paralelamente, outra característica marcante da função de controle externo, agora em comparação à função jurisdicional (ou judicial, propriamente), transparece em seus processos: ao se prestar a tutela estatal de controle, via de regra, é possível fazê-lo de modo bem discriminado,

⁴² Jacoby Fernandes faz uma síntese dos posicionamentos doutrinários que reconhecem a imutabilidade das decisões dos Tribunais de contas. Cf. **Tribunais de contas do Brasil**, *op. cit.*, pp. 150-155. Sobre a coisa julgada administrativa, cf. JAYME, F. G. **A competência jurisdicional dos Tribunais de Contas no Brasil**, *op. cit.*; CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de direito administrativo**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 966-967.

⁴³ MANCUSO, R. C. **Ação popular**. 4.ed. São Paulo: RT, 2001, pp. 111-112.

⁴⁴ Apontam-se, aqui, as modalidades de controle prévio, concomitante e subsequente. Cf. LIMA, L. H. **Controle externo**, *op. cit.*, pp. 05-06.

conforme a natureza de cada demanda a ser satisfeita, embora sejam tais demandas atendidas, de modo entrelaçado, no bojo de um mesmo processo. Em outros termos, as “ações” de controle externo não se qualificam por uma tutela dita principal, para cuja prestação estaria predominantemente voltada a instrumentalidade do processo, e em torno da qual se agregariam tutelas menos importantes, figurando como componentes adicionais, ou como meros requisitos ou consectários lógicos daquela, cujo intuito de satisfação restaria prejudicado juntamente com o eventual prejuízo da primeira.

A par da instrumentalidade processual, portanto, um importante cuidado a se tomar, no tocante ao exercício dessas competências de controle externo, é o de que o eventual encobrimento da eficácia de alguma das pretensões a que elas atendem não deve provocar a extinção do feito, pura e simplesmente. Dito de outra forma, a eventual impossibilidade de se promover a satisfação de uma pretensão por meio do processo de controle externo, em razão da neutralização de sua exigibilidade, não esgota o mérito da causa, porquanto outras demandas podem/devem ser satisfeitas através desse veículo, outras tutelas podem/devem ser prestadas, sempre em observância à singularidade de cada qual delas.

Por certo que tal aspecto exige maior detalhamento. Desde logo, porém, vale consignar: é neste ponto que as peculiaridades do regime jurídico próprio de controle externo e da processualística afeita aos Tribunais de Contas brasileiros – por oposição ao processo administrativo estritamente conduzido no bojo do exercício da função administrativa, bem como ao processo judicial, privativo do titular único da função jurisdicional –, emergem como fatores determinantes para a adequada aplicação de institutos jurídicos que interfiram sobre os efeitos de sua atuação.

Assim, desconsiderar as nuances envolvidas na tutela dos interesses públicos pontuados em cada qual das sobreditas competências de controle externo pode provocar uma diminuição ilegítima no alcance dessa tutela, ou seja, na eficácia dos poderes constitucionalmente conferidos aos Tribunais de Contas, acarretando, por conseguinte, a falência da própria função estatal de controle externo.

Inversamente, pelo exame do veículo, do instrumento por meio do qual se prestam as tutelas estatais de controle, é possível identificar não apenas os poderes ou competências a cargo do órgão de controle externo, mas entrever a qualidade própria de cada demanda social que os

enseja, de modo a compreender a importância dos efeitos advindos da tutela, seu peso relativo, em comparação a outros bens jurídicos por ventura afetados por ela, e os eventuais limites que se devam impor à satisfação das ditas demandas em razão destes bens.

Contudo, para o devido cotejo de tais efeitos e bens jurídicos, cumpre sumarizar alguns conceitos básicos de teoria geral do direito, em correlação com alguns conceitos básicos de teoria geral do processo, empregados na argumentação a seguir, franqueando um entendimento, ainda que genérico, sobre o mencionado regime jurídico e sobre o processo de controle externo, de modo a viabilizar a reflexão sobre a prescribibilidade no seu âmbito.

Ressalte-se, a propósito, que a prescrição é instituto de direito substantivo, malgrado o reconhecimento de sua incidência se dê processualmente, o mais das vezes, relativamente às relações materiais objeto de prestação jurisdicional.⁴⁵ No concernente ao controle externo, no entanto, seu reconhecimento há de se dar sempre por meio processual, dada a indispensável processualização dos atos de controle, já explicada linhas acima.

Recapitulando o que fora dito no início, a prescrição atinge diretamente a pretensão e, indiretamente, a ação, retirando a eficácia de um direito subjetivo. Por **direito subjetivo**, há que se entender a posição jurídica de vantagem (ou o feixe de posições jurídicas subjetivas ativas), numa dada relação entre sujeitos de direito, prefigurada em norma jurídica abstrata, e à qual corresponde uma posição jurídica desvantajosa. Conforme a natureza desses direitos, podem eles expressar a posição de exigir um determinado comportamento do sujeito passivo (uma prestação), ou de influir sobre a situação jurídica deste, sem que lhe possa resistir (uma sujeição). Tem-se, no primeiro caso, um **direito prestativo**, e no segundo caso, um **direito potestativo**.⁴⁶

Por **pretensão**, há que se entender o poder de exigir de outrem uma prestação, quando não adimplida espontaneamente, consistindo esse inadimplemento em uma violação da norma jurídica que confere o direito a essa prestação, e em uma lesão a esse direito. Nestes termos, a pretensão, como **poder de exigir**, é um meio de se garantir a efetivação do direito subjetivo, com

⁴⁵ Conforme Fredie Didier: “Demais disso, prescrição e decadência são institutos de direito material, enquanto preclusão é instituto de direito processual. A prescrição e a decadência ocorrem extraprocessualmente – malgrado sejam ambas reconhecidas, no mais das vezes, dentro de um processo –, e suas finalidades projetam-se também fora do processo: visam à paz e à harmonia sociais, bem como a segurança das relações jurídicas”. DIDIER, F. **Curso de direito processual civil, vol. 1, op. cit.**, p. 428.

⁴⁶ AMORIM FILHO, A. **Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis**, *op. cit.*, pp. 03-09.

a aquisição ou realização do bem jurídico nele previsto pelo cumprimento de uma obrigação de dar, de fazer ou de se abster.⁴⁷

Com isso, duas observações são importantes: primeiramente, a de que essa exigibilidade confere proteção às posições jurídicas subjetivas que requerem uma contrapartida do outro polo da situação relacional; compreende ou justifica, pois, um “ação”, em sentido material, de fazer valer o direito nascido da ocorrência fática normativamente prevista, e à qual o ordenamento jurídico estipula diferentes possibilidades de exercício – podendo, não obstante, ser resistida pelo destinatário da exigência.⁴⁸ Disso decorre que, aos direitos potestativos, nos quais não se pretende um comportamento alheio, não há o que se exigir, pois seu exercício acarreta, em si mesmo, o bem jurídico correspondente, com a produção de efeitos que alteram a situação jurídica de outrem, sujeitando-o a essa mudança – mudança esta, que pode se dar de modo constitutivo, modificativo ou extintivo das posições jurídicas em questão.

Em segundo lugar, a concepção mesma dessa exigibilidade se tornou relevante, na dogmática jurídica, para destacar a sua distinção em relação à **ação**, no sentido processual, cuja necessidade surge justamente a partir da resistência do sujeito passivo ao cumprimento da obrigação, à prestação exigida. Havendo resistência ao cumprimento exigido, a par dos meios extraprocessuais de se garantir a prestação, como adicional garantia à efetivação do direito tem-se a possibilidade de **impor a prestação**, pelo concurso do poder soberano, titularizado pelo povo e exercido pelo Estado, que se substitui ao titular do direito subjetivo para garantir a sua concretização e, simultaneamente, a autoridade do ordenamento jurídico que lhe fundamenta.⁴⁹

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 11 e 13.

⁴⁸ Marcel Edvar Simões aponta para a caracterização de Pontes de Miranda (destaques no original): “Para Pontes de Miranda, a ação em sentido material é um poder jurídico *de Direito material* (de Direito Civil, por exemplo), e não de Direito processual. É um poder jurídico (uma *situação* ou *posição* jurídica) que surge no polo ativo de uma relação jurídica de Direito material no exato momento em que a pretensão (igualmente de Direito material) é exercitada em face do polo passivo e é resistida, ou não é satisfeita. A partir desse momento lógico, o ocupante do polo ativo da relação (o *sujeito ativo*) passa do *poder exigir* (pretensão) ao *poder agir* (ação), e *poder agir* por todos os meios que o ordenamento jurídico lhe assegure (o que, como se pode notar, exprime o conceito de garantia da teoria geral da relação jurídica)”. SIMÕES, M. E. **Ação em sentido material ainda existe em nosso ordenamento jurídico? (Parte 1)**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-mai-16/direito-civil-atual-acao-sentido-material-ainda-existe-nosso-sistema-parte#_ftnref6. Acesso em 18ago2020.

⁴⁹ Agnelo Amorim Filho opta por entender sinônimas a pretensão e a “ação em sentido material”, indicando o surgimento da primeira, como conceito, para promover a oposição da última frente à “ação em sentido processual”. Vide nota 6, *supra*. Sob esta óptica, na noção de “exigir” a prestação estariam embutidos os meios extraprocessuais de efetivá-la. Marcel Simões, ao revés, distingue entre “exigir” e “agir”, ressaltando que neste último se inclui uma diversidade de meios materiais. Esse ponto de vista, a seu turno, torna paralelas (ao menos conceitualmente) as vias material e processual, ambas surgidas da pretensão resistida. Cf. SIMÕES, M. E. **Ação em sentido material ainda existe em nosso ordenamento jurídico? (Parte 1)**, *op. cit.*

Apartando-se, destarte, pretensão e ação – ou (pretensão e) ação em sentido material, de um lado, e ação em sentido processual, de outro – denota-se, assim, a existência de dois níveis de proteção do direito prestativo, cuja distinção muitas vezes se negligencia, porquanto não raro a imposição se segue de imediato à exigência, conferindo-se um espaço quase que estritamente lógico (e pressuposto) à resistência, na prática das relações contenciosas.⁵⁰

Essa distinção permitiu o entendimento acerca da existência da ação processual como instituto jurídico autônomo e base do desenvolvimento científico da teoria processual, o que levou, entretanto, ao paroxismo de que tomar a ação processual (ou judicial) pelo significado exclusivo de “ação”, em metonímia, na doutrina jurídica contemporânea. Marcel Simões, ao tratar do tema, explicita:

Muitos processualistas brasileiros, impressionados com a luta histórica do Direito Processual por autonomia científica, sempre entenderam que a “ação” é assunto próprio e exclusivo do seu campo de estudo. E eles estão certos. Mas apenas no que se refere à “ação” em sentido processual, a pretensão e correlata “ação” exercitada pela parte autora em direção ao Juiz, tendo por objeto a prestação de tutela jurisdicional, e que se mostra como autônoma em relação ao direito subjetivo material e – segundo a doutrina dominante – “abstrata”. Existe porém um universo mais amplo, que interessa ao Direito Civil e, mais do que isso, à Teoria Geral do Direito: o universo que se revela através da expressão ação em sentido material.⁵¹

Demais disso, referida distinção também proporciona a percepção de que, por meio da ação processual, outras finalidades são alcançadas, para além da efetivação de uma prestação devida, como o próprio exercício de um direito potestativo, ou ainda, a simples afirmação da autoridade das normas jurídicas, por meio da interpretação e aplicação dos comandos normativos aos fatos concretos de modo certo, seguro e definitivo.

É bem de se ver, nesse ínterim, que a atuação estatal para dizer e aplicar o direito consiste ela própria numa prestação, a que faz jus o membro do povo (determinável ou não). O direito de ação (processual) é, pois, o direito público subjetivo de pleitear o exercício do poder estatal na tutela de interesses, ao qual corresponde o dever-poder do Estado de prestar essa tutela, ou seja, de garantir a realização do direito por um pronunciamento, solene, certo e definitivo – ou de, em todo caso, negar essa realização por essa via solene. O titular desse direito tem, por isso,

⁵⁰ Concorre para isso, por óbvio, o desenvolvimento do Estado moderno e o monopólio do uso da força, que restringe as possibilidades de se valer de meios próprios para assegurar direitos, tornando-as excepcionais em face da proibição geral de autotutela. Cf. DONIZETTI, E. **Curso didático de direito processual civil**. 18ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 80; DIDIER JR., F. **Curso de direito processual civil**, vol. 1, *op. cit.*, pp. 156 e 165.

⁵¹ SIMÕES, M. E. **Ação em sentido material ainda existe em nosso ordenamento jurídico? (Parte 1)**, *op. cit.*

uma pretensão à prestação estatal, que é diferente de uma eventual pretensão a prestações materiais, dirigida a sujeitos passivos que não a pessoa estatal, as quais serão, todavia, alvo daquele pronunciamento.

Por outro lado, o tão só exercício do direito de ação (processual) já opera, por si mesmo, uma interferência na situação jurídica alheia, por acarretar a constituição de uma relação jurídica processual em que há de figurar um polo passivo. Isso confere a tal exercício o caráter potestativo, por não se poder furtar o sujeito passivo à sujeição do processo.⁵² Assim sendo, o direito público subjetivo de ação (processual) ostenta dois prismas: o direito à prestação estatal de tutela dos interesses, e o direito potestativo de sujeitar uma contraparte a essa prestação estatal.

Decerto que tal direito de ação, assim delineado, evoca a disponibilidade do seu exercício como prerrogativa do seu titular. Esse aspecto se desdobra na chamada inércia de jurisdição, ante a iniciativa da parte, o que faz restringir o impulso oficial apenas à sua marcha, quando se trata de processos judiciais.⁵³ Quanto aos processos de controle externo, ao revés, identifica-se como que uma plenitude do impulso oficial, dir-se-ia por semelhança aos processos administrativos.⁵⁴ A isso, somar-se-ia a noção de que, não havendo interesses contrapostos nos processos de controle externo, não se caracterizariam por canalizar a solução de uma **lide**.⁵⁵

⁵² Isso fortalece a compreensão da ação processual como um dos meios de garantia das posições jurídicas ativas, ao lado da ação material, defendida por Marcel Simões (destaques no original): “A ação material, enquanto poder formativo, opera exatamente dessa forma: aquele que se encontra na chamada *situação do acionado* (polo passivo) apenas suporta os efeitos do exercício da ação pelo sujeito ativo, o qual irá se valer de todos os meios que o ordenamento jurídico lhe confira para ver realizada a *impositividade* do seu direito subjetivo. O acionado está apenas *sujeito* ao exercício da ação do sujeito ativo sobre a sua esfera jurídica, quer se trate de ação que deva ser canalizada por meio da devida “ação processual” (veja-se o exemplo do bem que, num processo de execução, é retirado do setor patrimonial da esfera jurídica do devedor para ser entregue ao credor, em virtude de uma dívida de dar coisa certa), quer se trate da ação do credor de uma dívida de fazer que, em virtude da urgência, manda terceiro executar o fato à custa do devedor, sem autorização judicial — e, portanto, sem “ação” processual (artigo 249, parágrafo único, CC)”. SIMÕES, M. E. **Ação em sentido material ainda existe em nosso ordenamento jurídico? (Parte 2)**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-mai-23/direito-civil-atual-acao-sentido-material-ainda-existe-nosso-sistema-juridico-parte#_ftn4. Acesso em 18ago2020.

⁵³ Cf. DIDIER, F. **Curso de direito processual civil, vol. 1**, *op.cit.*, pp. 145-146; DONIZETTI, E. **Curso didático de direito processual civil**, *op. cit.*, pp. 12 e 93.

⁵⁴ “Princípio da Oficialidade: diferente do processo jurisdicional, em que o conflito gravita, no mais das vezes, em torno de direitos disponíveis, o processo administrativo se encontra vinculado à tutela do interesse público e, não raro, a salvaguarda de direitos fundamentais. Por isso, o Poder Público deve agir de ofício, assumindo a promoção e prevenindo a inércia”. FREITAS, J.; MILESKE, H. S. **Manual de boas práticas processuais dos Tribunais de Contas**. Brasília-DF; Cuiabá-MT: ATRICON; Instituto Rui Barbosa; TCE-SC, 2013, p. 29. Disponível em: http://www.atricon.org.br/wp-content/uploads/2014/01/ATRICON_-_Manual-de-Boas-Praticas-digital.pdf. Acesso em 19ago2020. Cf. também JACOBY FERNANDES, J. U. **Tribunais de contas do Brasil**, *op. cit.*, p. 195.

⁵⁵ Sobre a alegação de ausência de lide nos processos de controle externo, Cf. LIMA, L. H. **Controle externo**, *op. cit.*, p. 195. SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 29ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 755. Vale consignar que, mesmo nos processos judiciais, há quem sustente que uma eventual ausência de interesses contrapostos

A esse respeito, talvez se faça inevitável expandir as reflexões sobre a processualística dos Tribunais de Contas, em direção a uma teoria processual específica para o controle externo, que reúna de modo sistemático as ideias sobre essas características e faculte um campo apropriado para sua detida revisão.⁵⁶ As dúvidas sobre a singularidade da função de controle externo por si mesmas acarretam, antes de tudo, a ausência de um corpo doutrinário que lhe corresponda e, ato contínuo, de uma legislação processual que reflita essa sistematização e a retroalimente.

Essa verdadeira lacuna teórica e o atraso em termos de positivação já há algum tempo se faz ressentir aos estudiosos do controle externo e mesmo aos integrantes dos Tribunais de Contas, havendo significativos esforços no sentido de se assegurar a previsão constitucional de uma **lei nacional de processo de controle externo** e, subsequentemente, sua edição.⁵⁷

Abordando a questão, Odilon Cavallari de Oliveira sustenta já haver previsão constitucional para a edição de uma lei nesses moldes, arguindo, em seguida, sobre sua conveniência:

[...]

O exposto até aqui autoriza, por conseguinte, extrair a seguinte conclusão: com fundamento no art. 24, incisos I e XI, e art. 163, inciso V, da Constituição Federal, a União tem competência para editar uma lei nacional de fiscalização financeira da administração direta e indireta ou, se assim se preferir, uma lei nacional dos tribunais de contas ou, ainda, uma lei nacional de controle externo. [...] Por essa razão, na busca

(ou seja, de lide) não é bastante para descaracterizar a jurisdição, entendendo-se como jurisdicional até mesmo a chamada jurisdição voluntária. Ainda que reconhecendo ser minoritária a corrente, Fredie Didier declara que ela tem conseguido adeptos. Sobre o tema, aduz: “[...] não se pode dizer que não há lide em jurisdição voluntária. Basta citar os exemplos da interdição e da retificação de registro, procedimentos de jurisdição voluntária que normalmente dão ensejo a controvérsias. O que acontece é o seguinte: a jurisdição voluntária não pressupõe lide, a lide não precisa vir afirmada na petição inicial. [...] Os casos de jurisdição voluntária são potencialmente conflituosos e por isso mesmo são submetidos à apreciação do Poder Judiciário. [...] Em segundo lugar, para Giovanni Verde, a única definição possível de jurisdição se baseia em seu aspecto subjetivo: jurisdição é a atividade exercida por juízes – juízes com todas as garantias constitucionais da magistratura, façam ou não parte do Poder Judiciário. Mas cabe acrescentar: jurisdição é a atividade exercida pelos juízes (órgãos investidos nesta função), que aplicam o direito objetivo em última instância, dão a última palavra sobre a questão, proferindo decisão que não pode ser controlada por nenhuma outra função estatal”. **Curso de direito processual civil, vol. 1, op. cit.**, pp. 191-192. Considerando o que já se disse sobre a definitividade das decisões de controle externo, e também as garantias e prerrogativas dos magistrados de contas (art. 73, § 3.º, da CF/88), e salvas as proporções, é possível fazer um paralelo com o controle externo.

⁵⁶ Nessa direção, é válido destacar o pioneirismo do recente trabalho de Ismar Viana, já mencionado linhas acima, porque destinado a impulsionar o desenvolvimento de semelhante teoria a partir da discussão sobre as diretrizes principiológicas e as bases constitucionais que são os alicerces do processo de controle externo. Cf. VIANA, I. **Fundamentos do processo de controle externo**, op. cit.

⁵⁷ O Conselheiro Salomão Ribas Júnior, do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, na Apresentação do Manual de Boas Práticas Processuais dos Tribunais de Contas, produzido pela Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil – ATRICON com apoio do Instituto Rui Barbosa – IRB, relata que, em duas oportunidades (2000 e 2008), intentou-se elaborar um projeto de lei processual nacional, ante a necessidade de uniformização da atuação dos Tribunais de Contas. O malogro dessas tentativas levou à confecção de um manual que servisse de orientação às Cortes, para incremento da eficiência de seus processos e da eficácia de suas decisões. Cf. FREITAS, J.; MILESKI, H. S. **Manual de boas práticas processuais dos Tribunais de Contas**, op.cit.

da otimização do princípio constitucional da prestação de contas, é de se reconhecer que a natureza instrumental do processo de controle externo, de modo geral, e do processo de prestação de contas, de modo particular, o insere, definitivamente, ainda que de forma implícita, no campo de abrangência do direito financeiro, autorizando, assim, a União a editar uma lei nacional de processo dos tribunais de contas.⁵⁸

Em todo caso, a incipiente (ou rarefeita) teorização sobre o processo de controle externo, em grande medida decorrente da falta de consenso teórico (ou de esclarecimento) sobre a autonomia da função controladora, ocasiona um esforço pragmático de fundamentação na atividade jurisprudencial, seja dos tribunais judiciais, seja dos de contas, que empresta a outros ramos da dogmática jurídica postulados interpretativos e mesmo princípios e regras normativas, para subsidiar as decisões. Conforme testemunha Jacoby Fernandes, alertando para o risco dessas importações:

Firmado o entendimento de que, por força da Constituição Federal, os Tribunais de Contas têm jurisdição, cabe verificar a quais princípios estão submetidos.

Em pesquisa realizada tanto no direito pátrio como no comparado, constatou-se a ausência de doutrina sobre o tema, embora alguns julgados tenham revelado a existência desses princípios.

O tema está a exigir reflexão, diante da extensa lacuna legislativa sobre a questão da jurisdição e das peculiaridades de que se cerca a jurisdição de controle. É consabido que, quanto maior a lacuna, maior a necessidade de se recorrer aos princípios para integração do direito.

Por outro lado, não se deve acolher os princípios gerais da jurisdição processual civil, na atualidade já muito bem sistematizados, porque muitas vezes se mostrarão inadequados à natureza da função de controle. Sendo, pois, certo que no direito judiciário as partes estão em condições de igualdade, que o ônus da prova incumbe a quem alega e que prevalecem os direitos disponíveis, forçoso é reconhecer a necessidade de critérios na migração dos postulados científicos.⁵⁹

A despeito das incongruências, **ante uma certa ausência de identidade do controle externo e, em especial, de sua processualística, seus limites são traçados nas fronteiras do direito financeiro, do direito administrativo e de seu processo, do direito processual penal e também do direito processual civil (sem prejuízo do aproveitamento de conceitos e institutos das vertentes substantivas desses últimos); e, mais recentemente, doutrinadores e julgadores tem**

⁵⁸ OLIVEIRA, O. C. *Diante do princípio federativo, seria constitucional uma lei nacional de processo dos tribunais de contas?* **Revista do Tribunal de Contas da União**, ano 40, n. 113, setembro/dezembro 2008, pp. 13-32. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/issue/view/20>. Acesso em 18ago2020. Inobstante essa possível fundamentação, como alerta Ismar Viana, a previsão de uma lei processual de controle externo consta de três propostas de emenda à Constituição em tramitação no Congresso Nacional: PEC 40/2016-SF, PEC 22/2017-SF e PEC 329/2013-CD. VIANA, I. **Fundamentos do processo de controle externo**, *op.cit.*, p. 102.

⁵⁹ JACOBY FERNANDES, J. U. **Tribunais de contas do Brasil**, *op. cit.*, pp. 556-557.

se valido da sistematização **das normas de sobredireito aplicadas ao Direito Público** como um todo, com a edição da Lei n. 13.655/18, que as inseriu na LINDB.⁶⁰

Consideradas, destarte, as normas generalizáveis, toda uma gama de princípios e regras, em miscelânea, serve para essa fundamentação da dogmática jurídica do controle externo e de sua dimensão processual,⁶¹ rotineiramente empreendida de forma casuística, e cuja recensão importaria em esforço teórico de amplo fôlego, exorbitando os lindes do presente trabalho.

O que, não obstante, se contém nos limites práticos e finalísticos do atual esforço intelectual é afirmação de que, **assim como “ação” não é apenas ação processual, tampouco a “ação processual” é apenas ação judicial**, porquanto nada do que se disse acima, acerca da prestação estatal de tutela de interesses, é incompatível com a função de controle externo, tal como exercida pelas Cortes de Contas.

Ora, mesmo no campo das ações judiciais, é lícito afirmar a existência de ações cuja iniciativa não é disponível e sequer privada, *verbi gratia* as ações penais públicas, nas quais, *a contrario sensu*, vigoram os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade, e cuja iniciativa, como regra, incumbe ao Ministério Público.⁶² Outras ações judiciais, conquanto disponíveis na

⁶⁰ Tecendo críticas à edição da lei, Ismar Viana recupera essas referências normativas: “Não obstante a Lei tenha trazido conceitos que podem ser diretamente aplicáveis ao processo controlador, ao propor alterações na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro – que tem por finalidade própria fixar mecanismos de colmatação de lacunas legislativas e emprestar parâmetros de hermenêutica – a justificativa que lastreou a necessidade de inclusão de dispositivos na LINDB desconsiderou a existência das Leis de Processo Administrativo, no âmbito estadual e federal, o Código de Processo Penal, cujos vetores principiológicos em muito coincidem com aqueles que parametrizam o processo que tramita no âmbito dos Tribunais de Contas – o processo de controle externo –, desconsiderou, ainda, o próprio Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente por força do seu artigo 15 e de disposições expressas nas espécies normativas dos tribunais, a exemplo do artigo 298 do Regimento Interno do TCU, Súmula 03 do TCU.” VIANA, I. **Fundamentos do processo de controle externo**, *op.cit.*, pp. 104-105.

⁶¹ Juarez Freitas e Hélio Mileski, no supracitado Manual de boas práticas processuais, enumeram uma série de princípios aplicáveis: “O processo de fiscalização, no âmbito dos Tribunais de Contas, deverá observar os princípios da legalidade, da moralidade, da economicidade, do desenvolvimento sustentável, da eficácia, da eficiência, da proporcionalidade, da impessoalidade, da legitimidade, da transparência e da publicidade, da motivação, do contraditório e da ampla defesa, e da duração razoável do processo, tendo como finalidade a efetivação do direito fundamental à boa administração pública”. Cf. FREITAS, J.; MILESCHI, H. S. **Manual de boas práticas processuais dos Tribunais de Contas**, *op. cit.*, p. 23. Ismar Viana igualmente elabora uma lista de princípios, de cunho exemplificativo (destaques no original): “[...] Assim, *princípios como o da legalidade, tipicidade, culpabilidade, proporcionalidade, retroatividade da norma favorável, non bis in idem, non reformatio in pejus, ampla defesa, contraditório*, dentre outros, são aplicáveis ao processo de controle externo”. Cf. VIANA, I. **Fundamentos do processo de controle externo**, *op.cit.*, p. 106. Jacoby Fernandes também discorre sobre os princípios aplicáveis. Cf. JACOBY FERNANDES, J. U. **Tribunais de contas do Brasil**, *op. cit.*, pp. 557-584.

⁶² Segundo Fernando Capez: “Disponibilidade é a liberdade que as pessoas têm de exercer ou não seus direitos. No direito processual civil é quase absoluta esta disponibilidade, já que as únicas limitações decorrem da natureza indisponível de certos direitos materiais. Por razão inversa, prevalece no processo criminal o princípio da indisponibilidade ou da obrigatoriedade. O crime é uma lesão irreparável ao interesse coletivo, decorrendo daí o dever

sua propositura e continuidade, ao servirem à tutela de interesses indisponíveis, ou de reconhecida relevância social, têm mitigadas as possibilidades de desistência, ao passo que os órgãos estatais legitimados para sua iniciativa tampouco podem se escusar do dever de movê-las sem justo motivo.⁶³

Assim ocorre, *mutatis mutandis*, com as “ações” de controle externo, cujos interesses públicos por elas albergados muitas vezes coincidem com os interesses públicos objeto das ações judiciais, constituindo-se, entretanto, em instância própria e autônoma de satisfação daqueles, com padrões similares de utilidade e necessidade, na prestação da tutela estatal.

Por evidente, não se resume a comparação a uma questão de nomenclatura; nem mesmo se tenciona, com essa aproximação entre os instrumentos processuais de controle e judicial, suplantar diferenças que remontam, conforme discorrido até aqui, à distinta função estatal que se realiza a partir de cada qual. Porém, a mecânica posta em movimento no aparelho de controle externo, porque tomada aos moldes do aparelho judicial, leva intuitivamente à aplicação das mesmas ferramentas – é dizer, à tentativa de solução das controvérsias pelo empréstimo aos institutos aplicados ou reconhecidos nos processos judiciais –, especialmente quando são os processos e decisões de controle externo alvo da revisibilidade pelos órgãos judiciais.

Inobstante esse aproveitamento, não se pode olvidar que o jogo de semelhanças e diferenças entre os sobreditos aparelhos estatais frequentemente provoca um estranhamento, partilhado pela comunidade jurídica e pelas instâncias julgadoras, em relação a certas características dos órgãos de controle externo que são mais afetas ao arranjo estrutural do que à natureza e forma de exercício de sua função precípua, o que tende a enfatizar as diferenças, resultando em soluções decisórias problemáticas. *Exempli gratia*, uma clara diferença de teor estrutural – que, inclusive contribui para não se admitir a ideia de “ação” na dinâmica dos processos de controle externo – está na concentração de papéis ou “funções processuais” de

de o Estado aplicar as regras jurídico-punitivas”. Cf. CAPEZ, F. **Curso de processo penal**. 21ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 63.

⁶³ A exemplo das ações coletivas, que se regem pelo princípio da disponibilidade motivada (destaque no original): “Dada a relevância social dos interesses objeto das ações coletivas, delas não se pode desistir sem um justo motivo, tampouco se pode simplesmente abandoná-las. Segundo esse princípio, a desistência infundada ou o abandono da ação coletiva demandam a assunção pelo Ministério Público ou por outro legitimado (LACP, art. 5.º, § 3.º; LAP, art. 9.º). Se a desistência for fundada (motivada), até mesmo o Ministério Público estará dispensado de assumir o polo ativo. [...] De todo modo, urge atentar que tal princípio refere-se à disponibilidade *da ação*, mas não de seu objeto”. ANDRADE, A.; MASSON, C.; ANDRADE L. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 2ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 44.

investigar/instruir, acusar e julgar num mesmo órgão, demandando, por essa mesma razão, um esforço maior no sentido da sua segregação interna, para fins de observância da dialeticidade e da imparcialidade em todo o curso da instrução.⁶⁴

Ademais, algumas idiossincrasias da forma de exercício da função controladora – impactada por esses aspectos estruturais – também contribuem para o distanciamento entre os Tribunais de Contas e os Tribunais Judiciais, a exemplo do poder de agir por impulso oficial que a competência fiscalizatória confere ao órgão de controle externo, diferenciando-se, neste ponto, da conhecida inércia judicial, em que a prestação de tutela jurisdicional fica condicionada à iniciativa da parte interessada ou à promoção da ação por outro órgão competente (*e.g.* o art. 129, inciso I, da CF/88; o art. 2.º do CPC; art. 100 do Código Penal; arts. 24 a 42 do Código de Processo Penal; o art. 17 da Lei n. 8.429/92; e o art. 6.º da Lei Complementar n. 75/93).

Veja-se, ademais, que a via de ação judicial condiciona-se, nos casos de direitos indisponíveis e bens jurídicos de interesse social, a procedimento prévio, de cunho apuratório de possíveis lesões, cuja competência é, outrossim, atribuída a órgão distinto (*cf.*, *e.g.*, o art. 58, § 3.º, e o art. 129, inciso III, da CF/88; os arts. 4.º a 23 do CPP; os arts. 7.º e 22 da Lei n. 8.429/92; e os arts. 6.º, inciso I, 7.º, e 9.º, inciso IV, da LC n. 75/93). Em procedimentos tais, a intervenção direta do Poder Judiciário, quando existente, é pontual, em caráter de supervisão,⁶⁵ de maneira a permitir seu início ou determinar seu término, ou para autorizar a adoção de medidas particularmente agressivas a direitos fundamentais, sob reserva de jurisdição (*e.g.* art. 5.º, inciso XII, da CF/88, *c/c.* Lei n. 9.9.296/96). Destarte, a atuação judicial usualmente se restringe à fase mais

⁶⁴ Ismar Viana avalia essa concentração de papéis como um aspecto destoante do devido processo legal e motivo de déficit de legitimidade da atuação dos órgãos de controle externo: “Busca-se, então, demonstrar que a ausência de independência entre as funções de investigar, acusar, e julgar concentradas num só órgão, ao contrário do que ocorre com o processo judicial, cujas funções processuais são manifestadas por órgãos distintos, constitui fator crítico para o regular funcionamento dos Tribunais de Contas, que devem processualizar as demandas à semelhança do processo judicial, o que se extrai do artigo 73, *c/c* 96, I, “a” da CRFB/1988, cujo conteúdo remete ao sistema processual acusatório não puro ou não ortodoxo”. VIANA, I. **Fundamentos do processo de controle externo**, *op. cit.*, p. 05.

⁶⁵ O STF tem entendimento firmado no sentido de que depende de sua autorização a abertura de investigação contra as autoridades submetidas a ação penal originária sob sua competência, sob pena de nulidade dos atos praticados. *Cf.* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pet 3.825 QO/MT**. Relator(a): Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE; Redator(a) do Acórdão: Ministro GILMAR MENDES. Órgão: Tribunal Pleno. Julgamento: 10.10.2007. Publicação: DJe-060 DIVULG 03-04-2008 PUBLIC 04-04-2008 EMENT VOL-02313-02 PP-00332 RTJ VOL-00204-01 PP-00200. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=518263>. Acesso em: 21ago2020. Pelo princípio da simetria, a mesma exigência se estende aos detentores de foro por prerrogativa de função cujo julgamento está a cargo do STJ ou dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça estaduais.

propriamente processual, iniciada com a propositura de uma demanda, subsidiada ou não por procedimento investigativo antecedente e apartado, conforme o caso.

Já a fiscalização promovida pelo Tribunal de Contas inaugura um *iter* procedimental que, englobando a fase investigativa (cf., *e.g.*, o art. 1.º, incisos II e IV, art. 38, incisos I e IV, e art. 41 da Lei n. 8.443/92), pode redundar na responsabilização de um agente por atos de gestão e por despesas eivadas de ilegalidade, ilegitimidade, ou antieconômicas. Nessas circunstâncias, o procedimento de apuração eventualmente instaurado vem a adquirir contornos processuais e feição instrutória, quando ao agente controlado é conferido o exercício do contraditório e os meios plenos de defesa (cf. o art. 8.º, §§ 1.º e 2.º, art. 12, incisos I a III, art. 43, inciso II, art. 45, e art. 47 do mesmo diploma legal). Neste sentido, em um mesmo curso procedimental pode suceder o exercício das competências fiscalizatória, judicante e sancionadora.

Independentemente disso, quer se nomeie “ação” às diferentes demandas de competência dos Tribunais de Contas, quer se preserve o vocábulo para as demandas de competência do Poder Judiciário, há em ambos os tipos de prestação estatal correspondências suficientes para a extração de uma racionalidade que aproveite a uma melhor sistematização do controle externo e, no mesmo passo, propicie a adoção de institutos jurídicos afins com mais coerência, sem descuidar das diferenças relevantes.

Desta feita, a “migração” de postulados e de institutos há de obedecer a critérios, como visto, a fim de que seu emprego não desnature a função controladora. E, no tocante à adequada aplicação da prescrição no campo do controle externo, um caminho para a dosagem está na correta identificação dos interesses tutelados e dos efeitos esperados com a tutela prestada.

Para tanto, é de se ter em conta a tradicional classificação das ações conforme a carga eficaz das tutelas, desenvolvida no direito brasileiro por Pontes de Miranda. Por “carga eficaz” entende-se o efeito ou conjunto de efeitos esperados, pretendidos com a prestação estatal, ou seja, a potencial produção de efeitos que se toma pelo conteúdo mesmo da tutela.⁶⁶

⁶⁶ Como explica Hermes Zaneti Júnior: “O importante é que, na criação das ações mandamentais, o método utilizado por KUTTNER pela primeira vez não foi o da classificação pelo gênero e espécie (até então a classificação se dava pelo gênero = ação; espécie = condenatória, declaratória, ou as, emergentes, constitutivas), e, sim pelo exame da eficácia da sentença, que é exatamente o ponto distintivo na doutrina de PONTES DE MIRANDA. Ao observar este insight de KUTTNER o genial processualista brasileiro percebeu que as ações e conseqüentemente as sentenças deveriam ser classificadas de acordo com a preponderância de seu potencial resultado no mundo da vida. ZANETI JR, H. **A eficácia constitutiva da sentença, as sentenças de eficácia preponderantemente constitutiva e a força**

4. Prescrição, decadência e perpetuidade das tutelas de controle externo

Classicamente, têm as tutelas jurisdicionais feição **cognitiva**, de **execução** ou **cautelar**, quer se voltem, respectivamente: ao conhecimento e à asseguarção do direito alegado; à efetiva realização ou satisfação do direito assim reconhecido e certificado; ou a assegurar sua satisfação futura. A par dessa tipologia, é possível categorizar as ações movidas para atender a essas finalidades, muito embora o sincretismo processual, favorecido com o evoluir da legislação, tenha tornado despicienda a qualificação.⁶⁷

As tutelas cognitivas, a seu turno, subdividem-se em declaratórias, constitutivas e condenatórias, conforme a classificação ternária, adicionando-se as de cunho mandamental e as tutelas executivas em sentido amplo, para compor as cinco espécies identificadas pelo famoso jurista brasileiro.

Conceitualmente, são **declaratórias** as tutelas que atestam a existência ou inexistência de uma situação jurídica, ou o seu modo de ser – ou ainda, a autenticidade de um documento. Sua eficácia, apenas alcançada quando tornada definitiva a decisão, se resume à certeza acerca da situação jurídica objeto do processo, à eliminação da controvérsia e à promoção da segurança jurídica quanto a isso. De outra feita, são **constitutivas** as tutelas que, operando apenas no mundo jurídico (tal como as declaratórias), promovem a criação, modificação ou extinção de situações jurídicas – ou seja, conferem a efetivação de direitos potestativos. Quer acarretem a criação de situações jurídicas, ou a sua alteração (modificando-as ou extinguindo-as), são tutelas constitutivas positivas ou negativas, respectivamente. Por sua vez, são **condenatórias** as tutelas que asseguram um direito à prestação, impondo ao sujeito passivo o seu adimplemento, a ser objeto de execução em momento posterior.⁶⁸

normativa do comando judicial. s/d, p. 03. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Hermes%20Zaneti%20Jr%20-%20formatado.pdf>. Acesso em 21ago2020.

⁶⁷ Consoante Freddie Didier Jr: “As demandas podem ser classificadas de acordo com a natureza da tutela jurisdicional que se busca: conhecimento (certificação de direito), execução (efetivação de direito) ou cautelar (proteger a efetivação de um direito). Atualmente, essa distinção tem perdido o prestígio, porquanto as demandas têm assumido natureza sincrética: vai-se a juízo em busca de uma providência jurisdicional que viabilize mais de um tipo de tutela jurisdicional, satisfazendo e assegurando, certificando e efetivando, certificando[,] assegurando e efetivando etc. Não deixa de ter importância a distinção entre os tipos de tutela, que são diversos; perde-se, porém, a importância de distinguir as demandas conforme essas modalidades de tutela”. DIDIER JR, F. **Curso de direito processual civil**, vol. 1, *op. cit.*, p. 289.

⁶⁸ Cf. AMORIM FILHO, A. **Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis**, *op. cit.*, pp. 09-10; DIDIER, F. **Curso de direito processual civil**, vol. 1, *op. cit.*, pp. 288-301; DONIZETTI, E. **Curso didático de direito processual civil**, *op. cit.*, pp. 62-64.

As tutelas **mandamentais** e **executivas *lato sensu*** guardam o mesmo propósito de determinar uma prestação que ostentam as tutelas condenatórias, malgrado a origem histórica da primeira, relacionada à expedição de uma ordem para cumprimento por autoridade pública.⁶⁹ Entre si, seriam as tutelas de prestação distintas conforme a natureza da prestação devida, a condicionar o meio executivo mais adequado para sua satisfação. Às mandamentais, corresponderiam meios coercitivos indiretos, é dizer, pelo constrangimento infligido ao sujeito passivo para que seja compelido ao cumprimento da ordem; já as tutelas executivas *lato sensu* seriam efetivadas pela direta realização dos atos executivos, pelo Estado ou por terceiro, em substituição ao devedor.⁷⁰

Em todo caso, cumpre anotar que a tônica desta classificação está na eficácia principal, ou preponderante, da tutela a ser prestada. Se, como dito, a classificação das ações judiciais a partir da tutela pleiteada tornou-se algo obsoleta, ante a positivação do processo sincrético no campo do direito processual civil, com a eliminação dos processos de execução de títulos judiciais e dos processos cautelares, a permitir a prestação de tutelas executivas e cautelares no bojo do processo de conhecimento,⁷¹ as próprias tutelas, em si mesmas, guardam múltiplas cargas de eficácia, especificando-se pela carga preponderante, em função das quais as outras são requisitos ou conseqüências lógicas, ou em torno dela gravitam.

Assim, por exemplo, qualquer tutela contém uma eficácia declarativa, dado que, para condenar, constituir, e mesmo acautelar ou executar, faz-se imprescindível declarar a certeza a respeito da situação jurídica a ser tutelada. De igual sorte, a prolação da decisão judicial implica

⁶⁹ Diz Zaneti: “Para a compreensão da tese de PONTES DE MIRANDA é importante, também, saber que, em 1914, GEORG KUTTNER mencionou a existência de ações mandamentais. Seria mandamental, para KUTTNER, aquela ação em que ‘o Juiz, sem proferir uma decisão suscetível de gerar coisa julgada a respeito da relação jurídica de direito privado, determina, imediatamente, que um outro órgão do Estado, uma autoridade pública ou um funcionário público, venha a tomar ou deixar de tomar uma medida especificada na sentença, dentro dos limites da competência da aludida autoridade, mediante novo pedido da parte vitoriosa no processo’.” ZANETI JR, H. **A eficácia constitutiva da sentença, as sentenças de eficácia preponderantemente constitutiva e a força normativa do comando judicial**, *op. cit.*, p. 02.

⁷⁰ Didier afirma que, embora não implicando uma correlação inevitável, por haver exemplos em contrário, haveria mesmo uma tendência legislativa nesse sentido: “De fato, há uma tendência legislativa de conferir à tutela das obrigações de fazer e não-fazer a técnica de execução indireta, pela qual seriam efetivadas por meio de provimentos jurisdicionais que impusessem o cumprimento da prestação, sob pena de multa ou outra medida coercitiva. Essa técnica será a adequada nos casos de obrigações infungíveis, como as de não-fazer. À tutela das obrigações de dar coisa distinta de dinheiro, inicialmente, reserva-se a execução por sub-rogação, que se dá pelo desapossamento. Normalmente se atribui às obrigações de pagar quantia a técnica da execução por sub-rogação, que se dá pela expropriação de bem do executado e a entrega do produto ao exequente”. DIDIER JR, F. **Curso de direito processual civil**, vol. 1, *op. cit.*, pp. 300-301.

⁷¹ Cf. os Capítulos I e III do Título II do Livro V da Parte Geral, e o Título II do Livro I da Parte Especial, ambos do Código de Processo Civil.

na constituição de um título executivo e, via de regra, na condenação em custas e honorários, bem como na ordem para sua publicação.⁷²

Há, portanto, uma variedade de efeitos potenciais contidos nas tutelas judiciais e uma diversidade de tutelas veiculadas pelo provimento judicial, a ponto de um mesmo processo comportar tutelas cautelares, cognitivas e executivas, as quais contenham efeitos declarativos, constitutivos e condenatórios, muito embora, tradicionalmente, destaque-se um efeito e uma tutela para qualificar o instrumento processual em curso (e nominá-lo), como sendo o correspondente ao **mérito** da prestação jurisdicional.⁷³

Note-se, nesse comenos, que tal aglutinação e prevalência eficaz, própria das demandas deduzidas perante os órgãos judiciários, tem consequências para o desfecho do processo: entendendo-se por prejudicado o *meritum causae*, ou seja, não podendo ser satisfeito o pedido formulado – porque inexigível a prestação ou decaído o poder de sujeitar, por exemplo – esvanece-se toda a carga eficaz identificada como sendo o conteúdo da tutela pretendida.⁷⁴ Em outras palavras, tem-se por igualmente afetadas as demais eficácias relacionadas à eficácia prevalente. Assim, o processo finda, com a resolução do mérito pela negação do pleito, pelo não provimento da tutela.

Eis, então, a aposta: **esse traço de aglutinação entre os efeitos potenciais, e de prevalência de um deles, não se encontra nas tutelas estatais de controle externo.**

⁷² Elpídio Donizeti sintetiza: “A rigor, todas as sentenças são, a um só tempo, condenatórias, declaratórias e constitutivas. Em toda sentença há, pelo menos, a condenação em custas e honorários; mesmo na ação condenatória, de reparação de danos, por exemplo, há a declaração relativa à violação do direito e a constituição de obrigação. Sob esse prisma, as sentenças - ou as tutelas concedidas - são predominantemente condenatórias, declaratórias ou constitutivas”. DONIZETTI, E. **Curso didático de direito processual civil**, op. cit., p. 24.

⁷³ “Segundo Pontes de Miranda, a eficácia própria das sentenças corresponde à pretensão à tutela jurídica que, exercida, resultou a ação. Assim, os efeitos da sentença seriam a própria projeção das pretensões à tutela jurídica, mesmo porque foi intentando o alcance dessa eficácia que o autor exerceu o seu direito de ação. Assim, de logo, nota-se a grande afinidade existente entre o tipo de tutela pretendida com a propositura da demanda, o conteúdo da sentença que julga procedente a ação e o efeito principal dessa decisão, configurando-se uma decorrência lógica (e não uma vinculação absoluta) do primeiro ao último instituto”. CARVALHO, R. S. **Os efeitos da sentença no processo civil brasileiro**. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/os-efeitos-da-sentenca-no-processo-civil-brasileiro/#_ednref1. Acesso em: 21ago2020.

⁷⁴ É possível entrever um tratamento encadeado desses aspectos na divisão do mérito entre a “questão principal” e as demais questões incidentes em sua apreciação: “As questões de mérito (*lato sensu*) devem ser divididas: (a) Há as questões de mérito (*lato sensu*) que serão resolvidas pelo magistrado como simples fundamento: algumas defesas do réu, o exame da questão incidental de mérito etc. – a doutrina geralmente designa apenas essas como questões de mérito; (b) E o mérito propriamente dito, que é a questão principal, o objeto litigioso. Chama-se de juízo de mérito a decisão sobre a questão de mérito principal, em que se examinam as outras questões de mérito (fundamentos)”. DIDIER JR, F. **Curso de direito processual civil, vol. 1**, op. cit., p. 444. Os reflexos dessa correspondência, contudo, sobretudo em termos de coisa julgada, carecem de maiores reflexões, extrapolando os objetivos deste trabalho.

Recobrando o que se disse alhures sobre as competências constitucionais das Cortes de Contas, e sobre as finalidades que visam atingir, **não se pode afirmar que os processos de controle externo sejam direcionados a um propósito principal**, seja ele de juízo sobre a regularidade das contas, de imputação de débito, de cominação de penalidades, de informação à sociedade e aos demais órgãos públicos, ou outro; propósito este que, neutralizado, levaria à neutralização das demais finalidades almejadas com a prestação realizada pelos Tribunais de Contas. Ao contrário, não se concentrando seus processos na preferencial produção de qualquer dos aludidos efeitos, o conteúdo das tutelas de controle externo pode a todos comportar, com igual importância, subsistindo o mérito ainda que prejudicadas algumas de suas partes.

Para melhor compreensão dessa assertiva, no entanto, faz-se preciso traduzir as tutelas de controle externo na linguagem ora utilizada, classificando as diferentes cargas de eficácia que, conquanto relacionadas, sustentam o seu valor de forma independente perante as demais.

Neste sentido, tendo-se em vista que o efeito declarativo é da essência mesma da “jurisdição”, do dizer o direito, em toda decisão prolatada em processos de controle externo haverá uma eficácia declaratória que se põe, evidentemente, como condição para eventual conteúdo condenatório, que venha se expressar em termos de imputação de débito e aplicação de sanções. Todavia, os misteres de **fiscalizar** atos de gestão e despesas públicas (incisos III, IV, V e VI, do art. 71 da CF/88) e de **julgar** contas (inciso II), enquanto competências individualizadas no texto constitucional, bastam-se por si, como instrumentos voltados à finalidade de **certificar** a legalidade, a legitimidade, a economicidade – em suma, a juridicidade – dos atos e despesas, ou sua antijuridicidade, e a regularidade ou irregularidade das contas objeto de decisão. Ao decidir, conferindo certeza e segurança jurídica às situações objeto de controle, o órgão de controle externo presta **tutela declaratória**, atendendo à concretização do direito fundamental de pedir contas e do direito fundamental à boa administração pública – especialmente sob o enfoque da transparência e do direito à informação –, ao afirmar a autoridade das normas que os estabelecem.

Reveste-se da mesma **feição declaratória** o exercício da competência consultiva (ou opinativa), porquanto efetivada na **elaboração de pareceres prévios** acerca das contas prestadas anualmente pelos chefes do Poder Executivo, a fim de subsidiar o julgamento a cargo do Poder Legislativo (inciso I do art. 71) ou na emissão de **pronunciamento conclusivo** sobre a realização

de despesas não autorizadas (§ 2.º do art. 72),⁷⁵ e na **decisão sobre consultas** formuladas, em tese, por autoridades competentes a respeito de dúvidas na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes às matérias de competência do Tribunal.⁷⁶

Ademais, poder-se-ia atribuir um **efeito declaratório** (aliado a um **efeito executivo lato sensu**) às decisões que, realizando a chamada competência informativa das Cortes de Contas, determinassem a **prestação de informações** solicitadas pelo Poder Legislativo, a respeito das fiscalizações exercidas e de seus resultados (inciso VII do art. 71), e o **envio de relatórios** trimestrais e anuais acerca de suas atividades (§ 4.º), assim como a **representação** ao Poder (ou órgão) competente sobre irregularidades ou abusos apurados (inciso XI).

Não obstante, uma vez declarada a ocorrência de lesão aos direitos públicos subjetivos acima referenciados, de violação às normas que os positivam, ou de ameaça de lesão, sobrevém a **ordem** para que sejam adotadas as **providências necessárias à sua retificação** (inciso IX), ou para prevenir sua ocorrência, ou inibir sua continuidade ou repetição. Trata-se, aqui, do exercício da competência corretiva por meio da prestação de **tutela** de natureza **mandamental**,⁷⁷ pela qual se busca a proteção da ordem jurídica e do erário, estabelecendo meios coercitivos indiretos, mormente a estipulação de multa por descumprimento.

⁷⁵ Muito embora não implicando julgamento e sim opinião técnica, emitem-se os pareceres a partir de uma decisão do Tribunal de Contas, advindas de um processo de controle externo, marcado pela “colegialidade processual-decisória”, no dizer de Ismar Viana: “É, também, em razão das competências jurisdicional e sancionadora constitucionalmente outorgadas aos Tribunais de Contas do Brasil que a esses órgãos é imposto o dever de obediência ao devido processo legal [...]. Diz-se também em razão da competência jurisdicional a que alude o inciso II do artigo 71 da CRFB/1988, tendo em vista que não é tão somente em razão dela que o devido processo legal no âmbito dos Tribunais de Contas é exigido. É que, no Brasil, o modelo de Tribunais de Contas exige colegialidade processual-decisória, independente da espécie do processo controlador, se com o viés jurisdicional e sancionatório ou não, conclusão que apropriadamente se extrai do *caput* do artigo 71, que estampa a expressão ‘ao Tribunal compete’ [...]”. Cf. **Fundamentos do processo de controle externo**, *op. cit.*, p. 151.

⁷⁶ Há ensanchas, neste ponto, para se vislumbrar um processo de cunho objetivo, com efeito vinculante, que promove uma certificação da adequada interpretação da norma jurídica objeto de consulta, constituindo prejulgamento de tese, malgrado não decida sobre caso concreto. Cf., *e.g.*, art. 1.º, inciso XVII, e § 2.º da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei n. 8.443/92).

⁷⁷ Ostentam essa natureza as determinações para o exato cumprimento da lei, em caráter satisfativo, bem como as medidas cautelares de afastamento temporário do responsável e de indisponibilidade de bens. Cf. *e.g.*, os arts. 44 e 45 da LOTCU. Acerca da modalidade antecipada de tutela satisfativa, eis a redação do art. 3.º-A da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (Lei Complementar estadual n. 154/96): “Nos casos de fundado receio de consumação, reiteração ou de continuação de lesão ao erário ou de grave irregularidade, desde que presente justificado receio de ineficácia da decisão final, o Tribunal de Contas poderá, por juízo singular ou colegiado, com ou sem a prévia oitiva do requerido, nos termos do Regimento Interno, conceder tutela de urgência, normalmente de caráter inibitório, que antecipa, total ou parcialmente, os efeitos do provável provimento final”. (Incluído pela Lei Complementar n. 806/14).

Na sequência, caso não atendidas as determinações para correção dos atos lesivos, prezam as tutelas de controle externo de um relativo grau de **eficácia executiva**, ao promover a **sustação dos efeitos** desses atos, nos termos do inciso X do art. 71 da Carta Política, e mesmo de contratos, em caso de omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, consoante o parágrafo segundo do mesmo dispositivo constitucional.

Por derradeiro, seja em decorrência das irregularidades certificadas, seja em face do descumprimento de ordens emitidas, exercem os Tribunais de Contas a competência sancionadora, a qual abrange a **cominação de multas** pecuniárias e a imposição de outras penalidades legalmente previstas, consubstanciando-se em **tutela condenatória**.⁷⁸ De igual teor são as **imputações de débito**, para ressarcimento dos danos causados ao erário, que também exprimem um matiz sancionatório, muito embora frequentemente se entenda o débito como simples recomposição do patrimônio público. Em qualquer dos casos, essa imputação é efeito decorrente de uma condenação, é dizer, de uma imposição ao responsável para que preste a reparação, pelo pagamento de quantia.⁷⁹

A relevância desse inventário (não exaustivo) deriva da preeminência das próprias finalidades a serem alcançadas com as tutelas de controle externo. Os efeitos delas decorrentes, a concretizar o conteúdo eficaz das decisões prolatadas nos processos dos Tribunais de Contas, hão de garantir o atingimento daquelas finalidades, as quais remontam à realização do plexo de

⁷⁸ Vale consignar que, para além das multas, há as penalidades de declaração de inidoneidade do licitante fraudador e de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança (previstas, *e.g.*, nos arts. 46 e 60 da LOTCU). A despeito da dita “declaração”, assim como da feição condenatória de sua imposição, tem-se, nesses casos, verdadeira sujeição, implicando restrições de direitos aos responsáveis, o que tornaria a aplicação dessas penas, consoante o raciocínio aqui esposado, um exemplo de tutela constitutiva negativa. Conviria traçar um paralelo com as penas restritivas de direito, na seara criminal, as quais se sujeitam aos mesmos prazos prescricionais das penas privativas de liberdade, por força do parágrafo único do art. 109 do Código Penal, e também com as sanções de: perda da função pública, suspensão de direitos políticos, proibição de contratar com o Poder Público e ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, infligidas por atos de improbidade, nos termos do art. 12 da Lei n. 8.429/92. Os desdobramentos dessa reflexão, porém, excedem os limites deste trabalho.

⁷⁹ O caráter dúplice da imputação de débito já foi apontado no Acórdão n. 40/1999 – Plenário: “O débito tem dupla natureza, punitiva e indenizatória. Punitiva, de modo idêntico à multa. Indenizatória, porque visa ao ressarcimento de eventuais prejuízos causados ao Erário. Reconhecida a boa-fé do agente, isto é, a não reprovabilidade de sua conduta, ilide-se a função punitiva do débito, mas não a indenizatória, que permanece. Nessa circunstância, se o agente procede à liquidação tempestiva do débito, cumprindo-se então a sua função indenizatória, poderá haver a incidência do art. 153, §§ 4º e 5º do Regimento Interno”. BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 40/1999 – Plenário**. Processo: 010.600/1987-6. Recurso de Revisão. Relator(a): Ministro MARCOS VINÍCIOS VILAÇA. Data da Sessão: 28/04/1999. Disponível em: http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/SIDOC/geradoSIDOC_AC00401599P.pdf. Acesso em: 22ago2020.

direitos enfeixados no direito fundamental à boa administração pública e no direito fundamental de pedir contas.

Todavia, como já discorrido, os princípios e valores da ordem constitucional que embasam tais direitos (entre os quais, o da supremacia e da indisponibilidade do interesse público) devem ser harmonizados com outros princípios fundamentais – o que ganha forma na processualização das competências das Cortes de Contas. Destarte, a salvaguarda dos direitos subjetivos dos agentes jurisdicionados aos Tribunais de Contas consiste na preservação da efetividade de outro plexo de direitos (entre os quais, o patrimônio, a honra, a imagem, a liberdade profissional)⁸⁰ calcados em um outro conjunto de princípios, tais como a segurança jurídica, em suas perspectivas objetiva (estabilidade das relações) e subjetiva (proteção à confiança legítima), e o devido processo legal, em suas versões formal (garantias instrumentais) e substancial (razoabilidade e proporcionalidade).

Como integrante desse segundo conjunto de princípios, tem-se a prescritibilidade. Arguida processualmente, a prescrição constitui, assim, espécie de defesa: é uma exceção substancial oposta à tutela pretendida, um **contradireito** que, muito embora não negue a fundamentação fática e jurídica do objeto processual, apresenta motivos para a negativa de sua prestação, prejudicando o mérito da causa.⁸¹

Referida exceção, todavia, **somente é oponível a direitos prestativos**, dado que serve para neutralizar a sua exigibilidade. Recapitulando: o tornar exigível uma prestação requer que esta não tenha sido adimplida espontaneamente, daí surgindo uma lesão (ou ameaça de lesão) ao direito pelo descumprimento da obrigação de prestá-la, fazendo nascer a pretensão; a pretensão,

⁸⁰ Cf. VIANA, I. **Fundamentos do processo de controle externo**, *op. cit.*, pp. 04-05 e 150.

⁸¹ Fredie Didier Jr conceitua contradireito nos seguintes termos (destaques no original): “O contradireito é uma situação jurídica ativa – situação de vantagem – exercida como reação ao exercício de um direito. É um direito contra outro direito, assim como o antídoto é um veneno contra um veneno. É um direito que não é exercido por *ação*. A afirmação desse direito é feita na *defesa*, e não na *ação*. Quando reconvém ou formula pedido contraposto, o réu afirma ter direito (e não um contradireito) contra o autor. Os contradireitos servem para neutralizar a situação jurídica afirmada pelo autor, como no caso da prescrição ou da exceção de contrato não cumprido, ou extingui-la, como no caso da compensação e do direito previsto no §4º do art. 1.228 do Código Civil. [...] O réu, ao exercer um contradireito, afirma a causa deste contradireito e pede a consequência jurídica dele decorrente. A defesa, neste caso, não consiste em mera alegação de fato impeditivo ou extintivo do direito afirmado pelo autor, tampouco é uma defesa direta (nega os fatos afirmados pelo demandante ou questiona as consequências jurídicas pretendidas): trata-se de uma defesa pela qual o réu exerce um direito, um a situação jurídica ativa, cuja peculiaridade é exatamente ser exercida contra a afirmação de um direito feita por outra pessoa”. DIDIER JR. F. **Curso de direito processual civil**, vol. 1, *op. cit.*, pp. 435-436.

uma vez resistida, enseja a ação; e a ação tem por objetivo a tutela. Pois bem, para tais direitos prestativos, o meio de lhes assegurar é a **tutela condenatória**.

Assim sendo, mesmo sendo a prescritibilidade a regra geral – em verdade, uma norma principiológica – do sistema jurídico-normativo pátrio, seu alcance é limitado ao encobrimento de efeitos condenatórios, em garantia daquele conjunto de princípios fundamentais aos quais está relacionada. Disso se depreende que a prescrição somente pode afetar esta espécie de tutela estatal⁸² e, **na medida em que os processos de controle externo** – independentemente da sua tipologia – **viabilizam a prestação de diferentes tutelas**, individual e autonomamente consideradas, **tem-se que o reconhecimento da prescrição não pode ocasionar a sua extinção, senão apenas prejudicar a condenação e suas diretas consequências** – é dizer, a eficácia executiva própria da condenação.

E mesmo no que tange às pretensões passíveis de satisfação pela tutela condenatória (a saber, as pretensões punitiva e ressarcitória), não se pode olvidar os dois problemas já indicados em tópico precedente: a remanescente imunidade das pretensões de ressarcimento ao erário derivadas de atos dolosos de improbidade administrativa; e a ausência de norma expressa, na grande maioria das leis orgânicas dos Tribunais de Contas, acerca do instituto da prescrição – a impactar, até então, somente o exercício da competência sancionadora.

A exata medida dessa hipótese de imprescritibilidade e, sobretudo, o quanto seus novos limites atingem a função de controle externo, são questões que merecem mais detida análise, a depender especialmente de como deve ser interpretado e adotado o precedente firmado no RE 636.886, em vista do qual as condenações efetuadas pelas Cortes de Contas parecem não estar mais albergadas pela imunização.

Não sendo mais imunes, as pretensões ressarcitórias se somam às pretensões punitivas na falta de um regramento quanto à sua prescritibilidade; no caso daquelas, a lacuna é para todos os Tribunais, até o momento, dada a recente fixação da tese pelo STF; e, no caso das últimas, a

⁸² “Com efeito, as condenatórias são as únicas ações que servem de meio para se obter judicialmente, com a intervenção do Estado, satisfação das pretensões não atendidas extrajudicialmente pelos sujeitos passivos das relações jurídicas substanciais. Igual satisfação não é possível obter, jamais, por via de ações constitutivas ou declaratórias, pois essas têm finalidades diversas. Assim, desde que a prescrição atinge diretamente as pretensões, somente as ações condenatórias podem sofrer seus efeitos”. AMORIM FILHO, A. **CrITÉrio científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis**, *op. cit.*, p. 16.

inexistência de norma legal expressa ainda é a realidade jurídica da ampla maioria dos órgãos de controle externo, a requerer alguma solução integrativa.

Noutro giro, a par da garantia dos direitos prestativos, as tutelas estatais também viabilizam o exercício de **direitos potestativos**, assegurando a sujeição do ocupante do polo passivo nas demandas processuais à criação, modificação ou extinção de situações jurídicas. Como tais modificações na realidade jurídica podem, de igual sorte, provocar a intranquilidade social, para o exercício dessa estirpe de direitos por vezes a lei estipula um prazo, após o qual o próprio direito decai, ou seja, vem a se extinguir.⁸³ O instituto da **decadência**, neste particular, opera papel em tudo semelhante ao da prescrição, permitindo a concretização daquele mesmo conjunto de princípios fundamentais acima pontuados.

Ora, considerando a classificação feita das tutelas de controle externo, **não se divisa nelas, à primeira vista, um conteúdo eficaz constitutivo**, para além do caráter constitutivo dos próprios títulos executivos que correspondem às decisões proferidas pelas Cortes de Contas (§ 3.º do art. 71 da CF/88). Isso porque o controle exercido sobre os atos de gestão e sobre as despesas públicas deles decorrentes não tem o condão de modificá-los, de vez que, **diante de uma irregularidade formal ou danosa, não está na esfera de competência das Cortes de Contas promover-lhes a desconstituição** (anulando-as ou, por qualquer outro meio, extinguindo-as), senão apenas certificar a sua existência, determinar ao responsável a sua correção e, quando não acatada a ordem, sustar-lhes os efeitos.⁸⁴ O grau de “constitutividade” mínima, por assim dizer,

⁸³ “[...] há certos direitos cujo exercício afeta, em maior ou menor grau, a esfera jurídica de terceiros, criando para esses um estado de sujeição, sem qualquer contribuição da sua vontade, ou mesmo contra sua vontade. São os direitos potestativos. É natural, pois, que a possibilidade de exercício desses direitos origine, em algumas hipóteses, para os terceiros que vão sofrer a sujeição, uma situação de intranquilidade cuja intensidade varia de caso para caso. Muitas vezes aqueles reflexos se projetam muito além da esfera jurídica dos terceiros que sofrem a sujeição e chegam a atingir interesses da coletividade, ou de parte dela, criando uma situação de intranquilidade de âmbito mais geral. Assim, a exemplo do que ocorreu com referência ao exercício das pretensões, surgiu a necessidade de se estabelecer também um prazo para o exercício de alguns (apenas alguns) dos mencionados direitos potestativos, isto é, aqueles direitos potestativos cuja falta de exercício concorre de forma mais acentuada para perturbar a paz social”. *Ibidem*, p. 18. Há a possibilidade de se convencionar prazos decadenciais, no campo dos direitos disponíveis, à luz do art. 211 do Código Civil, o que, por evidente, não se aplica ao controle externo.

⁸⁴ Confira-se o seguinte julgado da Corte Suprema (em destaque): “[...] No exercício da sua função constitucional de controle, o Tribunal de Contas da União procede, dentre outras atribuições, a verificação da legalidade da aposentadoria, e determina – tal seja a situação jurídica emergente do respectivo ato concessivo – a efetivação, ou não, de seu registro. **O Tribunal de Contas da União, no desempenho dessa específica atribuição, não dispõe de competência para proceder a qualquer inovação no título jurídico de aposentação submetido a seu exame.** Constatada a ocorrência de vício de legalidade no ato concessivo de aposentadoria, torna-se lícito ao Tribunal de Contas da União, especialmente ante a ampliação do espaço institucional de sua atuação fiscalizadora, recomendar ao órgão ou entidade competente que adote as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, evitando, desse modo, a medida radical da recusa de registro. Se o órgão de que proveio o ato juridicamente viciado, agindo nos limites de

inerente às tutelas de controle externo estaria, pois, reduzido à responsabilização dos agentes causadores da lesão, em desdobramento à declaração da existência da lesividade e das componentes fáticas e jurídicas da conduta, do nexa e do resultado, restando absorvido pela eficácia condenatória (alvo da prescrição), ou pelas eficácias mandamental e executiva *lato sensu* – as quais, por seu turno, não ensejam preocupação quanto a eventual inércia do Tribunal porque se atêm à atualidade do seu exercício, para prevenir ou inibir atos lesivos, desembocando afinal nas mesmas tutelas condenatórias de sanção ou de imputação de débito.

E ainda que se tenha por presente uma carga de eficácia constitutiva nas decisões dos Tribunais de Contas,⁸⁵ é de se notar que a previsão normativa do instituto da decadência – ausente, na absoluta maioria das leis orgânicas dos Tribunais especializados, ainda em maior número do que no caso da prescrição⁸⁶ –, por restringir direitos, somente se justificaria em nome da efetividade do mencionado princípio da segurança jurídica e de seus correlatos, bem como dos anseios de pacificação social, não se vislumbrando tal necessidade de restrição no rol de competências de controle acima descrito. Por conseguinte, **às demandas de controle externo é lícito dizer que não se aplica o instituto da decadência.**

sua esfera de atribuições, recusar-se a dar execução a diligência recomendada [...], caberá à Corte de Contas, então, pronunciar-se, definitivamente, sobre a efetivação do registro. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 21.466/DF**. Relator(a): Ministro CELSO DE MELLO. Órgão: Tribunal Pleno. Julgamento: 19/05/1993. Publicação: DJ 06-05-1994 PP-10486 EMENT VOL-1743-02. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85533>. Acesso em: 25ago2020. Luiz Henrique Lima igualmente destaca que não é dado ao TCU (e, por conseguinte, a nenhuma Corte de Contas) anular ato praticado por nenhum outro órgão. Cf. LIMA, L. H. **Controle externo**, *op. cit.*, p. 369.

⁸⁵ Vide supra, nota 78. Há que se reconhecer, entretanto, que o sobredito inventário das tutelas prestadas pelos órgãos de controle externo não é exaustivo, cabendo recordar, no ensejo, outras competências dos Tribunais de Contas cujo exercício mediante processo poderia produzir efeitos constitutivos, *exempli gratia* o caráter normativo de algumas decisões, como: as de resposta a consulta, já aludida; as de fixação de coeficientes destinados aos cálculos das parcelas dos fundos de participação e do produto da arrecadação dos produtos industrializados a serem entregues aos Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 161, parágrafo único, da CF/88 c/c. art. 1.º, incisos IX e XI e art. 15, inciso I, alíneas “f” e “g” da LOTCU); e as decisões normativas para “fixação de critério ou de orientação”, regulamentadas no art. 173, inciso III e 263 e ss. do Regimento Interno do TCE/RO (Resolução Administrativa n. 05/1996).

⁸⁶ Uma exceção é a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (Lei Complementar Estadual n. 102/08), disciplinando o instituto nos arts. 110-A e 110-H a 110-J, destacando-se, de acordo com este último, que o reconhecimento da prescrição e da decadência causam a extinção do feito. Ademais, apesar de não nominada no § 2.º do art. 260 do Regimento Interno do TCU, o entendimento sumulado da Corte federal é de que sua natureza é decadencial. Cf. **Súmula TCU 278**: “Os atos de aposentadoria, reforma e pensão têm natureza jurídica de atos complexos, razão pela qual os prazos decadenciais a que se referem o § 2º do art. 260 do Regimento Interno e o art. 54 da Lei nº 9.784/99 começam a fluir a partir do momento em que se aperfeiçoam com a decisão do TCU que os considera legais ou ilegais, respectivamente”. Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/sumula/S%25C3%25BAmula%2520TCU%2520278/%2520/sinonimos%253Dtrue?ts=1598801181309&pb=acordao-completo>. Acesso em: 25ago2020.

A conclusão não é infensa a questionamentos. Ante a atuação dos órgãos de controle externo efetivada ou distendida após prolongados períodos de tempo, em muitas oportunidades, o Poder Judiciário houve por bem aplicar o art. 54 da Lei do Processo Administrativo federal (Lei n. 9.784/99), reconhecendo a decadência.⁸⁷ Em outras tantas oportunidades, afastou-se essa aplicação, sendo emblemática a controvérsia reinante sobre a competência das Cortes de Contas de apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal e os de concessão inicial de aposentadorias, reformas e pensões (art. 71, inciso III, da CF/88), entendendo-se que, nestes últimos casos, participariam os órgãos de controle externo da perfectibilização de ato de natureza complexa.⁸⁸

A superveniência de novo posicionamento da Corte Suprema, quando da fixação da tese de repercussão geral no julgamento do Recurso Extraordinário n. 636.553/RS,⁸⁹ relançou a polêmica, ao estipular prazo para essa apreciação, embora sem explicitar a sua natureza, e, ao mesmo tempo, ao manter o entendimento de não aplicação daquele preceito legal sobre a decadência antes de aperfeiçoado o ato complexo. Essa superação parcial e seus reflexos para a atuação dos Tribunais de Contas também requisitam uma abordagem mais pontual.

Desta feita, uma vez circunscritas as hipóteses possíveis de prescrição e decadência a incidir nos processos de controle externo, e reconhecida a necessidade de maiores desdobramentos teóricos quanto a essa incidência, resta apenas, neste tópico, ressaltar que as demais finalidades a serem satisfeitas pelo exercício processualizado das competências das Cortes fiscalizadoras, por

⁸⁷ Cf. *exempli gratia*: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.098.490/SC**. Relator(a): Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. Órgão: Quinta Turma. Julgamento: 05/03/2009. Publicação: DJe 27/04/2009; **REsp 1.220.999/PR**. Relator(a): Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES. Órgão: Segunda Turma. Julgamento: 05/05/2011. Publicação: DJe 11/05/2011; **REsp 1.238.355/SC**. Relator(a): Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES. Órgão: Segunda Turma. Julgamento: 04/08/2011. Publicação: DJe 15/08/2011. Todos os julgados disponíveis em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1098490&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 25ago2020.

⁸⁸ Cf. *exempli gratia*: *Idem*. **AgRg no AgRg no REsp 1059164/PR**. Relator(a): Ministra LAURITA VAZ. Órgão: Quinta Turma. Julgamento: 24/03/2009. Publicação: DJe 20/04/2009; **REsp 1244336/SC**. Relator(a): Ministro CASTRO MEIRA. Órgão: Segunda Turma. Julgamento: 22/11/2011. Publicação: DJe 02/12/2011; **AgRg no REsp 1092860/RS**. Relator(a): Ministro NEFI CORDEIRO. Órgão: Sexta Turma. Julgamento: 17/09/2015. Publicação: DJe 08/10/2015. Todos disponíveis em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=AGRG+NO+RESP+1092860&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 25ago2020.

⁸⁹ Cf. *Idem*. Supremo Tribunal Federal. **RE 636.553/RS**. Relator(a): Ministro Gilmar Mendes. Órgão: Plenário. Julgamento: 19/02/2020. Publicação: DJe-129 DIVULG 25/05/2020; PUBLIC 26/05/2020 - ATA Nº 75/2020. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4043019&numeroProcesso=636553&classeProcesso=RE&numeroTema=445#>. Acesso em: 28ago2020.

não conflitem com os ditames da segurança jurídica, da proteção à confiança, da estabilidade das relações, do devido processo legal, e demais princípios e valores necessários à pacificação social, não devem ter reduzido o seu alcance no tempo, não se justificando qualquer adicional limitação à tutela de interesses de importância constitucional, por defluírem do direito fundamental à boa gestão pública e do direito fundamental de pedir contas.

Superada a necessária harmonização, a tais interesses e direitos fundamentais é devida a máxima efetividade possível, prezando a sociedade de sua inesgotável fruição, sobretudo porque garantidos pelo dever-poder dos órgãos de controle externo em perpetuamente tutelá-los, a partir de suas distintas e autônomas competências.⁹⁰

5. Da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal concernente à imprescritibilidade das pretensões de ressarcimento ao erário público

A existência de uma regra sobre a imprescritibilidade das pretensões de ressarcimento ao erário, como já indicado, é tema de conhecida discussão doutrinária e jurisprudencial. No entanto, o debate não auferiu de imediato, nos Tribunais, o relevo que viria a adquirir, no correr das décadas, na medida em que os prazos prescricionais anteriormente adotados, emprestados à legislação civil, eram consideravelmente maiores. Basta observar a prescrição vintenária constante do texto do art. 177 do Código Civil de 1916 (com redação dada pela Lei n. 2.437/55), para as ações pessoais, a qual o art. 179 estabelece como norma geral: “Art. 177. As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em vinte anos, as reais em dez, entre presentes e entre ausentes, em quinze, contados da data em que poderiam ter sido propostas”.⁹¹

Referido empréstimo era, ademais, admitido não apenas pela concepção de que a legislação civil servia de referência aos demais ramos da dogmática jurídica, por sua centralidade histórica, como também pelo fato de que essa aplicação era mais favorável à Fazenda Pública,

⁹⁰ Acerca da perpetuidade das tutelas, calha reproduzir a síntese de Agnelo Amorim Filho (destacou-se): “Sendo a imprescritibilidade um conceito negativo, pode ser definido por exclusão, estabelecendo-se como regra que: **são perpétuas (imprescritíveis) todas aquelas ações que não estão sujeitas nem [a] prescrição nem a decadência.** Por aí se verifica, facilmente, que são perpétuas (imprescritíveis): a) todas as ações meramente declaratórias; e b) algumas ações constitutivas (aquelas que não têm prazo especial de exercício fixado em lei)”.

⁹¹ BRASIL. **Lei n. 2.437, de 07 de março de 1955.** Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=2437&ano=1955&ato=763cXVq1kMJRVTF59>. Acesso em: 10ago2020. A redação original do dispositivo, aliás, previa prazo ainda maior: “Art. 177. As ações pessoais prescrevem ordinariamente em trinta anos, as reais em dez entre presentes e, entre ausentes, em vinte, contados da data em que poderiam ter sido propostas”. Cf. BRASIL. **Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916.** Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=3071&ano=1916&ato=c160zYE1UNnRVTa37>. Acesso em: 10ago2020.

sendo essa a lógica subjacente ao regime jurídico prescricional para as dívidas passivas desta (e para todo e qualquer direito ou ação contra ela), previsto no art. 178, § 10, inciso VI, daquele mesmo diploma, e posteriormente reproduzido no Decreto n. 20.910/32.

Sob esta óptica, o Acórdão 08/1997 – Segunda Câmara, do Tribunal de Contas da União, definiu a aplicação da prescrição vintenária para as dívidas ativas da Fazenda,⁹² não obstante também já houvesse precedentes no sentido da imprescritibilidade das pretensões de ressarcimento ao erário.⁹³

Porém, com o advento do Código Civil vigente, em 2002, o prazo prescricional geral reduziu-se a dez anos, nos termos do art. 205, tendo esta lei, ademais, fixado em apenas três anos o prazo prescricional especial para as pretensões de “ressarcimento de enriquecimento sem causa” e de “reparação civil” (art. 206, incisos IV e V). Com a exiguidade desses novos prazos, ganhou força a tese da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário com fulcro no § 5.º do art. 37 da Carta Cidadã, de 1988.

Levada a questão ao Supremo Tribunal Federal, nos autos do Mandado de Segurança n. 26.210/DF⁹⁴ – que versava sobre decisão da Corte de Contas federal, prolatada em tomada de contas especial, condenando responsável por dano ao erário –, consolidou-se o posicionamento a partir do voto do Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, que consignou:

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

⁹² Cf. *Idem*. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 08/1997 – Segunda Câmara**. Processo: 224.002/94-5. Tomada de Contas Especial. Relator(a): Ministro ADHEMAR PALADINI GHISI. Data da Sessão: 30/01/1997. Disponível em:

<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A08%2520ANOACORDAO%253A1997/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/3>. Acesso em: 10ago2020.

⁹³ Cf. *Idem*. **Acórdão 124/1994 – Plenário**. Processo: 674.018/85-0. Tomada de Contas. Relator(a): Mininistro BENTO JOSÉ BUGARIN. Data da Sessão: 26/10/1994. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A124%2520ANOACORDAO%253A1994%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1>. Acesso em: 10ago2020.

⁹⁴ *Idem*. Supremo Tribunal Federal. **MS 26.210/DF**, *op. cit.*, pp. 07-08.

Já naquela oportunidade, contudo, houve divergência quanto ao ponto, sendo de se mencionar as manifestações dos Ministros Marco Aurélio Mello e Cezar Peluso. O primeiro, a questionar a dada interpretação ao preceito, defendeu que: “A ressalva remete à legislação existente e recepcionada pela Carta de 1988; a ressalva remete à disposição segundo a qual prescrevem as ações, a partir do nascimento destas, em cinco anos, quando se trata – repito – de dívida passiva da Fazenda”. O segundo, muito embora acompanhando o relator na decisão do caso concreto, optou por restringir a exceção da imprescritibilidade às ações de ressarcimento por danos ao erário oriundos de crimes. *In litteris*:

[...]

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 imprescritíveis, 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 o sentido lógico do adjetivo “respectivos”. Não se trata, portanto, de qualquer ação de ressarcimento, senão apenas de ressarcimento de danos oriundos de ilícitos de caráter criminal. Aí se entende, então, o caráter excepcional da regra de 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.⁹⁵

Com este precedente, consolidou-se a jurisprudência do STF acerca da matéria, e sua enunciação permitiu sedimentar a tese em outros colegiados, a exemplo do próprio TCU, que promoveu a uniformização de sua jurisprudência com o Acórdão n. 2.709/2008 – Plenário, que resolveu “deixar assente no âmbito desta Corte que o art. 37 da Constituição Federal conduz ao entendimento de que as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores

⁹⁵ *Ibidem*, p. 17.

de danos ao erário são imprescritíveis”.⁹⁶ Posteriormente, esta Corte especializada findou por sumular o entendimento.⁹⁷

As divergências, todavia, não arrefeceram. Perquirindo o adequado sentido do texto, ao longo dos anos, sobrevieram argumentos contra a eficácia imorredoura das pretensões ressarcitórias do erário, os quais ressaltam uma possível inviabilização da ampla defesa material do sujeito devedor, e asseveram a impossibilidade de estabilização das relações jurídicas, em face da perenização da exigibilidade de um crédito ainda não exigido, que pudesse ser cobrado em qualquer tempo, mesmo de sucessores. Em todo caso, como defendem os que advogam a incompatibilidade constitucional da imprescritibilidade, tratar-se-ia de faculdade desproporcional, à disposição do ente público, dados os diversos meios e recursos para este exigir e impor seu direito de reparação em face de qualquer pessoa que, diante dele, tornar-se-ia hipossuficiente.⁹⁸

Dada a vivacidade da divergência, pois, era uma mera questão de tempo até que o debate fosse mais uma vez retomado na Corte Suprema, o que ocorreu com a admissão e julgamento do Recurso Extraordinário n. 669.069/MG,⁹⁹ ocasião em que, eventualmente, a posição até então prevalecente poderia ser revista e, de todo modo, tornada obrigatória.

Com efeito, eventual tese fixada em decisão prolatada em recurso extraordinário, porque assentada em regime de repercussão geral, induz à observância necessária das demais

⁹⁶ Cf. *Idem*. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2.709/2008 – Plenário**. Processo: 005.378/2000-2. Relator(a): Ministro BENJAMIN ZYMLER. Data da Sessão: 26/11/2008. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2709%2520A%2520ACORDAO%253A2008%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1>. Acesso em: 25ago2020.

⁹⁷ Cf. *Idem*. **Súmula TCU 282**: “As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis”. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/sumula/*/NUMERO%253A282/sinonimos%253Dtrue. Acesso em: 25ago2020.

⁹⁸ Entre os partidários do alcance da prescrição sobre as pretensões de ressarcimento ao erário, encontra-se Celso Antônio Bandeira de Mello, que reviu sua posição sobre o assunto: “Convencemo-nos de sua errônea ao ouvir a exposição feita no Congresso Mineiro de Direito Administrativo, em maio de 2009, pelo jovem e brilhante professor Emerson Gabardo, o qual aportou um argumento, ao nosso ver irresponsável, em desfavor da imprescritibilidade, a saber: minimização ou eliminação prática do direito de defesa daquele a quem se houvesse increpado dano ao erário, pois ninguém guarda documentação que lhe seria necessária além de um prazo razoável, de regra não demasiadamente longo. [...] Não é crível que a Constituição possa abonar resultados tão radicalmente adversos aos princípios que adota no que concerne ao direito de defesa. [...] Como explicar, então, o alcance do art. 37, 5º? Pensamos que o que se há de extrair dele é a intenção manifesta, ainda que mal expressada, de separar os prazos de prescrição do ilícito propriamente, isto é, penal, ou administrativo, dos prazos das ações de responsabilidade que não terão porque obrigatoriamente coincidir. Assim, a ressalva para as ações de ressarcimento significa que terão prazos autônomos em relação aos que a lei estabelecer para as responsabilidades administrativas e penal”. MELLO, C. A. B. **Curso de direito administrativo**. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 1081.

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 669.069/MG**, *op. cit.*

instâncias do Poder Judiciário, dada a força expansiva, senão mesmo vinculante, dos precedentes do STF.¹⁰⁰ Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, aliás, o condicionamento de todos os julgamentos feitos pelos órgãos inferiores do Poder Judiciário à tese assim estabelecida – quer para aplicá-la a todos os casos idênticos, quer para inadmitir, negar seguimento ou declarar prejudicados os demais recursos extraordinários versando sobre a mesma controvérsia –, resta expressamente definido em lei, consoante os arts. 1.035, § 8.º, 1.039, *caput* e parágrafo único, e 1.040, incisos I a IV, calhando ressaltar ainda que, como preceituado neste último inciso, o resultado do julgamento deve ser efetivamente aplicado pelos entes sujeitos a regulação, nos casos de prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, cabendo ao ente administrativo competente fiscalizá-los em sua atuação – o que denota um alcance *ultra partes* e iniludível vinculação da Administração Pública à tese decidida.

Neste sentido, admitido o tema 666, a tese proposta pelo então Relator, Ministro Teori Zavascki, foi no sentido de limitar o alcance da imunização do art. 37, § 5.º ao ressarcimento de danos decorrentes de atos de improbidade administrativa e de crimes¹⁰¹ – nisso, reverberando a opinião do ex-Ministro Cezar Peluso –, partindo de uma vinculação entre esse preceito e o § 4.º

¹⁰⁰ É do eminente Ministro Teori Zavascki a cunhagem da expressão “força expansiva”, por ocasião do julgamento da Reclamação n. 4.335, em 2014, para se referir ao alcance crescente dos efeitos das decisões do STF, de modo a ampliar a eficácia *inter partes* típica dos casos concretos. Tal expansão se daria por obra de um conjunto normativo constitucional e infraconstitucional destinado à racionalização da tramitação dos processos na última instância e à efetividade de suas decisões, do qual se destaca, dentre outros exemplos de instrumento normativo com essa força expansiva, justamente o regime de repercussão geral dos recursos extraordinários. Essa tese emergiu antes do efetivo reconhecimento da mutação constitucional do art. 52, inciso X, da CF/88 pela Corte Suprema, quando do julgamento da ADI 3.937, em 2017, no qual, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2.º da Lei 9.055/1995, aparentemente adotou a teoria da “abstrativização” do controle difuso de constitucionalidade, sem expressamente o dizer, muito embora não avançando para o acolhimento da teoria da transcendência dos motivos determinantes. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 4.335/AC**. Relator(a): Ministro GILMAR MENDES. Órgão: Tribunal Pleno. Julgamento: 20/03/2014. Publicação: DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014 EMENT VOL-02752-01 PP-00001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+4335%2ENUME%2E%29+OU+%28Rcl%2EACMS%2E+ADJ2+4335%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c4z34zg>. Acesso em 25ago2020; **ADI 3.937/SP**. Relator(a): Ministro MARCO AURÉLIO. Órgão: Tribunal Pleno. Julgamento: 24/083/2017. Publicação: DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019 – ATA Nº 1/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339396406&ext=.pdf>. Acesso em 25ago2020. É digno de menção que o julgamento do RE 669.069 ocorreu antes dessa mudança de entendimento, e que, de todo modo, o pronunciamento da Corte Constitucional em um mandado de segurança, como o MS 26.210/DF, não se insere na sistemática dos Recursos Extraordinários, sendo lícito concluir por sua menor expansividade, por assim dizer.

¹⁰¹ Nas suas palavras (destaque no original): “[...] proponho a fixação de tese segundo a qual a *imprescritibilidade* a que se refere o art. 37, § 5º, da CF diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos ao erário decorrentes de atos praticados por qualquer agente, servidor ou não, tipificados como ilícitos de improbidade administrativa ou como ilícitos penais”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 669.069/MG**, *op. cit.*, p. 10.

do mesmo artigo, que versa sobre as consequências jurídicas dos atos ímprobos, apontando, ainda, para a possível tipificação penal das mesmas condutas.¹⁰²

Entretanto, devido à falta de consenso sobre a questão, e ao reconhecimento dos limites do caso concreto – que não tratava de ação ressarcitória por ato de improbidade, mas de reparação de dano cuja causa remota era um acidente automobilístico –, a discussão plenária resultou em tese mais modesta, acolhida pelo próprio Relator, e redigida nos seguintes termos: “*É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil*”. Tese esta que, por sua vagueza, foi objeto de maior esclarecimento, quando submetida a embargos declaratórios, explicitando-se que “ilícito civil” seria o que não configurasse infração ao Direito Público.¹⁰³

Nestes termos, o julgado em comento não suscitou real superação do precedente até então adotado, operando simples “derrotabilidade”¹⁰⁴ da regra constitucional insculpida no art. 37, § 5.º da Lei Maior, ao se limitar o Pretório Excelso, naquela oportunidade, ao reconhecimento de uma exceção implícita à proteção excepcional do erário (danos decorrentes de meras violações ao Direito Privado) – efetivamente, uma “exceção de segundo grau”, para usar a expressão de Cezar Peluso, que a empregara em sentido diverso. Ou, por outra, limitara-se a Corte Suprema a promover uma interpretação restritiva do comando constitucional, para entender como “ilícitos” apenas as infrações ao Direito Público – passíveis, por isso mesmo, de tipificação.

Isso não implicou, decerto, pacificação do entendimento acerca do assunto, que foi retomado na deliberação do tema 897, tendo como objeto exatamente a prescritibilidade das pretensões ressarcitórias decorrentes de atos de improbidade administrativa. Arguindo a inexistência da imprescritibilidade na matéria, o relator do Recurso Extraordinário n.

¹⁰² *In verbis*: “Art. 37 omissis. § 4.º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

¹⁰³ Consoante o Ministro Relator: “O conceito, sob esse aspecto, deve ser buscado pelo método de exclusão: não se consideram ilícitos civis, de um modo geral, os que decorrem de infrações ao direito público, como os de natureza penal, os decorrentes de atos de improbidade e assim por diante. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 669.069 ED/MG**. Relator(a): Ministro TEORI ZAVASCKI. Órgão: Tribunal Pleno. Julgamento: 16/06/2016. Publicação: DJe-136 DIVULG 29-06-2016 PUBLIC 30-06-2016 – ATA Nº 102/2016, p. 07. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309826252&ext=.pdf>. Acesso em 25ago2020.

¹⁰⁴ A noção de “derrotabilidade” compreende a característica própria das regras jurídicas de acomodar exceções, não previstas em seu enunciado porque surgidas a partir de circunstâncias em casos posteriores a sua elaboração. Recorde-se, neste ponto, o fato de que derivou a controvérsia relevante reconhecida no RE 609.069: uma colisão entre veículo particular e veículo pertencente ao poder público. A respeito da derrotabilidade das regras jurídicas, cf. BÄCKER, C. *Regras, princípios e derrotabilidade*. Trad. Tiago Lopes Mosci. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 102, jan./jun. 2011, pp. 55-82. Disponível em: <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/102055082.pdf>. Acesso em: 25ago2020.

852.475/SP,¹⁰⁵ Ministro Alexandre de Moraes, ressoou apontamento outrora feito pelo Ministro Marco Aurélio, ao destacar que a ressalva contida na redação da parte final do dispositivo mirava a recepção de normas pré-constitucionais acerca das ações de ressarcimento, para evitar a anomia resultante da ausência de lei específica sobre improbidade quando da promulgação da Constituição (destaques no original):

A preocupação do legislador constituinte foi legítima, pois, em virtude da exigência do § 4º de edição de lei específica para a definição dos “atos de improbidade administrativa”, bem como da forma e gradação da aplicação das sanções de suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, poderiam surgir dúvidas sobre a recepção do ordenamento jurídico que, desde a década de 1940, permitia ações de ressarcimento no caso de improbidade administrativa, apesar da inexistência de conceituação e de tipificação específica dos denominados “atos de improbidade administrativa”.

Em outras palavras, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que ampliou a possibilidade de sanções por atos de improbidade administrativa, e em respeito aos *princípios da reserva legal e da anterioridade*, passou-se a exigir a edição de lei específica para tipificar as condutas correspondentes a atos de improbidade administrativa. Nesse momento, houve o justo receio do legislador constituinte quanto à ocorrência de interpretações que passassem a impossibilitar ações de ressarcimento ao erário pela prática de atos ilícitos tradicionalmente entendidos como improbidade administrativa, desde a década de 1940, mas ainda não tipificados pela nova legislação, que somente foi editada em 1992.

A ressalva prevista no § 5º do art. 37 da CF não pretendeu estabelecer uma exceção implícita de imprescritibilidade, mas obrigar constitucionalmente a recepção das normas legais definidoras dos instrumentos processuais e dos prazos prescricionais para as ações de ressarcimento do erário, inclusive referentes a condutas ímprobas, mesmo antes da tipificação legal de elementares do denominado “ato de improbidade” (Decreto 20.910/1932, Lei 3.164/1957, Lei 3.502/1958, Lei 4.717/1965, Lei 7.347/1985, Decreto-Lei 2.300/1986); mantendo, dessa maneira, até a edição da futura lei e para todos os atos pretéritos, a ampla possibilidade de ajuizamentos de ações de ressarcimento.

Com isso, pontuava o Relator dois aspectos de relevo: primeiro, o fato de que o ressarcimento ao erário consistia, de fato, em espécie de sanção, que dependia da tipificação legal do ilícito de improbidade administrativa, somente ocorrida com a promulgação da Lei n. 8.429/92. E segundo, como previsse esse diploma legal um regime prescricional para as sanções igualmente nela positivadas, a sanção de ressarcimento ao erário estaria a ele submetido, tal como as demais.

Em que pese a persuasão do posicionamento, no que foi acompanhado por outros integrantes da Suprema Corte, prevaleceu a divergência inaugurada pelo Ministro Edson Fachin,

¹⁰⁵ *Idem.* RE 852.475/SP, *op. cit.*, pp. 22-23.

tornado Redator do acórdão, que a essa ideia objetou tratar-se a parte final do § 5.º do art. 37 de “tutela da coisa pública”, a justificar a proteção excepcional do erário ante lesões derivadas de ilícitos, entendendo-os, porém, em sentido amplo. Vale frisar esse ponto, reproduzindo trecho de seu voto (destacou-se):

É certo que a previsão de graves sanções para os atos de improbidade administrativa e a imperiosidade de sua normatização legal (presentes nos arts. 14, § 9º, 15, V, e 37, §4º, CRFB) também se inserem no mesmo quadrante de proteção e tutela da coisa pública.

No entanto, tais previsões não devem gerar confusão ou conflito com o disposto no art. 37, § 5º, CRFB. Nesse dispositivo, **o texto constitucional é expresso ao prever que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos (quer, portanto, na esfera cível ou penal, aqui entendidas em sentido amplo) que gerem prejuízo ao erário** e sejam praticados por qualquer agente. Logo em seguida, porém, decota de tal comando para o Legislador as ações cíveis de ressarcimento (ou seja, de recomposição) do erário, tornando-as, assim, imprescritíveis.

O texto constitucional é expresso ao prever a ressalva da imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário. Não nomeia, elenca, particulariza e nem restringe a natureza dos ilícitos que geram danos e que, assim, podem ensejar o ressarcimento dos danos ao erário.

Basta haver dano. Se houver dano poderá haver ação de ressarcimento, sem que incida sobre essa pretensão qualquer prazo prescricional. Basta, à luz do comando constitucional, a existência de ilícito que a ele cause prejuízo para que seja possível ação de ressarcimento, sem que sobre a pretensão nela veiculada incida qualquer prazo prescricional.

Houve, assim, por escolha do poder constituinte originário, não apenas o alçamento da boa governança a patamar constitucional, mas da compreensão da coisa pública - não raras vezes tratada com desdém, vilipendiada por agentes particulares ou estatais – como um compromisso fundamental a ser protegido por todos.

O comando estabelece como um verdadeiro ideal republicano que a ninguém, ainda que pelo longo transcurso de lapso temporal, é autorizado ilicitamente causar prejuízo ao erário, locupletando-se da coisa pública ao se eximir do dever de ressarci-lo.

Frise-se, ainda, que esse entendimento não significa nem pode significar que se tornariam imprescritíveis todos os créditos públicos passíveis de inscrição em dívida ativa e cobrança mediante execução fiscal.

Sem descer às minúcias das regras infraconstitucionais de Direito Tributário e Financeiro, no que se refere à maior parte da dívida ativa não tributária (como, por exemplo, as dívidas decorrentes de multas no exercício do poder de polícia), incide a regra geral da prescritibilidade como postulado da segurança jurídica e como matéria regida por legislação específica sem qualquer ressalva no texto constitucional.

[...]

Diante da exceção constitucional ampla que estabelece a imprescritibilidade das pretensões de ressarcimento do erário decorrentes de atos ilícitos que a ele causaram prejuízos, entendo que a sua restrição a um grupo específico de ilícitos

(sejam eles improbidade administrativa ou tipos penais), **ao contrário de favorecer, milita em desfavor ao princípio da segurança jurídica.**

O comando constitucional materializou, com segurança, o ideal republicano de que ninguém, ainda que pelo transcurso de lapso temporal considerável - frise-se uma vez mais - está autorizado ilicitamente a causar prejuízo ao erário, locupletando-se da coisa pública ao se eximir do dever de ressarcir-lo.¹⁰⁶

Há que se contextualizar a interpretação feita do dispositivo constitucional em testilha pelo Ministro Redator do acórdão, nesse aspecto. De plano, sem buscar reverter a restrição antes pontificada no RE 669.069 – aliás, evocada como precedente – no sentido da exclusão dos ilícitos violadores das normas de direito privado, quis o magistrado abranger a todos os ilícitos “na esfera civil ou penal”, é dizer, violadores do direito público, como fonte de lesividade cujo ressarcimento poderia ser buscado livre de prescrição. Mirava o Ministro Fachin no adequado dimensionamento da tese a ser fixada dentro das possibilidades semânticas do § 5.º que, com efeito, não especifica os ilícitos. É de se admitir que assim o fazia, porém, para alcançar os ilícitos penais, que permaneceriam de fora do manto da imunização, caso a delimitação se vinculasse à improbidade administrativa, prestigiando, novamente, a opinião dos ex-Ministros Cezar Peluso, no MS 26.210, e Teori Zavaski, em sua primeira formulação de tese no RE 669.069.

A discussão que se seguiu, todavia, foi condicionada pela articulação do dispositivo com o § 4.º e a tipificação legal dos atos de improbidade, os quais ensejam rito específico para seu processamento. E, em boa parte pelas interpelações do Ministro Alexandre de Moraes, Relator originário, tornou-se o foco do debate definir se a eventual ação de ressarcimento deveria ou não adotar o rito da ação de improbidade – que prevê, inclusive, defesa prévia – ou se poderia, em seu procedimento comum, reconhecer a ocorrência de ato ímprobo e dele deduzir a procedência da pretensão ressarcitória.¹⁰⁷

Malgrado não se tenha atingido consenso a esse respeito, essa canalização das arguições, somada à compreensão de que o tema de repercussão geral e o caso concreto então *sub examine* tratavam apenas de improbidade administrativa, levou à confecção de tese circunscrita a esse tipo de ilícito, com uma ulterior contribuição do Ministro Roberto Barroso, atinente ao elemento subjetivo do tipo; contribuição esta que, acatada pela maioria, provocou o reajuste da versão prevalecente (destacou-se):

¹⁰⁶ *Ibidem*, pp. 41-42 e 44.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pp. 112 e ss.

[...] uma decisão tem, em primeiro lugar, uma dimensão normativa, tem que ser reconduzida a uma norma. Em segundo lugar, uma dimensão deontológica, o juiz tem o dever de fazer cumprir a Constituição. Superadas essas duas fases, eu acho que o juiz deve produzir o resultado que melhor atenda ao interesse da sociedade.

Antes do término desse julgamento, **tendo levado em conta os argumentos jurídicos**, e muitos argumentos que me foram trazidos ao longo desse intervalo que mediu o primeiro julgamento do outro, **sobre as dificuldades, quando não impossibilidade de recuperação, muitas vezes, de dinheiros desviados**, em que há uma delonga administrativa, há uma delonga no processo penal, **eu me convenço de que, como regra geral, a prescritibilidade, neste caso, não produz o melhor resultado para a sociedade.**

Eu gostaria aqui de qualificar um pouco a minha mudança e talvez restringir ligeiramente em toda a extensão proposta pelo eminente Relator, ou talvez haja consenso quanto a isso. 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.**

[...]

E aqui, apenas para deixar claro, o que eu acho que se faz ao se admitir a imprescritibilidade apenas da ação de ressarcimento é dizer que as sanções previstas na lei não podem mais ser aplicadas. Portanto, perda da função pública, perda de direitos políticos, isso não decorre e, portanto, isto continua prescritível.

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.**

[...]

De modo que, convencido por esses argumentos, eu estou Presidente, reajustando o meu voto para considerar a imprescritibilidade nas hipóteses de improbidade dolosa. Aqui eu acho que não é o caso de se discutir rito, mas eu, pessoalmente, nem acho que seja rito de improbidade. Penso que é uma ação provavelmente ordinária de ressarcimento, que tem como questão prejudicial o prévio assentamento de que ocorreu um ato de improbidade com todo o direito de defesa do réu também nesta hipótese e sem que nesta ação, como me parece intuitivo, se possa pretender aplicar qualquer sanção associada à improbidade, porque o ressarcimento ao erário não é uma sanção. O ressarcimento ao erário é a reposição da situação ao *status quo ante*. Devolver aquilo que alguém se apropriou indevidamente não é sanção. Sanção pode ser multa, sanção pode ser reclusão, sanção pode ser perda de direito, mas devolver o que não deveria ter tomado não considero que seja uma sanção.¹⁰⁸

Nesse passo, a especial qualificação do elemento subjetivo do tipo de ilícito – via de regra, um componente elementar do ato de improbidade – foi alçada, por um manifesto

¹⁰⁸ *Ibidem*, pp. 133-134. Note-se, no ensejo, que nessa passagem o Ministro Barroso rechaça a concepção do ressarcimento como sanção, e também a necessidade de adoção do rito da ação de improbidade administrativa.

subjetivismo dos julgadores quanto ao que consideraram ser “o melhor resultado para a sociedade”, à condição de requisito indispensável para a caracterização da hipótese de pretensão ressarcitória imprescritível.¹⁰⁹ Com isso, findou redigida a tese nos seguintes termos: “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”.

A tese vencedora, destarte, reduziu sensivelmente o alcance da perpetuidade excepcional. E não obstante os fundamentos do voto do Ministro Redator do acórdão permitissem incluí-los, permaneceram de fora da regra da imprescritibilidade as pretensões de ressarcimento calcadas nos ilícitos penais, e em todos os demais ilícitos de natureza civil (ou “não penal”), ainda que compreendidos como tais os que signifiquem violação às normas de direito público. É dizer, restou logo superada – senão absorvida – a tese antes fixada para o tema 666.

No caso particular dos crimes, dada a expressa remissão à seara penal na dicção do § 4.º do art. 37 do texto constitucional, a sua inclusão no campo das pretensões imunes não aparentou, ao menos na ocasião, estar de todo impedida, o que deixaria alguma abertura para um futuro questionamento dirigido à Corte constitucional, especificamente voltado aos ilícitos penais, de modo a explicitar esse aspecto. Todavia, a superveniência do julgamento do tema 899 fechou a questão, em especial no tocante aos ilícitos que são objeto dos processos de controle externo.

6. Da prescritibilidade das pretensões ressarcitórias veiculadas nos processos de controle externo

A bem dizer, todo o raciocínio que se erigiu, a partir do RE 669.069/MG e do RE 852.475/SP, não contemplou, sequer implicitamente, o controle externo enquanto dimensão própria e autônoma da proteção do erário – o que, aliás, motivara o reconhecimento da repercussão geral do tema 899, com o RE 636.886/AL como representativo da controvérsia.¹¹⁰ Em todo caso, a evolução jurisprudencial acima destrinchada provocou, afinal, verdadeira superação do

¹⁰⁹ Enxergou-se mesmo uma compatibilidade dessa perspectiva com o art. 28 da LINDB, introduzido pela Lei n. 13.655/18, o qual condiciona a responsabilidade do agente público, porém, não apenas ao dolo mas também ao erro grosseiro. *Ibidem*, pp. 135-136.

¹¹⁰ Cf. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 636.886 RG/AL**. Relator(a): Ministro TEORI ZAVASCKI. Órgão: Tribunal Pleno. Julgamento: Publicação: 02/06/2016. DJe-123 DIVULG 14-06-2016 PUBLIC 15-06-2016 – ATA Nº 19/2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309724663&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 27ago2020.

entendimento anteriormente sustentado no MS 26.210/DF – que versava sobre decisão em tomada de contas especial –, embora carecendo de certa explicitude ou, talvez, de complementação.

Assim, com nova submissão da matéria ao Pretório Excelso, ficando o RE 636.886 igualmente sob relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, a tônica da discussão travada por ocasião da fixação da tese que trouxera a superação, com o julgamento do tema 897, reverberou na fundamentação do seu voto proferido no julgamento deste novo recurso extraordinário; voto este que, desta vez, prevaleceu na deliberação do plenário da Corte Suprema.

É de se ressaltar, de antemão, que a redução empreendida pela tese do RE 852.475 se fez consolidar, agora, pelos argumentos do Relator acolhidos pelos pares, em seu limite máximo, servindo, a partir disso, para a exclusão das pretensões ressarcitórias fundadas em decisões dos Tribunais de Contas. A leitura dos itens 2 e 3 da ementa do acórdão franqueia a compreensão da operação intelectual efetuada (destacou-se):

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. EXECUÇÃO FUNDADA EM ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESCRITIBILIDADE.

1. A regra de prescritibilidade no Direito brasileiro é exigência dos princípios da segurança jurídica e do devido processo legal, o qual, em seu sentido material, deve garantir efetiva e real proteção contra o exercício do arbítrio, com a imposição de restrições substanciais ao poder do Estado em relação à liberdade e à propriedade individuais, entre as quais a impossibilidade de permanência infinita do poder persecutório do Estado.

2. **Analisando detalhadamente o tema da “prescritibilidade de ações de ressarcimento”, este SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL concluiu que, somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa – Lei 8.429/1992 (TEMA 897). Em relação a todos os demais atos ilícitos, inclusive àqueles atentatórios à probidade da administração não dolosos e aos anteriores à edição da Lei 8.429/1992, aplica-se o TEMA 666, sendo prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública.**

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.**

4. A pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos reconhecida em acórdão de Tribunal de Contas prescreve na forma da Lei 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal).

5. Recurso Extraordinário DESPROVIDO, mantendo-se a extinção do processo pelo reconhecimento da prescrição. Fixação da seguinte tese para o TEMA 899: “*É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas*”.¹¹¹

Destarte, malgrado não constante da redação da tese do RE 852.475, o vocábulo “somente” foi incorporado ao enunciado, então reproduzido no item 3 supratranscrito, de maneira que, com a unânime aquiescência dos integrantes do STF (embora feitas algumas ressalvas, pelos Ministros Edson Fachin, Gilmar Mendes e Roberto Barroso), a máxima restrição à hipótese excepcional de imprescritibilidade se afirmou de modo categórico, recobrindo esta hipótese exclusivamente as pretensões de ressarcimento ao erário derivadas da prática de ato doloso de improbidade administrativa.¹¹²

Os argumentos para a exclusão das pretensões fundadas em decisões dos órgãos de controle externo, deste ponto em diante, conquanto premissas menores, em face dessa proposição genérica, são igualmente relevantes para a conclusão a que se chega. Baseiam-se, pois, na tipificação dos atos de improbidade administrativa, e na necessidade de que sua tipicidade seja reconhecida a partir de decisão judicial – ou seja, a partir de instrução em processo judicial. Ademais, o Relator reforça esses requisitos com a ideia de que a ação civil pública de improbidade administrativa pode ser intentada alternativamente à execução das decisões dos Tribunais de Contas. Eis a síntese dessa posição, no seguinte trecho do voto (destacou-se):

Entendo que, as razões que levaram a maioria da CORTE a estabelecer excepcional hipótese de imprescritibilidade, no tema 897, não estão presentes em relação as decisões do Tribunal de Contas que resultem imputação de débito ou multa, e, que, nos termos do §3º, do artigo 71 da CF, tem eficácia de título executivo; sendo, portanto, prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada nessas decisões; uma vez que, (a) **a Corte de Contas, em momento algum, analisa a existência ou não de ato doloso de improbidade administrativa;** (b) **não há decisão judicial caracterizando a existência de ato ilícito doloso, inexistindo contraditório e ampla defesa plenos, pois não é possível ao imputado defender-se no sentido da ausência de elemento subjetivo.**

Ressalte-se, ainda, que, com base nas decisões do Tribunal de Contas, paralelamente à ação de execução, será possível o ajuizamento de ação civil de

¹¹¹ *Idem*. RE 636.886/AL, *op. cit.*, p. 01.

¹¹² O Ministro Gilmar Mendes, na esteira dos argumentos do Relator, também arguiu nesse sentido (destaque no original): “Da conjugação de tais precedentes firmados em repercussão geral, sobressai a conclusão de que, em regra, as ações de ressarcimento ao erário são prescritíveis, salvo as ações fundadas especificamente na prática de ato doloso tipificado na Lei 8.429/1992. Isso inclui, por óbvio, todas as demandas que envolvam pretensão do Estado de ser ressarcido pela prática de qualquer ato ilícito, seja ele de natureza civil, administrativa ou penal, ressalvadas as exceções constitucionais (art. 5º, XLII, e XLIV, CF) e a prática de ato doloso de improbidade administrativa (excluindo-se os atos ímprobos culposos, que se submetem à regra prescricional). *Ibidem*, p. 37.

improbidade administrativa para, garantido o devido processo legal, ampla defesa e contraditório, eventualmente, condenar-se o imputado, inclusive a ressarcimento ao erário, que, nos termos da tese fixada no TEMA 897, será imprescritível.¹¹³

O eco das preocupações externadas pelo Ministro Alexandre de Moraes na sessão de julgamento do RE 852.475 é evidente. Naquela vez, não se resignava com a possibilidade de que, por meio de uma ação ordinária visando o ressarcimento, movida conforme o rito comum, pudesse ser declarada a existência de ato ímprobo e desta declaração fosse deduzida a condenação do réu a ressarcir, por entender imprescindível, para tanto, o processamento de ação de improbidade, segundo rito especial. Já nesta oportunidade, com maior ênfase, rejeita que uma decisão haurida de processo “não judicial” se torne apta para viabilizar uma cobrança de débito baseada em pretensão ressarcitória imprescritível.

E mesmo sendo feitas algumas ressalvas ou acréscimos pelos Ministros que se manifestaram, essa “distinção relevante”, na expressão do Ministro Edson Fachin, foi tomada pelos integrantes da Corte Máxima como razão adicional para expungir da proteção excepcional as pretensões de ressarcimento assentadas em tutelas condenatórias prestadas pelas Cortes de Contas.¹¹⁴

Em que pese manifesta a diferença entre os feitos de controle externo e os feitos judiciais; e em que pese, como já discorrido alhures, ser amplamente majoritária, no senso comum teórico da comunidade jurídica nacional,¹¹⁵ a concepção de jurisdição una e seus desdobramentos, a partir da qual somente nos processos judiciais ter-se-ia materializada a “ação”, e se poderiam alcançar decisões dotadas de segurança jurídica; a distinção aqui enfatizada tem um propósito:

¹¹³ *Ibidem*, p. 09.

¹¹⁴ Diz o Ministro Fachin: “[...] na presente hipótese, há distinção relevante quanto à matéria objeto de discussão: é que discute-se, neste feito, a possibilidade de reconhecimento de prescrição de ação de ressarcimento com esteio em títulos provenientes de Tribunais de Contas, ausente, portanto, título judicial a embasar a ação”. Semelhantemente, declara o Ministro Barroso: “Como explicitado pelo Ministro Relator, não há incompatibilidade entre esse entendimento e o decidido por esta Corte no RE 852.475, Redator p/o acórdão o Min. Edson Fachin, j. em 08.08.2018. Naquela ocasião, assentou-se a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário por ato doloso de improbidade, reconhecido como tal pelo Poder Judiciário. Por outro lado, no presente recurso, a imposição de ressarcimento decorre de decisão da Corte de Contas, que não tem natureza jurisdicional”. *Ibidem*, pp. 27-28 e 69.

¹¹⁵ É de Luis Alberto Warat o conceito de “senso comum teórico”, usado, sob uma perspectiva crítica, para se referir aos discursos competentes do saber jurídico, produzidos pela práxis jurídica, instituidores de um regime político de produção da verdade, e produtores, destarte, de uma subjetividade científica coletiva, afeta a um conjunto de significações sociais que compõem um horizonte de sentido, um imaginário compartilhado que predetermina a compreensão do direito. cf. WARAT, L. A. *Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. Sequência*: estudos jurídicos e políticos. Florianópolis: jan. 1982, p. 48-57. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121/15692>. Acesso em: 01set2020; **Introdução geral ao direito II**: a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, pp. 67-76.

para definitivamente superar o entendimento firmado com o MS 26.210/DF, era preciso demarcar a diferença, na medida em que ela não havia sido considerada relevante, quando do julgamento desse precedente de 2008, o que permitira a disseminação da tese de amplo alcance da imprescritibilidade, inclusive no âmbito dos Tribunais especializados em controle externo. Ingressando no feito como *amicus curiae*, o TCU ofertou ao STF, por meio de sua Consultoria Jurídica, subsídios técnicos para o debate da controvérsia constitucional, quando ressaltou esse aspecto (destaques no original):

[...]

63. Importa destacar desses outros precedentes acima apontados (apenas alguns poucos exemplos dentre os inúmeros casos idênticos julgados no âmbito do C. STF) que **TODOS, sem exceção**, são decorrentes de **ações civis públicas** por ato de improbidade movidas, em sua grande maioria, pelo *parquet* federal ou estadual (apenas duas foram movidas por entes da federação, **RE n.º 578.428/RS** e **AI 788.268-AgR**, respectivamente pelos Município de São Paulo e Estado do Rio Grande do Sul) além do que, igualmente, em absolutamente todos esses precedentes é feita menção ao Mandado de Segurança n. 26.210 como precursor do entendimento do C. STF no sentido de que são imprescritíveis as ações de ressarcimento do erário.

64. Ora, o que se pretende demonstrar com esses fatos é que o **MS 26.210, relativo especialmente a um acórdão do TCU, é que deu origem aos demais julgamentos então procedidos no âmbito do STF nas hipóteses de Ações Civis Públicas, e não o inverso**.

65. Nesse diapasão, é pertinente concluir que o vocábulo “ação” – e essa é a primeira nuance abordada na presente moção – inserido no aludido § 5.º do art. 37 da Constituição Federal não pode ser compreendido como tão somente alusivo a “ação” **judicial**.

66. De fato, esse vocábulo “ação” tem acepção mais ampla, constituindo-se em **toda atividade estatal, inclusive a de controle administrativo, que venha a ser levada a efeito para ressarcir o erário** de algum ilícito, que não cível na forma que recentemente assentou o C. STF mediante o julgamento do RE 669.069.¹¹⁶

A despeito dessa manifestação – ou, possivelmente, em resposta a ela – o Pleno do STF se expressou claramente em sentido diverso, ressaltando a necessidade de que a pretensão ressarcitória seja imposta por ação judicial.

Essa demarcação não vem a ser, todavia, uma novidade. Apesar de sedimentada, até então, na jurisprudência da Corte Suprema, a tese da “ampla imprescritibilidade” foi

¹¹⁶ Cf. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Aviso n. 1195-GP/TCU. Petição 72862/2016. **RE 636.886/AL**. Relator(a): Ministro ALEXANDRE DE MORAES. Órgão: Tribunal Pleno. Brasília: 23dez2016, pp. 16-17. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12266874&prcID=4046531&ad=s#>. Acesso em: 28ago2020.

eventualmente contestada, tomando-se por fator exatamente essa distinção. Veja-se, por exemplo, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça (destacou-se):

[...]

4. 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, consequentemente, 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.¹¹⁷

Em discurso similar, o Ministro Alexandre de Moraes procura frisar, com supedâneo em doutrina clássica sobre o tema, que, além de não julgar, em sentido próprio, mas exercer

¹¹⁷ *Idem*. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.480.350/RS**. Relator(a): Ministro BENEDITO GONÇALVES. Órgão: Primeira Turma. Julgamento: 05/04/2016. Publicação: DJe 12/04/2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401429628&dt_publicacao=12/04/2016. Acesso em: 28ago2020.

atividade administrativa de “examinar e analisar contas”,¹¹⁸ as Cortes de Contas não observariam o devido processo legal, impedindo o exercício pleno das garantias correlacionadas, e impossibilitando a perquirição do elemento subjetivo da conduta do agente para fins de caracterização do ato ímprobo. Tomando o processo de controle externo como caminho burocrático para a constituição de título executivo, equipara as irregularidades objeto de apreciação pelos Tribunais de Contas às dívidas fiscais, constituídas em processo administrativo semelhante. Por sua objetividade, convém reproduzir as assertivas do Relator (itálico no original; negritou-se):

Em face de sua própria natureza, esses *exames e análises* das contas **não observam as mesmas garantias do devido processo judicial**, al[é]m de **não preverem e não permitirem o contraditório e ampla defesa efetivos**, anteriormente à formação do título executivo (ARIDES LEITE SANTOS. *Tomada de Contas Especial, O exercício do contraditório perante o Tribunal de Contas da União*, São Paulo: Scorteccci, 2ª rev. atual., 2018, p. 110-111), **apesar de existir procedimento administrativo no âmbito da Corte de Contas** levado a efeito, em regra, por meio do processo de tomada de contas especial, *instrumento legal, posto à disposição dos Tribunais de Contas, com a finalidade de apurar a totalidade dos fatos lesivos ao Erário, identificar os responsáveis pelo dano e quantificando-o, promover-lhe o ressarcimento* (WALTON ALENCAR RODRIGUES. *O dano causado ao erário por particular e instrumento da tomada de contas especial*. Revista do Tribunal de Contas da União. Brasília, v. 29, n. 77, jul/set 1998, p. 2 ss).

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 perquire nem culpa, nem dolo decorrentes de ato de improbidade administrativa, mas, simplesmente realiza o julgamento 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. **Ainda que franqueada a oportunidade de manifestação da outra parte, trata-se de atividade eminentemente administrativa, sem as garantias do devido processo legal.**

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**

¹¹⁸ *Idem*. Supremo Tribunal Federal. **RE 636.886/AL**, *op. cit.*, p. 11. A expressão é de José dos Santos Carvalho Filho, citado pelo Ministro em seu voto. Cf. CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de direito administrativo**, *op. cit.*, p. 1007.

presença de contraditório e ampla defesa[,] a existência de ato doloso de improbidade administrativa.¹¹⁹

Destarte, como resultante dessa caracterização do processo de controle externo como atividade administrativa voltada à constituição de crédito fiscal, integrante da Dívida Ativa da Fazenda Pública, de natureza não tributária, nos termos do § 2.º do art. 39 da Lei n. 4.320/64,¹²⁰ o Ministro Alexandre de Moraes deduz que o título assim constituído será executado segundo o rito estabelecido na Lei de Execução Fiscal (Lei n. 6.830/80), concluindo, por fim, ser aplicável à pretensão ressarcitória fundada nesse título a sistemática prevista no art. 174 do Código Tributário Nacional c/c. art. 40 da LEF, com a estipulação de cinco anos para a cobrança do crédito fiscal e para a declaração da prescrição intercorrente.¹²¹

À vista disso, e por tudo quanto já debulhado aqui, é de se convir que as afirmações do Ministro Relator não fazem justiça aos Tribunais de Contas e sua atuação. Ainda que aderentes a uma concepção tradicional sobre o controle externo, atribuindo-lhe natureza administrativa, essas premissas contrariam o próprio texto constitucional, que estende, com indiscutível abrangência, as garantias do devido processo legal, e seus corolários, o contraditório efetivo e a ampla defesa, não só aos “litigantes”, em processo judicial ou administrativo, como aos “acusados em geral” (art. 5.º, incisos LIV e LV, da CF/88). Contrariam, ademais, a jurisprudência sumulada do próprio Supremo Tribunal Federal, consoante o enunciado da Súmula Vinculante n. 03 – enunciado que, a despeito de se destinar a garantir o contraditório e ampla defesa aos “interessados”, pressupõe, por evidente, asseguradas as mesmas garantias aos responsáveis.¹²²

Isso não passou despercebido pelo Ministro Gilmar Mendes, que consignou, em sua manifestação, pautarem-se as tomadas de contas especiais (tipo de processo adotado como referência pelos magistrados na análise do tema) pelo devido processo legal,¹²³ sem que isso alterasse, porém, os desdobramentos da deliberação colegiada.

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 636.886/AL**, *op. cit.*, pp. 14-15.

¹²⁰ Corroborando a definição do Relator, o Ministro Gilmar Mendes qualifica a atividade de controle externo como “poder de polícia administrativa lato sensu”. *Ibidem*, p. 48.

¹²¹ *Ibidem*, pp. 12 e 21.

¹²² Cf. *Idem*. **Súmula Vinculante 3**: “Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão”. Disponível <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula739/false>. Acesso em 30ago2020. Como é cediço, são partes nos processos de controle externo o responsável e o interessado. Cf. *e.g.*, o art. 22, inciso I e parágrafo único, e o art. 31 da LOTCU, bem como o art. 144 do RITCU.

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 636.886/AL**, *op. cit.*, p. 44.

Chama a atenção, outrossim, a alegação de que a decisão do Tribunal de Contas “será executada conforme o rito previsto na Lei de Execução Fiscal”. É que, para esse fim, é necessário que se proceda à inscrição do crédito fiscal na Dívida Ativa, como se depreende do art. 39, § 1.º, da mencionada Lei n. 4.320/64, c/c. art. 1.º, § 3.º, e art. 6.º, § 1.º, da LEF; e referido ato de inscrição, em si mesmo, compreende ato de controle da legalidade destinado exatamente à apuração da liquidez e certeza de crédito, para fins de constituição do título executivo (art. 3.º). Ora, pela dicção do § 3.º do art. 71 da Constituição Federal, as decisões das Cortes de Contas já detêm eficácia de título executivo, podendo diretamente ser objeto de execução judicial, de modo que sua inscrição em Dívida Ativa não se faz um imperativo, senão apenas uma medida discricionária da Fazenda Pública, frequentemente adotada por motivos de racionalização de seu sistema de cobranças.¹²⁴

Por derradeiro, é digno de nota que, em virtude dessa construção teórica, a prescrição de que trata a tese então fixada é aplicável à pretensão **executória** de ressarcimento, e não à pretensão cognitiva. Já a formulação provisória que ensejara o tema 899 encaminhava a discussão para isso, como consta da ementa do acórdão que reconheceu a repercussão geral: “[...] 1. Possui repercussão geral a controvérsia relativa à prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”.¹²⁵

Ora, ao aduzir que é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário **fundada em decisão** de Tribunal de Contas, a tese afinal fixada se limita à fase judicial do ressarcimento, e, de certo modo, pressupõe não haver pretensão ressarcitória antes das decisões dos órgãos de controle externo – é dizer, antes da constituição do título executivo. Em outras palavras, antes de “apurada a certeza e liquidez” do crédito fiscal, não haveria, a rigor, qualquer crédito e, por conseguinte, qualquer pretensão a seu adimplemento. Essa pressuposição se revela mais nitidamente no voto do Ministro Gilmar Mendes que, diante do cenário assim descortinado, intenta avançar sobre uma lacuna deixada pelo Relator: o regramento de prazos extintivos nos procedimentos anteriores (e voltados) à constituição do título.

¹²⁴ Essa, ademais, é a orientação predominante no STJ. Cf., *e.g.*, **REsp 1671860/RJ**. Relator(a) Ministro HERMAN BENJAMIN. Órgão: Segunda Turma. Julgamento: 08/08/2017. Publicação: DJe 12/09/2017; **REsp 1684104/RJ**. Relator(a): Ministro FRANCISCO FALCÃO. Órgão: Segunda Turma. Julgamento: 11/12/2018. Publicação: DJe 17/12/2018; **REsp 1796937/RJ**. Relator(a): Ministro HERMAN BENJAMIN. Órgão: Segunda Turma. Julgamento: 23/05/2019. Publicação: DJe 30/05/2019. Todos disponíveis em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1390993&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 30ago2020.

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 636.886 RG/AL**, *op. cit.*, p. 01.

Sob esse viés, propõe o Ministro que, previamente ao prazo prescricional, propriamente dito, a correr entre a constituição do título executivo e a propositura da ação de execução fiscal, incidiria um prazo de natureza decadencial – porque voltado ao exercício do poder/dever “da Administração” de constituir o aludido crédito. Prazo este, por sua vez, sujeito a interrupção precisamente no ponto de inflexão entre o que considera serem as duas etapas de uma “fase administrativo-fiscalizatória”, pelo que toma por modelo, novamente, a tomada de contas especial para esse raciocínio, e, ante a ausência de norma específica, utiliza de forma supletiva a sistemática prescricional (“prescrição imprópria”) da Lei n. 9.873/99, aplicável às ações punitivas da Administração Pública. Confira-se (destaque no original):

[...]

Portanto, interpretando sistematicamente o ordenamento jurídico, é seguro afirmar a existência de prazos decadencial (prescricional punitivo impróprio) e prescricional quinquenais, salvo em se tratando de fato que também constitua crime.

Por oportuno, registro a incidência de prazos diferenciados a depender da fase fiscalizatória em que se encontre o fato que cause prejuízo ao erário.

Primeiro, há prazo decadencial (prescricional punitivo, nos termos da lei) quinquenal entre a data da prestação de contas e o início da fase preliminar de tomada de contas especial (citação ou notificação do interessado ou responsável pela prestação de contas na fase preliminar de tomada de contas pelos órgãos internos ou externos), com a observância de causas de interrupção (retificação da prestação de contas pelo responsável) e de suspensão (enquanto durar a fiscalização preliminar realizada pelo controle interno do Ente Público, diante da inexistência de inércia estatal na averiguação do fato). Pela obviedade, em se tratando de ato de fiscalização prévia (controle externo preventivo), sequer existe a inércia estatal a justificar o início de qualquer decurso de tempo.

Secundariamente, uma vez iniciada a tomada de contas pelo órgão de controle interno ou externo, de forma preliminar, em decorrência de ser causa interruptiva legal, reinicia-se novo prazo decadencial (prescricional punitivo) até a decisão condenatória recorrível pelo Tribunal de Contas.

Terceiro, a contar da decisão final do Tribunal de Contas, inicia-se prazo prescricional (próprio) para ajuizamento da correspondente ação de execução. [...] o ato que inicia a fiscalização pelo órgão de controle interno ou externo (notificação do responsável por dispor do numerário público) deve configurar interrupção do lustro punitivo (que a legislação denomina prescrição punitiva), que se reinicia até a decisão condenatória recorrível (termo final do cômputo), com arrimo no art. 2º, I e III, da Lei 9.873/1999.

Assim, o Tribunal de Contas ou o órgão de controle interno que proceda à tomada de contas especial possui o prazo de cinco anos para finalizá-la (decisão condenatória recorrível), sob pena de não poder mais fazê-lo por decurso do tempo razoável para tanto.

Por fim, assento que incide o lustro prescricional (próprio) nos casos de ressarcimento ao erário decorrente de decisão das Cortes de Contas, a contar da finalização da tomada de contas especial até o ajuizamento da correspondente ação civil (ação de execução).

Assim, uma vez encerrada a fase administrativo-fiscalizatória (art. 19 e art. 23, III, “b”, c/c art. 24, todos da Lei 8.443/1992), o Poder Público possui o prazo de cinco anos para ajuizar a correspondente ação de ressarcimento, sob pena de restar fulminada a prescrição executória própria.

Por conseguinte, há, em regra, prazos **quinquenais** diferenciados a depender da fase fiscalizatória em que se encontre o fato que cause prejuízo ao erário: fase administrativo-fiscalizatória (prazo decadencial ou prescricional punitivo) e fase executória (prazo prescricional próprio), observadas as causas suspensivas ou interruptivas dos cálculos.¹²⁶

A proposta, contudo, não foi acolhida pelo plenário do STF, limitando-se o colegiado aos contornos do tema dados pelo voto do Relator, Ministro Alexandre de Moraes.

Desta feita, a decisão da Corte Suprema impacta diretamente a atuação dos órgãos de controle externo, não só por estabelecer a prescritibilidade das pretensões (executórias) de ressarcimento ao erário fundadas em suas decisões, como também por eleger o regramento fiscal e tributário para a prescrição nas execuções judiciais delas decorrentes – e, por esse motivo, por insinuar esse regramento como possível paradigma para a disciplina do assunto na condução dos processos de controle externo, ainda que sem fazer constar isso da tese de repercussão geral ou da *ratio decidendi* do julgado.

7. Comparação entre os regimes de responsabilidade por improbidade administrativa e por irregularidade de atos e despesas públicas

Apesar disso (ou, talvez, por causa disso), **o precedente assim firmado não resolve as dificuldades relacionadas a prazos extintivos no curso desses mesmos processos; em verdade, potencializa os problemas a serem enfrentados pelas Cortes de Contas, no trato da questão**, correspondentes à necessidade de solucionar o dilema da aplicação do instituto da prescrição (ou decadência), nos Tribunais em que ainda não foi definido o regime aplicável, e à necessidade doravante surgida de fazer alcançar esse regime às pretensões de ressarcimento (ou à prerrogativa de constituição do título).

Como se pode perceber, a insuficiente solução avançada pelo Tribunal Constitucional se apoia em modelo de compreensão antiquado e, em grande medida, amesquinizador da função de controle externo, extirpando sua autonomia e singularidade, e reduzindo a complexidade das

¹²⁶ *Idem*. RE 636.886/AL, *op. cit.*, pp. 49 e 53.

atividades desempenhadas, das competências atribuídas e, também, dos interesses públicos que são objeto da tutela prestada pelos Tribunais de Contas.

Dada a amplitude de critérios (legalidade, legitimidade, economicidade, eficácia, eficiência, efetividade) que subsidiam a apreciação dos atos e fatos, no âmbito do controle externo, e dada a diversidade de dimensões em que essa apreciação se desenvolve (contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial), não se deve diminuir seu escopo – e, com isso, sua relevância – a mero cotejo de regras e padrões, a simples identificação de desconformidades, e a procedimento de constituição de título para cobrança de crédito fiscal. Não se deve, no mesmo sentido, equiparar a função de controle externo à atividade administrativa – seja de polícia ou fazendária –, e igualar os órgãos competentes para exercer a primeira aos órgãos da Administração Pública vocacionados a realizar a última.

O Tribunal de Contas, vale lembrar, enquanto instância de controle externo, é inconfundível e constitucionalmente independente das instâncias judiciais (inclusive das que promovem a responsabilidade por atos de improbidade administrativa) e da instância administrativa, possuindo regime jurídico próprio. Forçoso é reconhecer, porém, que, a despeito de sua estatura constitucional, há pouca compreensão acerca da função de controle externo, do seu específico regime de responsabilização e dos atos ilícitos que por meio dele se imputam aos agentes.

É sabido que um mesmo ato praticado pode se submeter a diferentes esferas de responsabilidade, que coexistem no sistema jurídico-normativo, com diferentes desdobramentos no mundo jurídico e na realidade social. Portanto, cada instância de responsabilidade possui um regime jurídico próprio, sendo oportuno destacar que a doutrina de vanguarda atualmente sustenta que, no que concerne à responsabilidade por atos de improbidade, esta não se confunde com as esferas tradicionais de responsabilização:

[...] a responsabilidade pela prática de ato de improbidade administrativa não está inserida em qualquer das esferas de responsabilidade tradicionalmente apontadas e antes analisadas – a criminal, a civil e a administrativa –, constituindo-se, antes, em uma esfera autônoma e independente, que com as demais evidentemente se comunica, sem com elas, entretanto, se confundir.¹²⁷

¹²⁷ Cf. GARCIA, M. N. **Responsabilidade do agente público**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 250.

Neste sentido, é evidente que existem nítidas distinções entre a esfera de responsabilidade por improbidade administrativa e a responsabilização promovida pela atuação dos Tribunais de Contas. Essas distinções não se resumem, por certo, à competência estatal para seu processamento – judicial, no caso da primeira, e “não judicial” no da última –, envolvendo outras peculiaridades, mas tampouco são de tal ordem a impedir-lhes a comunicação, e a fazer encolher a importância da tutela prestada pelos órgãos de controle externo a bens jurídicos que também são alvo da proteção judicial. Bens cuja importância, a seu turno, levou o ordenamento jurídico a instituir diferentes garantias de proteção e efetivação, com a previsão normativa de diferentes tipos de atos ilícitos que, uma vez concretizados, por ofenderem aqueles mesmos bens, tornam-se passíveis de consequências jurídicas negativas, com as tutelas estatais sobre eles incidentes veiculando os seus respectivos efeitos principais e secundários.

Ora, se há proximidade entre as condutas alvejadas, assim como entre os bens jurídicos protegidos pelas normas voltadas à punição da improbidade e pelas normas que delineiam o controle externo, malgrado sejam diversos os regimes jurídicos e independentes as instâncias, judicial e de contas, quão distantes haverão de ser esses ditos regimes? Quão diferentes serão, a ponto de se reconhecer imunizada uma pretensão de ressarcimento imposta a partir de uma tutela estatal, e não imunizada essa mesma pretensão assegurada por outra tutela estatal?

Demais disso, recuperando o quanto se disse acerca dos ilícitos capazes de gerar pretensões ressarcitórias imprescritíveis, e toda a argumentação sobre o sentido e alcance do § 5.º do art. 37 da Lei Maior, seria válido asseverar – na esteira do que, aliás, argumentou o Ministro Edson Fachin, Redator do acórdão do RE 852.475 – que não subsiste a ideia de que a correta interpretação do dispositivo em comento exigiria sua concatenação com o parágrafo imediatamente antecedente (ou seja, com o § 4.º), que preceitua as sanções cabíveis para atos de improbidade administrativa, dentre as quais o ressarcimento ao erário. E tal ideia não subsiste na medida em que o termo “ilícito” é necessariamente mais abrangente do que a expressão “ato de improbidade”, não sendo razoável supor que o legislador constituinte tivesse inadvertidamente se servido de conceito mais amplo logo após o emprego de conceito mais estrito tencionando significar exatamente a mesma coisa com ambos.

Em adendo, a sucessão topológica desses parágrafos na estrutura do texto constitucional não leva a concluir, de modo inevitável, pela subordinação do enunciado do § 5.º ao disposto no § 4.º, porquanto admitir essa peremptória vinculação implicaria em subordinar o

teor do § 4.º ao enunciado do § 3.º, e assim sucessivamente, o que não faz o menor sentido, até pelo conteúdo de cada parágrafo, e tendo em vista, ao revés, que a pertinência dos dispositivos neles contidos se dá com o tema expresso no *caput* do artigo, do qual se desdobram as demais partes dessa unidade básica do texto normativo.¹²⁸

A precitada manifestação do TCU nos autos do recurso extraordinário em testilha segue essa linha de raciocínio, ao defender um conceito amplo de improbidade administrativa, previsto § 4.º como derivação do disposto no *caput* do art. 37 da Carta Política, do qual os ilícitos elencados na Lei n. 8.429/92 seriam espécies, não esgotando o seu conteúdo e nem excluindo outras definições legais, no que foi corroborado pelo Ministério Público Federal, em sua manifestação nos mesmos autos.¹²⁹

Entretanto, como já explicado, a superveniência da tese de repercussão geral fixada com a decisão de mérito do RE 636.886 deita por terra a discussão, ao sacramentar a visão restritiva de que **somente** as ações (pretensões) de ressarcimento ao erário fundadas na prática de atos dolosos **tipificados** na Lei de Improbidade Administrativa estão a salvo da neutralização, havendo que se ressaltar, neste ponto, que a noção de “tipificação”, aqui embutida, segundo os parâmetros adotados para a fundamentação do acórdão, vai além da previsão normativa, e pressupõe que a operação subsuntiva seja conduzida por meio de processo judicial, ou seja, pressupõe a devida qualificação do ato ímprobo como tal pela instância competente.

Com efeito, mesmo sendo ambos ilícitos “não penais”, há diferença entre a tipicidade dos atos ímprobos e a tipicidade das infrações submetidas ao crivo dos Tribunais de Contas, assim

¹²⁸ Observe-se que é essa a forma de articulação que transparece do texto da Constituição como um todo, refletindo-se, inclusive, no padrão adotado pela Lei Complementar n. 95/98, que regulamenta o parágrafo único do art. 59 da Carta Política, exprimindo verdadeiro modelo geral do sistema. A esse respeito, cf. a redação do art. 11 do mencionado diploma legal: “Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas: [...] III – para a obtenção de ordem lógica: [...] c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no *caput* do artigo e as exceções à regra por este estabelecida;”.

¹²⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Aviso n. 1195-GP/TCU**, *op. cit.*, pp. 19-27; Nesse diapasão: “Com efeito, é preciso refletir sobre o amplo alcance de atos albergados, na vigência da Constituição de 1988, como improbidade administrativa. Esses atos podem ser identificados no cotejo com os princípios que encabeçam o art. 37 da Carta Magna e dão contornos indiscutivelmente cruciais para o funcionamento da democracia. [...] As figuras legais classificadas como improbidade administrativa estão em expansão, e, hoje, podem ser identificadas não apenas na Lei 8.429/1992, mas também no Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), na Lei das Eleições (Lei 9.504/1997) e – ressaltasse – na Lei Orgânica do TCU (Lei 8.443/1992). *Idem*. Ministério Público Federal. Parecer n. 88/2018 – AJC/SGJ/PGR. **RE 636.886/AL**. Relator(a): Ministro ALEXANDRE DE MORAES. Órgão: Tribunal Pleno. Brasília: 12jun2018, p. 10. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15012103&prcID=4046531&ad=s#>. Acesso em: 31ago2020.

como entre os respectivos regimes jurídicos de responsabilização. Como visto, a responsabilidade por improbidade administrativa possui fundamento constitucional próprio, constante do art. 37, § 4.º, da Constituição Federal, e, sendo de competência exclusiva do Poder Judiciário o seu processamento, detém o escopo direto de resguardar a probidade administrativa, enquanto subprincípio da moralidade administrativa, ou versão específica desse princípio maior, traduzindo-se a probidade em dever do agente público de agir com honestidade para com a coisa pública, com boa fé na prática dos seus atos, e com lealdade para com as instituições, objetivando-se, com isso, assegurar a boa gestão administrativa, que a seu turno viabiliza a efetivação do interesse público e dos direitos fundamentais.¹³⁰

De outra banda, muito embora também devotado à proteção da moralidade administrativa, o ilícito imputado pelo Tribunal de Contas, no exercício da função de controle externo, é formalmente distinto do ilícito enquadrado na esfera da improbidade administrativa. Parafraseando a expressão de Ayres Britto, pode-se dizer que, **tal como os processos de controle externo, também os ilícitos que constituem seu objeto têm a sua própria ontologia**: perceba-se que os incisos II e VIII do art. 71 usam o vocábulo “irregularidade”, distinguindo-a, pois, de outras tipologias constitucionais de ilícitos, como o crime de responsabilidade ou infração político-administrativa (art. 29-A, §§ 2.º e 3.º, art. 50, *caput* e § 2.º, art. 85, *et. al.*), as infrações penais comuns ou crimes comuns (art. 86, § 1.º, inciso I, art. 102, inciso I, alínea “c”, *et. al.*), as “punições disciplinares” (art. 142, § 2.º) e, também, os atos de improbidade administrativa (art. 37, § 4.º).

Assim, a esfera de responsabilidade relacionada ao controle externo, que compete privativamente aos Tribunais de Contas, possui igualmente lastro constitucional próprio: o já citado dever de prestar de contas, com fulcro no art. 70, parágrafo único, da Carta Política. Essa esfera de responsabilização tem por objetivo preservar a juridicidade (legalidade, legitimidade e economicidade) na gestão do patrimônio público (dinheiros, bens e valores públicos) e, em virtude disso, por meio da defesa do erário, promove a defesa da probidade administrativa.

Repise-se: no inciso II do art. 71 há uma norma de competência, que atribuiu ao Tribunal de Contas o dever-poder de julgar as contas dos agentes públicos. Na parte final desse

¹³⁰ Embora havendo alguma cambiância entre os conceitos de moralidade administrativa e de probidade administrativa, a tipificação do ato ímprobo, como infração, termina ganhando uma amplitude mais pronunciada, dado que envolve não somente ofensa à moralidade, nem tampouco simples ofensa à legalidade, mas também aos demais princípios informadores da ordem administrativa Cf. CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de direito administrativo**, *op. cit.*, pp. 65-66; DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 27ed. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 899-902.

mesmo dispositivo, há um prenúncio de descrição típica da irregularidade: dar “*causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público*”. Já no §3.º do mesmo dispositivo, há a previsão de consequências jurídicas: a “*imputação de débito ou multa*”, ressaltando-se, quanto a isso, que tanto a descrição das condutas típicas quanto a atribuição das sanções a essas condutas hão de ser legalmente instituídas, inclusive em ampliação do rol exemplificativo, conforme dito no inciso VIII – estando, pois, em paralelo com a mesma possibilidade de descrição e ampliação legal das condutas e das sanções atribuídas aos atos ímprobos do art. 37, § 4.º, ante o poder de conformação do legislador ordinário.¹³¹

Portanto: da defesa da probidade ao resguardo do erário; e da defesa do erário à proteção da probidade. Vistos sob esse ângulo, a diferença entre ambos os regimes de responsabilidade aparenta ser mais vetorial do que substancial, sobretudo em se considerando, mais do que a proximidade, a verdadeira conexão existente entre a boa gestão pública, a probidade administrativa e a prestação de contas: de fato, seja pela via da tutela (judicial) da probidade, seja pela via da tutela (de controle) das contas públicas, o intuito é guarnecer a gestão pública e, bem assim, o complexo de valores, interesses, direitos, normas e estruturas nela representados. Em acurada síntese, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves aproximam as noções de boa gestão administrativa e probidade administrativa, ao indicar a composição finalística e instrumental que tem esta última, enquanto meio para o alcance daquela:

No âmbito das estruturas estatais de poder, a concepção de boa gestão administrativa, em sentido algo diverso ao que se verifica no direito privado, confere igual importância e intensidade a referenciais instrumentais e finalísticos. Em outras palavras, a boa gestão exige tanto a satisfação do interesse público como a observância de todo o balizamento jurídico regulador da atividade que tende a efetivá-lo. O amálgama que une meios e fins, entrelaçando-os e alcançando uma unidade de sentido, é justamente a probidade administrativa.¹³²

Entrementes, essa estreita conexão, ou mesmo entrelaçamento, não elide a diferença entre as esferas de responsabilização e entre os tipos de ilícito, não resumida a um sentido vetorial de tratamento desse amálgama de meios e fins, mas comportando também como que uma gradação ou, mais a rigor, uma especialidade. É que os atos ímprobos se qualificam como tais em função do elemento subjetivo, dotado de feição especial.

¹³¹ “O art. 37, § 4º, da Constituição prevê sanções que deveriam ser necessariamente disciplinadas pelo legislador, o que não importou em qualquer limitação ao seu poder discricionário na cominação de outras mais”. GARCIA, E.; ALVES, R. P. **Improbidade administrativa**. 9ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (livro digital – e-pub), p. 861.

¹³² GARCIA, E.; ALVES, R. P. **Improbidade administrativa**, op. cit., p. 142-143.

Já há alguns anos, a jurisprudência se consolidou no sentido de que a responsabilidade pela prática de atos de improbidade administrativa, enquanto vertente do direito sancionador, é de natureza subjetiva, tornando indispensável a aferição de dolo ou culpa, como elemento subjetivo da conduta.¹³³ Para a caracterização do dolo, igualmente se assentou que são suficientes os aspectos usuais de consciência e vontade identificados na conduta, possibilitando ao agente o conhecimento de que seu agir pode provocar a violação da norma jurídica, acarretando resultado lesivo, de modo a permitir que determine seu comportamento, orientado pelo desejo ou pelo risco de produzi-lo; é dizer, bastaria o chamado “dolo genérico” para restar configurado o ato ímprobo, sem ser exigível, como acréscimo, uma especial finalidade para a ação.¹³⁴

Não obstante, aliado ao dolo genérico, há outro componente do elemento subjetivo. Sem integrar o dolo – e sem, de qualquer modo, alterar-lhe a natureza, pois que permanece genérico –, as condutas passíveis de enquadramento como ato de improbidade administrativa são necessariamente perpetradas com má-fé, com desonestidade, com corrupção.¹³⁵ Em outros termos, consistindo não propriamente em uma finalidade, mas em uma disposição, um estado de espírito em que se dá a volição do agente, a desonestidade é uma condição *sine qua non* para a imputação do ato de improbidade, na medida em que sobre essa circunstância incide o especial juízo de

¹³³ A dissintonia entre a 1.^a e a 2.^a Turma do STJ, acerca do assunto, foi superada por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 875.163/RS: “[...] 4 4. Assim, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que, para a configuração do ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92, é necessária a presença de conduta dolosa, não sendo admitida a atribuição de responsabilidade objetiva em sede de improbidade administrativa. 5. Ademais, também restou consolidada a orientação de que somente a modalidade dolosa é comum a todos os tipos de improbidade administrativa, especificamente os atos que importem enriquecimento ilícito (art. 9º), causem prejuízo ao erário (art. 10) e atentem contra os princípios da administração pública (art. 11), e que a modalidade culposa somente incide por ato que cause lesão ao erário (art. 10 da LIA). [...]”. cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 875.163/RS**. Relator(a): Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES. Órgão: Primeira Seção. Julgamento: 23/06/2010. Publicação: DJe 30/06/2010. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27ERESP%27.clas.+e+@num=%27875163%27\)+ou+\(%27EResp%27+adj+%27875163%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27ERESP%27.clas.+e+@num=%27875163%27)+ou+(%27EResp%27+adj+%27875163%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em 01set2020.

¹³⁴ Cf., e.g.: *Idem*. **REsp 951.389/SC**. Relator(a): Ministro HERMAN BENJAMIN. Órgão: Primeira Seção. Julgamento: 09/06/2010. Publicação: DJe 04/05/2011; **REsp 1285160/MG**. Relator(a): Ministro HERMAN BENJAMIN. Órgão: Segunda Turma. Julgamento: 04/06/2013. Publicação: DJe 12/06/2013; **AgInt no AREsp 1205949/RJ**. Relator(a): Ministro FRANCISCO FALCÃO. Órgão: Segunda Turma. Julgamento: 26/03/2019. Publicação: DJe 02/04/2019. Todos disponíveis em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>. Acesso em: 01set2020.

¹³⁵ Por todos, cf. *Idem*. **REsp 1.112.062/SP**. Relator(a): Ministro LUIZ FUX. Órgão: Primeira Turma. Julgamento: 22/09/2009. Publicação: DJe 07/10/2009. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1112062&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR. Acesso em: 01set2020.

reprovabilidade da conduta; e, em razão disso, sua ausência se torna uma causa de justificação, uma excludente de culpabilidade.¹³⁶

O intuito de se exigir a desonestidade como qualificação da conduta, segundo esse posicionamento, é de frisar que a censura estatal há de recair sobre o gestor corrupto, mal intencionado, e não sobre o gestor inábil, apartando-se a improbidade da “simples ilegalidade” ou da “mera irregularidade”. Consoante o Ministro Luiz Fux, em voto proferido quando integrante do STJ:

[...]

2. A exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada *cum granu salis*, máxime porque **uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares**, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, *a fortiori*, ir além do que o legislador pretendeu.

3. **A má-fé**, consoante cediço, **é premissa do ato ilegal e ímprobo** e a ilegalidade só adquire o status de improbidade, quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública, coadjuvados pela má-intenção do administrador.

4. Destarte, **o elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa**, à luz da natureza sancionatória da Lei de Improbidade Administrativa, **o que afasta**, dentro do nosso ordenamento jurídico, **a responsabilidade objetiva**. Precedentes [...].¹³⁷

Esse acórdão foi diretamente citado pelo Ministro Alexandre de Moraes, por ocasião do julgamento do tema 897, com o propósito de destacar a indispensabilidade da verificação do elemento subjetivo especial mediante processo judicial, e sem o qual haveria, no seu entender, indevida situação de responsabilização objetiva.¹³⁸

¹³⁶ A construção desse raciocínio é de Fernando Gaspar Neisser, no intuito de conciliar a noção de dolo genérico com a exigência de má-fé para a configuração do ato de improbidade administrativa, ao propor um modelo de responsabilidade subjetiva intermediário entre as esferas do direito penal e do direito civil. Cf. NEISSER, F. G. **Dolo e culpa na corrupção política**: improbidade e imputação subjetiva. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 270 e ss.

¹³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.130.198/RR**. Relator(a): Ministro LUIZ FUX. Órgão: Primeira Turma. Julgamento: 02/12/2010. Publicação: DJe 15/12/2010. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271130198%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271130198%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271130198%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271130198%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 01set2020.

¹³⁸ “[...] Dessa forma, a comprovação de responsabilidade subjetiva para a condenação por ato de improbidade administrativa, com a consequente aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/1992, inclusive a de ressarcimento ao erário, somente poderá ocorrer após a constatação da prática das elementares do tipo previstas nos arts. 9º, 10 ou 11, e, desde que presente o necessário elemento subjetivo do tipo (dolo), ou na hipótese do art. 10, também o elemento normativo (culpa), mediante o devido processo legal e a observância da ampla defesa e

Por oposição aos atos de improbidade, as irregularidades objeto de controle externo não exigem um requisito especial qualificador da conduta do agente, como a má-fé ou desonestidade, para sua caracterização. Não se há de afirmar, contudo, que se trate de responsabilidade objetiva, é dizer, que seja dispensável a apreciação do elemento subjetivo. Para a imputação de irregularidade àqueles que gerem recursos públicos, cumpre demonstrar, além do nexo de causalidade, a culpa em sentido clássico, traduzida quer na intenção genérica de produzir resultado lesivo (ou de assumir o risco de produzi-lo), quer nas alternativas normativas da falta objetiva de cuidado: a negligência, da imperícia ou da imprudência. Em outras palavras, **a responsabilidade dos agentes públicos** – ou de quem quer que, por sua conduta, cause lesão à boa administração pública e ao erário – **perante o Tribunal de Contas também é de natureza subjetiva, dependendo da existência de dolo ou culpa**. A esse respeito, confira-se excerto do voto proferido pelo Ministro Benjamin Zymler, do TCU, do qual resultou o Acórdão 2.006/2006 – Plenário:

Não se cogita, atualmente, da possibilidade de apenação por esta Corte, sem que se vislumbre a existência de culpa do responsável. A responsabilidade dos agentes que gerem recursos públicos apurada pelo TCU é subjetiva. Quantos aos gestores públicos, devem estar presentes os seguintes elementos, para que se possa apená-los:

- a) ação comissiva ou omissiva e antijurídica;
- b) existência de dano ou infração a norma legal, regulamentar ou contratual (irregularidade);
- c) nexo de causalidade entre a ação e a ilicitude verificada; e
- d) dolo ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia) do agente.¹³⁹

Decerto que, com o advento das normas de direito público inseridas na LINDB pela Lei n. 13.655/18, o art. 28 incluiu uma qualificação para a conduta, para fins de responsabilização do agente público. Não se trata, porém, do elemento subjetivo marcado pela desonestidade, e sim do reconhecimento de uma especial gravidade na culpa, que deve ser consubstanciada pelo **erro grosseiro**. Na regulamentação do dispositivo legal, o art. 12 do Decreto Federal n. 9.830/19

contraditório, na ação específica prevista nos arts. 14 a 18 da Lei 8.429/1992 e cujo prazo para ajuizamento está disciplinado em seu art. 23. *Idem*. Supremo Tribunal Federal. **RE 852.475/SP**, *op. cit.*, p. 11-13.

¹³⁹ *Idem*. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2.006/2006 – Plenário**. Processo 009.627/2000-8. Tomada de Contas Especial. Relator(a): Min BENJAMIN ZYMLER. Data da sessão: 01/11/2006. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20061103/TC-009-627-2000-8..doc>. Acesso em: 27ago2020.

desenvolve o sentido e alcance dessa noção, e seu lugar na análise da responsabilidade do agente (destacou-se):

Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções.

§ 1º Considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.

§ 2º Não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro.

§ 3º O mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização, exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público.

§ 4º A complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público.

§ 5º O montante do dano ao erário, ainda que expressivo, não poderá, por si só, ser elemento para caracterizar o erro grosseiro ou o dolo.

§ 6º A responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir e somente se configurará se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes.

§ 7º No exercício do poder hierárquico, só responderá por culpa in vigilando aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo.

§ 8º O disposto neste artigo não exime o agente público de atuar de forma diligente e eficiente no cumprimento dos seus deveres constitucionais e legais.¹⁴⁰

Sem enveredar pela discussão acerca do alcance da regulamentação de um Decreto do Poder Executivo sobre a atuação de órgãos autônomos – especialmente de órgãos de outros entes federativos, como são os Tribunais de Contas estaduais, municipais e do Distrito Federal –, as dimensões da culpa grave assim delimitada são em tudo concordes com o regime de responsabilização próprio do controle externo,¹⁴¹ que já se inclinava para a adoção desse

¹⁴⁰ Endossando e expandindo essa definição, vale consignar o que decidiu o STF, por ocasião da decisão sobre pedidos liminares contra a Medida Provisória n. 966/20, formulados no bojo de diversas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs 6.421, 6.422, 6.424, 6.425, 6.427, 6.248 e 6.431), concedendo parcialmente medida cautelar para interpretação conforme dos arts. 1.º e 2.º do ato com força de lei. Segundo o colegiado: “[...] na caracterização de erro grosseiro, deve-se levar em consideração a observância, pelas autoridades: (i) de *standards*, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente conhecidas; bem como (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.” Cf. *Idem*. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.421 MC/DF**. Relator(a): Ministro ROBERTO BARROSO. Órgão: Tribunal Pleno. Julgamento: 21/05/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=5089774&ext=RTF>. Acesso em: 02set2020.

¹⁴¹ A jurisprudência do TCU definiu o sentido de “erro grosseiro” nos seguintes termos: “[...] 82. Dito isso, é preciso conceituar o que vem a ser erro grosseiro para o exercício do poder sancionatório desta Corte de Contas. Segundo o

parâmetro, inclusive de modo a diferenciar a **irregularidade**, como ilícito tipificado, e a mera **impropriedade**, ou “falta de natureza formal”, sendo esta diferença essencial para o julgamento pela regularidade ou irregularidade das contas. Confirma-se, por exemplo, a redação do art. 16 da Lei Orgânica do TCU (destacou-se):

Art. 16. As contas serão julgadas:

I – regulares, quando expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável;

II – **regulares com ressalva, quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal** de que não resulte dano ao Erário;

III – **irregulares**, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:

- a) omissão no dever de prestar contas;
- b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;
- c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico;
- d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.

Do que se vê, pois, é imperativo deduzir que, na seara do controle externo, a “inexatidão” das contas, e a falta de “retidão formal” dos atos de gestão, apesar de estarem no escopo da atuação dos Tribunais de Contas, em um **primeiro nível**, particularmente no desempenho de sua competência fiscalizadora, não são parâmetros suficientes para a responsabilização, de modo que as impropriedades por ventura identificadas, nos termos do inciso II supra, constituem “ressalvas” à regularidade das contas, e objeto de medidas corretivas e

art. 138 do Código Civil, o erro, sem nenhum tipo de qualificação quanto à sua gravidade, é aquele ‘*que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio*’ (grifos acrescidos). Se ele for substancial, nos termos do art. 139, torna anulável o negócio jurídico. Se não, pode ser convalidado. 83. Tomando como base esse parâmetro, o erro leve é o que somente seria percebido e, portanto, evitado por pessoa de diligência extraordinária, isto é, com grau de atenção acima do normal, consideradas as circunstâncias do negócio. O erro grosseiro, por sua vez, é o que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal, ou seja, que seria evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, consideradas as circunstâncias do negócio. Dito de outra forma, o erro grosseiro é o que decorreu de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave”. **Acórdão 2.391/2018 – Plenário**. Processo: 007.416/2013-0. Tomada de Contas Especial. Relator(a): Ministro BENJAMIN ZYMLER. Data da Sessão: 17/10/2018. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2391%2520ANOACORDAO%253A2018/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=fee02580-ed5f-11ea-990b-0d9da64c8371. Acesso em: 02set2020.

recomendatórias, por parte da Corte especializada, visando o aprimoramento da gestão.¹⁴² Em um **segundo nível**, as irregularidades, por implicarem atos ilegais, ilegítimos ou antieconômicos, dos quais pode decorrer (embora não necessariamente) dano ao erário – em suma, por serem verdadeiros atos ilícitos – ensejam o julgamento pela rejeição das contas, bem como a cominação de sanções e, entre estas, a imputação de débito ao responsável por dano ao erário.¹⁴³

Neste comenos, ressalte-se que não é a ofensa a norma legal primária, a lei em sentido formal, que caracteriza o ato irregular, que bem pode ser uma infração a norma regulamentar. A nota de ilicitude reside, portanto, seja na exteriorização da vontade consciente e livre de agir em contrariedade ao direito, seja no agir com grave inobservância do dever de cuidado – circunstâncias avaliadas na prática de ato de gestão ou em condutas a ele relacionadas.

Por fim, entre as hipóteses de irregularidade há aquela referente a “desfalque ou desvio” de dinheiros, bens ou valores públicos (na alínea “d” do inciso III, supra transcrita). Tais situações estariam em um **terceiro nível**, uma vez que, por evidente, não se tem apenas o dolo, a vontade consciente de lesionar o erário, na apreciação do elemento subjetivo da conduta do responsável, mas também se encontra presente aquele componente adicional da desonestidade, da corrupção.

Assim sendo, em que pese seja relevante a quantificação do dano, tanto como requisito de procedibilidade das tomadas de contas especiais, conforme disposto, *exempli gratia*, nos arts. 8.º e 47 da Lei Orgânica do TCU, quanto como fator de arbitramento de multa, à vista do art. 57 do mesmo diploma, convém destacar que a materialidade do eventual dano causado ao erário não é determinante para a qualificação do ato como irregular, uma vez que existem hipóteses de irregularidade nas quais não se exige dano ao erário para sua concretização, havendo irregularidades formais (alíneas “a” e “b”) e irregularidades materiais (alíneas “c” e “d”). No mesmo passo, tampouco se requer o dano ao erário para a qualificação do ato como desonesto,

¹⁴² Cf., como exemplo, o art. 18 da LOTCU: “Art. 18. Quando julgar as contas regulares com ressalva, o Tribunal dará quitação ao responsável e lhe determinará, ou a quem lhe haja sucedido, a adoção de medidas necessárias à correção das impropriedades ou faltas identificadas, de modo a prevenir a ocorrência de outras semelhantes”.

¹⁴³ Cumpre indicar que o TCU tem se posicionado pela natureza não sancionatória do débito, razão pela qual, inclusive, não tem admitido a necessidade de culpa grave para fins de ressarcimento, bastando a presença do dolo ou culpa, sem gradação. Cf., e.g., BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2.391/2018 – Plenário**, *op. cit.*; **Acórdão 929/2019 – Segunda Câmara**. Processo: 002.154/2015-3. Tomada de Contas Especial. Relator(a): Ministra ANA ARRAES. Data da Sessão: 19/02/2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/dolo%2520ou%2520culpa%2520e%2520grada%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520e%2520indenizar/A%2520ACORDAO%252019%2522/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/4/%2520?uuiid=fee02580-ed5f-11ea-990b-0d9da64c8371>. Acesso em: 02set2020.

tisnado pela má-fé – o que, aliás, também se verifica na tipificação do ato de improbidade administrativa, no caso dos arts. 9.º e 11 da Lei n. 8.429/92.

Desta feita, sendo ambos regimes de responsabilidade subjetiva, **não se pode afirmar que entre as imputações de improbidade e de irregularidade haja radical diferença na valoração das condutas, qual se fossem separadas por uma fronteira entre atos considerados “graves”, de um lado, e meras ilegalidades ou desconformidades, de outro.** Em verdade, o espectro de ofensas à juridicidade ínsita à boa gestão pública que são passíveis de enquadramento típico é apenas mais abrangente, no âmbito do controle externo, de modo a abarcar desde as menores falhas formais até os atos corruptos, numa gradação de reprovabilidade que incide exatamente sobre o elemento subjetivo (ou normativo) da conduta, e que se reflete, obviamente, na aplicação ou não de sanções, assim como na espécie de sanções a serem cominadas e também em sua dosagem.¹⁴⁴

Não recaindo, pois, tanto na substância dos atos lesivos – de vez que o ato corrupto é passível de tipificação como irregularidade, sujeita ao crivo do controle externo –, o questionamento sobre a legitimidade dessa imputação termina se direcionando mais à forma de instrução processual, mormente às questões de produção probatória, enfatizando-se, com isso, a necessidade de que o processo venha a conferir a adequada acusação e a oportunidade plena do uso dos meios de defesa.

Embora já refutada a noção de que não haveria observância do devido processo legal na ritualística dos processos de controle externo, a aludida inversão do ônus da prova, relativamente à demonstração do regular emprego de recursos públicos, a ser suportada pelo responsável, como decorrência do dever constitucional de prestar contas, tem servido ao argumento de que, nos processos de contas, haveria presunção de dano ao erário e, conseqüentemente, condenação ao ressarcimento sem a concreta comprovação material da lesão.¹⁴⁵

¹⁴⁴ Atente-se para o fato de que os §§ 2.º e 3.º do art. 22 da LINDB positivaram a exigência e os critérios para dosimetria das sanções aplicáveis: “§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. § 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato”.

¹⁴⁵ Vide supra, nota 117.

Essa perspectiva é equivocada, na medida em que, primeiramente, a inversão do ônus da prova se restringe à aplicação dos recursos recebidos pelo gestor, não se eximindo o órgão responsável pela fiscalização, seja internamente à Administração, seja no âmbito do Tribunal de Contas, de demonstrar o vínculo do agente com os recursos, bem como a substancialidade de tais recursos, de maneira a caracterizar a própria existência do dever de prestar contas e alegar sua violação ou exigir seu cumprimento. A prova da regular aplicação dos recursos, ou bem assim, a prova de inexistência do vínculo com tais recursos (e a consequente inexistência do dever de prestar contas) são, por outro lado, meios de defesa do responsável, oportunizados pelo rito processual, e sem os quais obviamente não haveria condenação válida.¹⁴⁶

Em segundo lugar, essa presunção de dano não é para todas as hipóteses de irregularidade danosa. Presume-se o dano ao erário nas situações de omissão de prestar contas e de não comprovação da boa e regular aplicação de recursos públicos repassados, na conformidade das normas e no atendimento da finalidade do repasse (art. 71, inciso VI, da CF/88). No entanto, outras situações ensejam processos de contas, particularmente a instauração ou conversão do feito em tomada de contas especial; situações estas nas quais não há essa presunção, havendo, ao revés, a inversa presunção de legitimidade dos atos de gestão, como atos administrativos que são.¹⁴⁷

É dizer, diante de indícios suficientes da prática de atos ilegais, ilegítimos ou antieconômicos de que resultem dano ao erário, ou mesmo diante de indícios que façam supor ter ocorrido desfalque ou desvios de recursos públicos, não há inversão do ônus probante, sendo

¹⁴⁶ “[...] a) no processo de Tomada de Contas Especial, o ônus é da Administração, tendo em conta o brocardo latino, consagrado pela processualística moderna, de que o ônus da prova incumbe a quem alega. Caberia à administração provar o repasse de recursos, a carga patrimonial, as cláusulas do contrato, por exemplo; b) provando a Administração um fato constitutivo, poderá, na fase externa da TCE, aquele a quem é imputada a sua prática opor fatos impeditivos, modificativos ou extintivos de direito, relacionados com o fato constitutivo. Provará o citado a regular aplicação dos recursos ou a regular guarda do bem, conforme o caso”. JACOBY FERNANDES, J. U. **Tribunais de contas do Brasil**, *op. cit.*, p. 196.

¹⁴⁷ Ismar Viana destaca que a inversão do ônus da prova seria a regra apenas nos processos de contas: “Essa presunção relativa de legitimidade dos atos praticados no regular exercício da função pública exige do agente controlador iniciar o controle dos atos e fatos partindo do pressuposto de que o estado jurídico de inocência é a regra, e é exatamente por isso que o ônus da prova, no âmbito dos processos de controle externo, não é sempre do gestor da coisa pública, embora seja dele, em regra, motivo pelo qual o Tribunal de Contas da União, em diversas ocasiões, diferenciou a quem incumbe o ônus da prova, manifestando entendimento de que o ônus da prova é do próprio Tribunal, nos processos de fiscalização, denúncias, representações, inspeções, auditorias. Ao contrário, em se tratando de processo de contas, espécie do gênero processo de controle externo, o ônus da prova é, em regra, do gestor”. **Fundamentos do processo de controle externo**, *op. cit.*, pp. 169-170. Discorda-se, em parte, da tese ora exposta, uma vez que as TCEs, enquanto espécies de processo de controle externo, derivam de processos fiscalizatórios (quer instaurados na Administração, quer no próprio Tribunal), de modo que, nessas hipóteses de irregularidade em comento (atos danosos e desvios), a adequada individualização da conduta e a quantificação do dano são sempre um encargo do órgão instrutivo, a partir do qual se possibilita o exercício da defesa.

encargo da autoridade administrativa, previamente à autuação no Tribunal de Contas, e do órgão instrutivo da Corte, após o processamento do feito, promover o rechaço dessa presunção de legitimidade, ante a chamada distribuição estática do ônus da prova, recepcionada no direito processual brasileiro no art. 373, inciso I, do CPC/15. E desse encargo hão de se desincumbir os agentes de instrução ao reunir e documentar evidências que permitam, de forma adequada e relevante,¹⁴⁸ a apuração dos fatos, a identificação dos responsáveis e a quantificação do dano, na exemplificativa dicção do precitado art. 8.º da LOTCU:

Art. 8º Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, na forma prevista no inciso VII do art. 5º desta Lei, da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário, a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, deverá imediatamente adotar providências com vistas à instauração da tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano.

Em terceiro lugar, essa presunção de dano não é absoluta. Note-se que a omissão no dever de prestar contas e a não comprovação de aplicação dos recursos são situações distintas; ainda que prestadas as contas, é possível que não fique demonstrado o regular emprego dos dinheiros, bens e valores públicos. A omissão de prestar contas, inclusive, constitui irregularidade por si só, que não será elidida mesmo que, inversamente, uma apresentação a destempo das contas faculte a verificação da correta destinação dos recursos repassados – quando, então, descaracterizado o dano, será afastado o débito.¹⁴⁹

Em quarto lugar, e principalmente, em face do interesse público a pautar a atuação do controle externo, seus processos são orientados para a busca da **verdade real**, ampliando a exigência de que, em sua condução, sejam adotadas todas as medidas para o esclarecimento dos fatos, o que não leva a uma restrição, e sim, a um incremento das garantias processuais dos

¹⁴⁸ O enunciado 1113 das Normas de Auditoria Governamental dispõe: “1113 – EVIDÊNCIAS DE AUDITORIA: são elementos de convicção dos trabalhos efetuados pelo profissional de auditoria governamental, devidamente documentados, e que devem ser adequadas, relevantes e razoáveis para fundamentar a opinião e as conclusões”. Cf. INSTITUTO RUI BARBOSA. **Normas de auditoria governamental – NAGs**: aplicáveis ao controle externo brasileiro. Tocantins: IRB, 2011, p. 13. Disponível em: https://irbcontas.org.br/wp-content/uploads/2020/04/Normas_de_Auditoria_Governamental_-_NAG.IRB_.pdf. Acesso em 02set2020.

¹⁴⁹ Eis o teor do § 4.º do art. 209 do RITCU: “§ 4º Citado o responsável pela omissão de que trata o inciso I, bem como instado a justificar essa omissão, a apresentação posterior das contas, sem justificativa para a falta, não elidirá a respectiva irregularidade, podendo o débito ser afastado caso a documentação comprobatória das despesas esteja de acordo com as normas legais e regulamentares e demonstre a boa e regular aplicação dos recursos, sem prejuízo de aplicação da multa prevista no inciso I do art. 268”.

responsáveis, para o pleno exercício de defesa, bem como à possibilidade de se concluir pela regularidade das contas mesmo ante o silêncio do gestor a quem se imputa atos irregulares.¹⁵⁰

Nestes termos, o ônus de demonstrar a regular aplicação dos recursos públicos, a ser suportado pelo gestor dos recursos, não constitui óbice para a devida responsabilização do agente, com observância das garantias processuais fundamentais, sendo certo que a simples demonstração do nexo de causalidade não é suficiente para isso (art. 12, § 3.º do Decreto n. 9.830/19). A indispensável perquirição do elemento subjetivo, no curso da instrução, desenvolve-se com a apreciação das circunstâncias em que praticada a conduta, com a análise do seu contexto, que deve ser suficientemente descrito e evidenciado a fim de permitir a dedução das razões que motivaram o ato e, de igual sorte, das razões que poderiam justificar seu cometimento ou amenizar a sua reprovação. Conforme explica Vivian Ferreira (destacou-se):

Por sua própria natureza, o dolo e a má-fé não podem ser objeto de prova direta. A menos que haja uma confissão por parte do réu, o dolo e a má-fé só poderão ser determinados por uma **operação racional, legitimamente realizada pelo julgador**, a partir de fatos conhecidos e suficientemente provados. É apenas a partir do momento em que são inseridos em um discurso racional que os fatos provados podem conduzir à conclusão de que, em determinado contexto, a ação é justificável (ou não) em face dos princípios que regem a Administração Pública.¹⁵¹

A partir da adequada composição e valoração de tais elementos, portanto, é que o indicado como responsável pode, então, exercer as suas garantias processuais, contrapondo-se às conclusões da unidade técnica e produzindo prova, por sua vez, de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos de sua responsabilização (art. 373, inciso II, do CPC/15), no bojo da dialética processual, a findar com a decisão do órgão julgador.

Diante disso, não se sustenta a alegação de que, nos processos de controle externo, estariam, de algum modo, obstados o contraditório substancial, apto a influenciar a convicção do

¹⁵⁰ Cf. FREITAS, J.; MILESKI, H. S. **Manual de boas práticas processuais dos Tribunais de Contas**, *op. cit.*, pp. 29 e 69-70; JACOBY FERNANDES, J. U. **Tribunais de contas do Brasil**, *op. cit.*, p. 196; VIANA, I. **Fundamentos do processo de controle externo**, *op. cit.*, pp. 122-124.

¹⁵¹ FERREIRA, V. M. P. *O dolo da improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública*. **Revista Direito GV**, v. 15, n. 3, e1937. São Paulo, 2019. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000300211&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 03set2020. É oportuno reproduzir o *caput* e o § 1.º do art. 22 da LINDB: “Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. §1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”.

julgador, e a ampla defesa.¹⁵² Sem prejuízo das críticas que se possam fazer em relação à efetividade dessas garantias nas Cortes de Contas brasileiras,¹⁵³ as quais poderiam ser dirigidas a qualquer instância julgadora, a processualística do controle externo dispõe do ferramental necessário para a prestação da tutela estatal com plena garantia dos direitos fundamentais.

Em adendo, pode-se concluir também, a par do que foi esmiuçado acima, que, no tocante à reprovação incidente sobre o elemento subjetivo da conduta, **não é propriamente o dolo, mas a má-fé o elemento que justifica a imprescritibilidade da pretensão ressarcitória**, nos termos da jurisprudência atualizada da Corte Constitucional.¹⁵⁴

Em todo caso, **que a certificação da existência de um ato desonesto**, para fins de ulterior exercício da pretensão de ressarcimento ao erário imune à prescrição, **não se possa auferir da escorreita e legitimada instrução e decisão exarada num processo de controle externo**, consoante essa jurisprudência, isso não se deve a uma substancial diferença entre os tipos de ilícito objeto de responsabilização, nas instâncias judicial e controladora; nem a uma alegada deficiência ou limitação do processo de controle externo; nem tampouco a uma exigência de rito especial para a imputação de atos dolosos de improbidade administrativa. **Essa vedação decorre**, a par do que decidido no RE 636.886, **de uma afirmação de competência privativa do Poder Judiciário para declarar com solenidade e segurança a existência de um ato ímprobo**, calcada no senso comum teórico do ambiente jurídico brasileiro, e no desconhecimento ou desprestígio da natureza da função de controle externo e do desempenho processualizado das competências dos Tribunais de Contas.

8. Do impacto da nova tese da imprescritibilidade limitada nos processos de controle externo e da adequação da jurisprudência das Cortes de Contas

Ante as restrições dos novos precedentes que versam sobre a questão da prescritibilidade das pretensões de ressarcimento ao erário, em especial as incongruências do

¹⁵² Cf. SILVA, A. V. F. **Princípios pamprocessuais ou metaprocessuais**, *op. cit.*, pp. 349-352; VIANA, I. **Fundamentos do processo de controle externo**, *op. cit.*, pp. 115-119.

¹⁵³ Diz Ismar Viana: “Não se pode olvidar que o número de decisões dos Tribunais de Contas, seja da União, seja dos estados, anuladas pelo Poder Judiciário, tem crescido consideravelmente. Isso decorre, não raras vezes, da ausência do direito à ampla defesa, em sua acepção ampla, não se voltando apenas ao direito ao exercício, mas, sobretudo, ao direito de ver as razões defensivas apreciadas por agentes públicos legalmente competentes e qualificadamente aptos para a prática dos atos de fiscalização e instrução processual”. *Ibidem*, p. 119.

¹⁵⁴ Nisso, há coerência com a mesma exceção ao prazo extintivo estipulado no art. 54 da Lei n. 9.784/99, que literalmente aduz decair o direito da Administração de anular os atos administrativos em cinco anos “salvo comprovada má-fé”.

recentíssimo julgado que fixou a tese de repercussão geral para o tema 899, os Tribunais de Contas do país têm procurado lidar com os efeitos vinculantes do posicionamento adotado pelo Pretório Excelso, para adequar sua atuação e, ao mesmo tempo, administrar os reflexos que essa superação jurisprudencial trará aos processos de controle externo em trâmite.

Em sua manifestação como *amicus curiae*, nos autos do referido RE 636.886, o TCU havia listado uma série de argumentos para ilustrar esse impacto, tanto na tramitação dos processos perante as Cortes especializadas como no próprio Poder Judiciário, à vista, sobretudo, da forma de processamento de demandas como tomada de contas especial. Admitindo-se um crescimento significativo desses processos de contas, instaurados por órgãos federais e encaminhados àquela Corte federal, e enfatizando sua relevância para o controle da boa aplicação dos recursos em programas e políticas públicas como a saúde e a educação, o TCU arguiu, naquela oportunidade, que a decisão pela prescritibilidade das pretensões ressarcitórias traria prejuízos bilionários aos cofres da União.¹⁵⁵

Em adendo, ressaltou que a apreciação de irregularidades danosas por meio dessa espécie processual, considerando a fase investigativa (interna) e a fase de instrução e julgamento (externa), quase sempre supera os cinco anos, muito embora o tempo decorrido entre a autuação na Corte de Contas federal e sua decisão represente pouco mais de dois anos e meio, em média, permitindo concluir que a demora na prestação da tutela tem causa desvinculada da alegada inércia daquele órgão de controle externo.¹⁵⁶

Em seguida, observou o TCU que o reconhecimento da prescritibilidade de pretensões de ressarcimento ao erário fundadas em decisões dos Tribunais de Contas provocaria um massivo ajuizamento de ações judiciais para impedir o transcurso do prazo prescricional – ou, melhor dizendo, para contorná-lo – significando uma sobrecarga à Advocacia Pública e ao Poder Judiciário, e um consequente aumento de custos para a constituição de títulos executivos de equivalente eficácia, somada a uma obsolescência da estrutura e da expertise dos órgãos de controle externo para o desempenho desse mesmo mister.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Cf. BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Aviso n. 1195-GP/TCU**, *op. cit.*, pp. 05-06.

¹⁵⁶ Convém reproduzir o trecho: “Vale ainda ressaltar as conclusões da Segecex acerca do tempo de apreciação das TCE’s no TCU, com nosso destaque: 11. Em análise conjunta das Tabelas 4 e 5, **verifica-se que o tempo médio entre a autuação do processo e a apreciação da TCE no TCU é de 2,75 anos, o que representa ¼ do tempo médio entre a ocorrência do débito e a apreciação do processo no TCU (10,27 anos)**”. *Ibidem*, p. 06.

¹⁵⁷ *Ibidem*, pp. 27-28.

Tais argumentos, em boa medida ancorados no que se convencionou chamar de “consequencialismo” e no intitulado “primado da realidade”, que (posteriormente a essa manifestação do TCU nos autos, que é de dezembro de 2016), a Lei n. 13.655/18 consagrou para as normas de sobredireito aplicáveis ao Direito Público,¹⁵⁸ não foram, entretanto, recepcionados pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 636.886 (já em abril de 2020), na medida em que o Ministro Relator, em voto referendado pelo colegiado, não ponderou as “consequências práticas” da sua decisão, à luz das “possíveis alternativas” à solução escolhida,¹⁵⁹ quando simplesmente objetou, com toda a abstração possível, que caberia à Administração e ao órgão de controle externo compensar a ineficiência da máquina pública “sem sacrifício de direitos fundamentais dos indivíduos”.¹⁶⁰

Destarte, em vista das dificuldades de ordem prática a serem equacionadas, com a fixação do novo entendimento, as Cortes de Contas têm enfrentado os primeiros questionamentos e pleitos, relativamente à prescrição da pretensão de ressarcimento ao erário. Dentre as posições recentemente surgidas, a cautela em lidar com os ditames do novo precedente tem transparecido em alguns julgados, dos quais o Acórdão 6.589/2020 – Segunda Câmara, do TCU, de relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, é representativo.¹⁶¹

¹⁵⁸ Cf. JORDÃO, E. *Art. 22 da LINDB – Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. Revista de Direito Administrativo*. Edição especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018). Rio de Janeiro: nov2018, pp. 69-70. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77650/74313>>. Acesso em: 04set2020; LEAL, F. A. R.; MENDONÇA, J. V. S. (org.) **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

¹⁵⁹ Como é exigido pelo art. 20, *caput*, e parágrafo único da LINDB. A esse respeito, explicita Flávio Pereira: “[...] Pois bem. Não haveria sentido algum em se exigir o atendimento ao devido processo legal se a Administração ou o Judiciário pudesse ignorar os argumentos aduzidos pelas partes interessadas, razão pela qual a motivação deve apresentar o relato das ponderações de todos os envolvidos e a respectiva fundamentação técnica que refute ou acolha tais manifestações. Mas o art. 20 é ainda mais claro. O parágrafo único impõe a demonstração da necessidade da medida, à luz das possíveis alternativas. A consideração das ‘possíveis alternativas’ é o elemento mais inovador do dispositivo, na medida em que, ao invés de apenas mencionar ‘motivação’, densifica sua noção para impor o exame – e sua explicitação, obviamente – das consequências que cada solução possa trazer para a realidade. Em outras palavras, a decisão será adequada e legítima quando se revelar menos danosa e mais eficaz se consideradas as alternativas possíveis em determinada situação fática. PEREIRA, F. H. U. *Artigo 20*. In: PEREIRA, F. H. U. (Coord.) **Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática**. Brasília: Senado Federal, 2015, p. 18. Disponível em: <http://anastasia.com.br/wp-content/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf>. Acesso em: 04set2020. Vale consignar que foram emitidas sensíveis críticas aos conceitos indeterminados dessa lei e ao ônus argumentativo que imporia aos órgãos julgadores, com sua promulgação, com o risco de fragilizar o direito, a exemplo da Nota Técnica n. 01/2018/ATRICON/AUDICON, de 10 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.atricon.org.br/wp-content/uploads/2017/03/Nota-Tecnica-01-2018-PL-7448-2017Atricon-Audicon.pdf>. Acesso em: 04set2020.

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 636.886/AL**, *op. cit.*, pp. 21-22.

¹⁶¹ *Idem*. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 6.589/2020 – Segunda Câmara**. Processo: 030.807/2015-8. Tomada de Contas Especial. Relator(a): Ministro RAIMUNDO CARREIRO. Data da Sessão: 16/06/2020. Disponível em:

Procurando seguir estritamente o que ficou decidido nos julgados da Corte Suprema, acima analisados, o Relator enfatizou em seu voto que o STF não definiu um prazo prescricional para incidir nos processos de controle externo, e, na medida em que o RE 636.886 discutia a prescritibilidade da pretensão ressarcitória baseada em condenação do Tribunal de Contas, a este não seria aplicável, adicionando ainda que referido prazo somente passaria a fluir a partir da definitividade da decisão condenatória do órgão controlador. *In litteris* (destacou-se):

[...]

55. Em relação à prescrição das ações de ressarcimento de débitos advindos de danos ao erário causados por agentes públicos, invocada pelos responsáveis, é bom ressaltar que **as decisões adotadas pelo STF no RE 669.069 e no RE 852.475 não definiram qual seria o prazo prescricional que vale para o TCU. Tampouco na recente decisão adotada no RE 636.886, esse prazo restou estabelecido**, tendo o STF deixado assente que a estipulação de prazos de prescrição deve ser feita por leis infraconstitucionais.

56. Cabe destacar que o entendimento do TCU se mostrava pacífico sobre a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento, conforme o art. 37, §5º, da CF/88, o qual foi sumulado nos seguintes termos (Súmula 282): “As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis”.

57. No RE 636.886, julgado pelo Plenário em recente Sessão Virtual de 10/04/2020, a Suprema Corte expressou entendimento, com repercussão geral, segundo o qual: “É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”. Consta da ementa desse julgado que “A pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos reconhecida em acórdão de Tribunal de Contas prescreve na forma da Lei 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal).” Vê-se que como, no caso concreto, tratou-se de execução judicial de título executivo formado a partir de decisão do TCU, o STF adotou o rito previsto na Lei de Execução Fiscal.

58. **Claramente, o Recurso Extraordinário sob enfoque tratou de prescrição que ocorreu na fase de execução judicial do acórdão condenatório desta Corte de Contas, e não da prescrição da pretensão de ressarcimento associada a processo de controle externo.** Nesses termos, **compreendo que a tese assentada no RE 636.886 não é aplicável ao caso ora em análise, em que ainda poderá se formar título executivo extrajudicial**, a depender da confirmação do julgamento de mérito a ser proferida em Acórdão que analisa recursos de reconsideração.

59. **É bom frisar ainda que, nos termos da tese firmada pelo STF no RE 636.886, só após o trânsito em julgado do acórdão condenatório do TCU é que terá início a contagem do prazo prescricional para a execução judicial desse título** pela Advocacia Geral da União (AGU). Demais disso, temos que levar em consideração que como a referida tese ainda não transitou em julgado, poderá sofrer alterações ou

modulação de seus efeitos, caso haja interposição de embargos de declaratórios junto ao STF.

60. Destarte, **sem a pretensão de fixar uma tese a ser defendida por esta Corte de Contas**, caso venha a rever o seu entendimento jurisprudencial sobre do tema, **afasto a preliminar de prescrição da pretensão ressarcitória perante esta Corte de Contas**, uma vez que a tese que ora prevalece é a de que as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis. Nesse cenário, não é cabível recorrer a argumentos de prescrição do débito.¹⁶²

Com efeito, a se tomar os lindes do que restou decidido pela Corte Constitucional, com esteio no caso concreto que ensejou a fixação da tese de repercussão geral, a conclusão do Ministro Carreiro é irretorquível: trata-se de prazo prescricional definido para a pretensão executória de títulos extrajudiciais derivados de decisões condenatórias de órgãos de controle externo. Nada estipula para o reconhecimento da prescrição ainda no curso dos processos perante os Tribunais de Contas. E, mais do que isso, partindo-se da concepção – claramente adotada nos fundamentos do acórdão do STF – de que, previamente à constituição dos títulos em comento, sequer haveria pretensão de ressarcimento, eventual prazo extintivo desta pretensão só poderia correr, decerto, após a constituição do crédito fiscal.

Inobstante a necessária conclusão, dadas as premissas em comento, forçoso é admitir que uma solução nesses moldes iria contra o próprio interesse que motivou o acolhimento da controvérsia constitucional então resolvida, gerando a decisão vinculante: a ofensa à segurança jurídica causada pela perenização das cobranças dos débitos decorrentes de irregularidades danosas ao erário. A bem dizer, a eliminação dessas hipóteses de ilícito danoso da cobertura protetiva da imprescritibilidade seria de pouco proveito, para os fins almejados com a nova tese, se por ventura a imputação de débito pelos Tribunais de Contas pudesse ocorrer a qualquer tempo, impondo-se a limitação de sua cobrança apenas ao titular do sobredito crédito fazendário, que deveria diligenciar em tempo hábil a materialização do ressarcimento pela via judicial executiva.

A tibieza do precedente assentado pela jurisdição constitucional permite, em um sentido lógico, uma saída defensiva desse jaez – a qual, ressalte-se, é declaradamente fruto da prudência do Relator do acórdão do TCU, consoante exprimiu nas razões do voto supra transcrito, calcada na expectativa de eventual modificação ou modulação de efeitos da decisão do STF, ou mesmo em face da inexistência de trânsito em julgado do RE 636.886, ao tempo de sua prolação,

¹⁶² *Ibidem*, pp. 43-44.

fazendo subsistir o entendimento antes prevalecente até que sobrevenha a superação, com a coisa julgada.

Sob uma perspectiva teleológica, contudo, as disposições desse julgado não autorizam semelhante posição. Basta recordar a construção teórica apresentada pelo Ministro Gilmar Mendes, por ocasião daquela decisão, mencionada em tópico anterior,¹⁶³ que concebe a incidência de prazos de natureza decadencial no *iter* do controle sobre a gestão pública; uma elaboração que não foi acolhida pelo colegiado da Corte Máxima mais por atinência aos contornos do caso concreto e da controvérsia de repercussão geral, e não propriamente por discordância quanto aos seus termos.¹⁶⁴

Em vista disso, são significativas as chances de anulação das decisões dos Tribunais de Contas proferidas com fundamento na inaplicabilidade do tema 899 aos seus processos (ou de inexecutabilidade dos títulos executivos delas advindos), especialmente em virtude da intuitiva compreensão de que os prazos extintivos aplicáveis à execução de uma determinada pretensão devem ser simétricos aos prazos extintivos incidentes sobre a sua cognição, o que já foi consagrado no vetusto enunciado de n. 150 da súmula de jurisprudência da Corte Suprema.¹⁶⁵ Nada impede, portanto, que o STF venha a se pronunciar explicitamente sobre a incidência de prazos extintivos nos feitos de controle externo, no concernente ao ressarcimento de prejuízo ao erário, como aliás já o fizera, relativamente à pretensão punitiva e ao registro de atos de pessoal, respectivamente por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança n. 32.201/DF e do recente julgamento do Recurso Extraordinário n. 636.553/RS, melhor abordados mais adiante.

Em sentido oposto à solução restritiva avançada com o Acórdão 6.589/2020 – Segunda Câmara, o Pleno da Corte de Contas federal exarou uma decisão em sessão realizada cerca de uma semana antes, resolvendo o mérito de tomada de contas especial mediante o Acórdão 1.482/2020

¹⁶³ Vide *supra*, nota 126.

¹⁶⁴ O Ministro Roberto Barroso assim verbalizou, ao se manifestar na sessão (em destaque): “**Não me comprometo, porém, neste momento, com a questão do termo inicial do prazo prescricional.** É preciso refletir sobre hipóteses em que a demora irrazoável da chegada da matéria ao Tribunal de Contas seja um obstáculo à sua atuação, porque, nesse caso, não há inércia que lhe possa ser imputada. Isso é válido especialmente quanto ao ressarcimento ao erário, mesmo que não o seja quanto à multa. **Seja como for, não há necessidade de definir o ponto neste julgamento**”. *Ibidem*, pp. 69-70. Diante dessa declaração, é de se reconhecer que houve alguma preocupação com as questões levantadas pelo TCU, acerca do fato da demora em apreciar irregularidades danosas residir em momento prévio à atuação do feito na Corte de Contas. Todavia, a relevância do ponto não foi considerada suficiente para influenciar a decisão sobre a prescritibilidade, nem tampouco para que o STF definisse, naquela oportunidade, os parâmetros da prescrição nos processos de controle externo.

¹⁶⁵ Cf. *Idem*. **Súmula 150**: “Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação”. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula150/false>. Acesso em 05set2020.

– Plenário.¹⁶⁶ Nesse julgado, de relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, parte-se exatamente da noção de que seria equivocada uma interpretação literal e isolada da tese fixada para o tema 899, sem articulá-la com os temas 666 e 897. Semelhante equívoco levaria à conclusão de que todos os débitos apurados em processos de contas seriam prescritíveis, ocasionando a inutilidade de milhares de tomadas de contas especiais, e mesmo contribuindo para incentivar a omissão em prestar contas – e, por conseguinte, a corrupção –, por parte dos gestores de recursos públicos, ante a convicção de que eventuais débitos estariam prescritos ao cabo da fiscalização.

Neste sentido, arguindo em defesa das prerrogativas do Tribunal de Contas, e de seu papel na proteção da moralidade administrativa, o Ministro Relator divisa que a imunização constitucional da eficácia das pretensões ressarcitórias, malgrado sua radical redução a apenas aquelas derivadas de atos ímprobos, ainda alcançaria as demandas veiculadas perante os órgãos de controle externo e suas decisões, quando estas declarassem a existência de tais violações aos princípios da Administração Pública e, ato contínuo, condenassem os responsáveis pelos danos causados ao erário. Em suas palavras (destaques no original):

[...]

Permitir que os responsáveis pela gestão ruinosa de recursos públicos se valham de artimanhas para, ao final do longo processo de tomada de contas especial, terem suas contas arquivadas, em razão da prescrição quinquenal, equivale a permitir que se beneficiem da própria torpeza, em detrimento dos princípios constitucionais da supremacia do interesse público e da moralidade administrativa, o que seria inadmissível relativamente ao nosso Estado de Direito. E a não ser que se pretenda suprimir de um órgão de direta extração constitucional suas competências explícitas, também de ordem constitucional, a tese não pode prosperar.

No caso dos autos, como vimos, a hipótese se subsume à tipificação empregada pela Lei de Improbidade Administrativa que prevê, expressamente, como ato de improbidade administrativa, a ausência de prestação de contas, por quem é obrigado por lei a fazê-lo.

Assim, a regulamentação da eventual prescrição dos débitos apurados pelos tribunais de contas, quando advinda, deveria abranger tão somente os casos em que venham a ser reconhecidas a ausência de dolo e/ou de conduta tipificada como ato de improbidade administrativa, como ressaltado pelo E. STF.

Nas condutas dolosas, amoldadas aos ilícitos tipificados como de improbidade administrativa, com arrimo na tese consagrada pelo E. STF, nos autos do RE 852.475,

¹⁶⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.482/2020 – Plenário**. Processo: 019.366/2019-1. Tomada de Contas Especial. Relator(a): Ministro WALTON ALENCAR RODRIGUES. Data da Sessão: 10/06/2020. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1482%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uid=648a4540-efaf-11ea-a503-6f7a7c2af2e9. Acesso em 05set2020.

no sentido de que as ações que tenham por objeto o ressarcimento de danos decorrentes da prática de ilícitos dessa natureza são imprescritíveis, considero não haver impedimento para que este Tribunal dê continuidade ao julgamento das contas e à cobrança dos valores devidos, observando, sempre, o devido processo legal e a ampla defesa.

Desta forma, o Tema 897, da repercussão geral, que firmou a tese de que “*são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa*”, combina-se com o Tema 899, da repercussão geral, em que a Corte Suprema afirma que “*é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas*”. Logo, ao lume severo do princípio constitucional da moralidade administrativa, a única conclusão admissível do silogismo é a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao Erário, fundada em decisão de Tribunal de Contas, que contempla a prática de ato doloso, tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.

A par desse especial contexto, também compreende a Justiça Eleitoral que a falta ou atraso injustificado da prestação de contas “configura ato de improbidade administrativa” e revela a conduta dolosa do agente, em consonância com múltiplos julgados.

Como consectário lógico do art. 71, II, da Carta Magna, **com vistas à continuidade do julgamento das contas dos responsáveis, por prejuízos aos cofres públicos**, tem este Tribunal o dever-poder de avaliar, no seu âmbito, o cometimento de ato típico de improbidade administrativa e se o agente cometeu o ato de forma dolosa.

A resposta positiva a estes quesitos conduz, inexoravelmente, à imprescritibilidade do débito, nos moldes, agora expressamente, decididos pela Corte Suprema no RE 852.475.¹⁶⁷

Uma vez mais, a coerência dos argumentos expendidos é irredarguível. Como já discorrido linhas acima, não se poderia conceber diferença de substância na própria pretensão de ressarcimento, oriunda de um ato ilícito contra a “coisa pública” – é dizer, contra o erário e todo o arcabouço de bens jurídicos que constituem a sua boa gestão – porque promovida a sua impositividade por meio de uma tutela estatal e não por outra. As “ações”, neste particular, cumpre novamente recordar, apenas indiretamente hão de sofrer os reflexos do eventual encobrimento da eficácia das pretensões que veiculem, no intento de sua satisfação.

Desta feita, considerada imprescritível uma pretensão, por soberana escolha constitucional, porque surgida de uma violação qualificada pela má-fé, sê-lo-á como tal em qualquer tempo e instância, porque não sujeita a exigibilidade do direito ao ressarcimento, no caso, à corrosão pelo não-exercício.

¹⁶⁷ *Ibidem*, pp. 16-17.

E, no entanto, assim concluir é, de igual sorte, conflitar com o espírito do julgado vinculante, que, ao pontificar a prescritibilidade das execuções judiciais das decisões dos Tribunais de Contas, mirou na natureza dita extrajudicial dos títulos, olvidando (ou desconhecendo) a natureza das pretensões que estes asseguram; descreditou a capacidade da instrução processual conduzida perante as Cortes especializadas de formar a culpa dos responsáveis, pela individualização da conduta, perquirição do seu elemento subjetivo, valoração dos atos face ao contexto em que praticados, e sopesamento das justificativas para o seu cometimento; evocou um (inexistente) risco de responsabilidade objetiva, e de configuração, por este meio, de uma inaceitável espécie de “ilícito civil imprescritível”;¹⁶⁸ em outros termos, asseverou dramaticamente o aventado monopólio de jurisdição.

Por este motivo, o idêntico risco de anulação das decisões condenatórias em débito pelas Cortes de Contas, ou de sua inexequibilidade, termina se apresentando, implicando na mesma inutilidade dos processos de contas que se quer, com esse posicionamento, prevenir.

A preocupação com a higidez das decisões e processos de controle externo, em razão disso, também se fez sentir na sessão plenária em que prolatado o Acórdão 1.482/2020. Receando uma invasão de competência que levaria, necessariamente, a esse desfecho, o Ministro Raimundo Carreiro expressou suas ressalvas ao entendimento do Relator, muito embora o tenha acompanhado na decisão. Naquela oportunidade – dias antes da prolação do Acórdão 6.589/2020 – Segunda Câmara, de sua relatoria –, assim declarou (itálico no original; negritou-se):

[...]

Faço duas ressalvas ao entendimento sustentado pelo relator:

Primeira: **a Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) é de reserva judicial.**

Segunda: o art. 16, inciso III, alínea a, da Lei 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU) já prevê que as contas do gestor serão julgadas irregulares por omissão.

Trata-se de comando normativo que tem sido aplicado por esta Corte de Contas com elevada disciplina, tanto que, nos termos do §4º do art. 209, do Regimento Interno desta Casa, se o gestor omisso no dever de prestar contas apresentá-las posteriormente, mas não justificar a omissão, terá as suas contas julgadas irregulares, “*podendo o débito ser afastado caso a documentação comprobatória das despesas esteja de acordo com as*

¹⁶⁸ A expressão é do Ministro Alexandre de Moraes, lançada por ocasião dos debates do julgamento do RE 852.475, para arguir a imprescindibilidade do rito especial da ação civil pública de improbidade administrativa para a adequada condenação ao ressarcimento – oportunidade em que restou vencido, diferentemente do RE 636.886, como visto. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 852.475/SP**, *op. cit.*, p. 114.

normas legais e regulamentares e demonstre a boa e regular aplicação dos recursos, sem prejuízo de aplicação da multa prevista no inciso I do art. 268”.

No entanto, a proposta do relator é no sentido de subsumir a conduta omissiva do gestor não apenas ao art. 16, inciso III, alínea a, da Lei Orgânica do TCU, mas também ao art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

E aqui reside a minha segunda ressalva, pois entendo que **a Lei Orgânica do TCU é o seu estatuto infralegal [sic] e que lhe dá suporte normativo suficiente para o exercício das competências que lhe foram outorgadas pela Constituição Federal, não devendo, portanto, este Tribunal fazer juízos sobre a tipificação das condutas dos gestores relativamente aos atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/1992.**

Não obstante, **cabe tão-somente constar das instruções como elementos informativos se o gestor incidiu na tipificação de quaisquer dos dispositivos da Lei 8.429/1992**, bem como em dispositivos do Direito Civil ou Penal, **para que o Tribunal faça cumprir o art. 16, § 3º da Lei 8.443/1992 – Lei Orgânica do TCU** - que possui comando cogente:

“§ 3º Verificada a ocorrência prevista no parágrafo anterior deste artigo, o Tribunal providenciará a imediata remessa de cópia da documentação pertinente ao Ministério Público da União, para ajuizamento das ações civis e penais cabíveis.”¹⁶⁹

Lídimas são as preocupações manifestadas nos julgados acima transcritos. Por um lado, é imperativo se ater aos parâmetros definidos pelo RE 636.886, que fixou tese de repercussão geral e se dota, por isso, de efeitos vinculantes, tornando obrigatória sua observância pelas instâncias judiciais, bem como por todos os quadrantes da Administração Pública (inclusos os órgãos autônomos).¹⁷⁰ A independência entre as instâncias está diretamente relacionada à distribuição de competências, que deve ser respeitada, na medida em que concretiza o esquema orgânico-funcional da República e o princípio da separação dos poderes, como um dos seus pilares (art. 2.º e art. 60, § 4.º, inciso III, da CF/88).

Por outro lado, por esses exatos fundamentos, como ressaltado pelo Ministro Walton Rodrigues, devem os Tribunais de Contas zelar pelo pleno cumprimento de suas competências explicitadas no texto constitucional, atuando de modo a conferir a máxima efetividade aos interesses públicos e direitos fundamentais que estas mesmas competências objetivam assegurar, não podendo abdicar do seu múnus em extensão maior do que exijam a harmonização desses

¹⁶⁹ *Idem*. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.482/2020 – Plenário**, *op. cit.*, pp. 22-23.

¹⁷⁰ Vide *supra*, nota 100.

interesses e direitos com outros de equivalente estatura, e a harmonização de suas atividades com as dos demais órgãos da estrutura republicana.¹⁷¹

Neste sentido, talvez, o risco que se queira conjurar esteja circunscrito à exequibilidade do título, e ao aspecto condenatório das decisões. E por maior relevo que tenha o ressarcimento ao erário, quer pela dimensão reparatória do patrimônio público, quer pela dimensão sancionatória que a imposição do seu adimplemento igualmente ostenta; por mais que esse propósito se entenda central e último, inclusive, às tomadas de contas especiais, enquanto espécie de processo de controle externo a ser mais impactada pela tese fixada para o tema 899, **é mister lembrar que as competências exercidas na esfera controladora não se reduzem a esse objetivo**, como igualmente não se restringiam à imposição de sanções pecuniárias e outras punições, cuja prescritibilidade também os Tribunais de Contas se viram obrigados a reconhecer, em seu âmbito – especialmente quando a discussão quanto ao prazo e às normas aplicáveis foi enfrentada pelo Pretório Excelso, com o julgamento do MS 32.201.

Até recentemente, antes de superada a tese da ampla imprescritibilidade da pretensão ressarcitória, as Cortes de Contas perfilaram o entendimento de que a prescrição da pretensão punitiva não acarretaria a prejudicialidade do mérito dos processos de contas, escudando-se, para tanto, justamente na interpretação então vigente do § 5.º do art. 37 da Carta Política. Tomando-se por referência para essa constatação, no Acórdão 676/2018 – Plenário, do TCU, o Ministro Relator, Benjamin Zymler, acolheu posicionamento externado pelo Ministério Público junto àquele Tribunal, aduzindo (destacou-se):

[...]

11. Nesse sentido, comungo do entendimento de que o julgamento das contas e a aplicação de sanções possuem natureza jurídica diversa e, portanto, não se confundem.
12. O julgamento das contas decorre do art. 71, inciso II, da Constituição Federal, segundo o qual compete ao TCU “julgar as contas dos administradores e demais

¹⁷¹ Quando em pauta a discussão para uniformização da jurisprudência acerca da prescrição das pretensões punitivas, no âmbito da Corte de Contas federal, o relatório do Acórdão 1.441/2016 – Plenário reproduziu excerto do voto do Ministro Walton Rodrigues proferido em outro processo, o qual, inicialmente defendendo a imprescritibilidade das punições, de par com as pretensões ressarcitórias, pela ausência de previsão legal, expressou o mesmo pensamento acima transcrito: “[...] 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”. BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.441/2016 – Plenário**, *op. cit.*, p. 05.

responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”. Ao cumprir essa importante tarefa, pode o Tribunal considerar as contas regulares, regulares com ressalvas ou irregulares.

13. Esse julgamento não pode ser considerado propriamente como uma sanção, mas poderia, de alguma forma, restringir direitos civis dos administrados, ensejando a sua inelegibilidade, matéria que abordarei em tópico específico deste voto.

14. Suas consequências são diversas, podendo o Tribunal atestar a regularidade da aplicação de recursos públicos ou mesmo identificar falhas que, a depender de sua natureza, podem ensejar a aposição de ressalvas ou mesmo a irregularidade das contas.

15. E na hipótese de contas irregulares, pode o TCU aplicar, com amparo no art. 71, inciso VIII, da Constituição Federal, sanções previstas no Título VII da Lei 8.443, de 1992, as quais compreendem multas, decretação de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da administração pública federal.

16. Nos termos do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, é imprescritível a pretensão do Estado de promover ações de ressarcimento contra quem deu causa a prejuízo ao erário. Esse entendimento foi corroborado pelo Supremo Tribunal Federal – STF, que ao interpretar o referido dispositivo constitucional firmou a tese da imprescritibilidade das ações de reparação de dano movidas pelo Estado (Mandado de Segurança 26.210/2008, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski).

[...]

19. Necessariamente igual entendimento deve ser conferido ao julgamento das contas. Caso contrário, estar-se-ia admitindo a condenação de um responsável ao ressarcimento ao erário sem que este Tribunal julgasse irregulares as contas do agente. **Ou seja, se não há prescrição da imputação de débito aos jurisdicionados, é igualmente imprescritível a possibilidade de julgamento irregular das contas.**

20. Ademais, não se pode olvidar que a sociedade tem o direito de ver o Tribunal cumprir sua tarefa mais importante, que é exercer o crivo das contas públicas. Tal avaliação decorre do direito público subjetivo de o cidadão ter acesso à informação se os recursos foram aplicados de acordo com as normas de regência.

21. Se desse julgamento decorrer uma sanção, deve o gestor, se assim o desejar, buscar impugná-la junto aos órgãos que porventura o sancionaram.

22. Desse modo, concluo que o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva apenas atinge as sanções previstas na Lei Orgânica desta Corte de Contas e não constitui impedimento para que as contas sejam julgadas irregulares.¹⁷²

Com isso, firmou-se como que um paralelo entre as competências judicante e sancionadora – se se pode entender a imputação de débito como tal – para efeito de compreendê-

¹⁷² *Idem. Acórdão 676/2018 – Plenário.* Processo: 000.610/2011-9. Recurso de Reconsideração. Relator(a): Ministro BENJAMIN ZYMLER. Data da Sessão: 28/03/2018. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A676%2520ANOACORDAO%253A2018/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=46634750-f09b-11ea-b589-779036e8fe00. Acesso em: 06set2020.

las, ambas, a salvo da extinção prescricional. Concluiu-se que, subsistindo o interesse pelo ressarcimento, tornar-se-ia peremptória a apuração dos fatos, ainda que vedada a punição dos responsáveis pelos ilícitos apurados, porque condição necessária à própria condenação em débito. Destarte, à prescrição da pretensão punitiva, *stricto sensu*, não se seguiria a prescrição da pretensão ressarcitória, e tampouco estaria neutralizado o “direito de agir” do órgão de controle externo.¹⁷³

Ora, com o afastamento da imunidade da pretensão ressarcitória, a partir do novo entendimento constitucional, dever-se-ia ter por prejudicada a análise do mérito, doravante, nos processos de controle externo?

Se se tomasse a importância da competência judicante – e também da competência fiscalizadora, acaso entendida aquela como exclusivamente exercida nos processos de contas – apenas como antecedente lógico, como procedimento necessário ao fito de sancionar (punir e ressarcir), então, a resposta seria positiva. Diversamente, uma vez esclarecido que a finalidade de se aferir a regularidade das contas e de se fiscalizar a juridicidade de atos de gestão não está subordinada a esses objetivos, é de se admitir que, mesmo neutralizadas as pretensões punitiva e ressarcitória, restaria intacta mais do que a utilidade, mas a real necessidade de se promover a apuração dos atos e fatos pela via do controle externo, e permaneceria incólume o dever-poder dos Tribunais de Contas de, em guarneendo o interesse público (cujo titular é a sociedade), decidir sobre o mérito de suas demandas.

Em outras palavras, não havendo predominância da eficácia condenatória das tutelas prestadas pelas Cortes especializadas, uma vez encoberta essa carga eficaz pela prescrição, ainda restariam plenos os potenciais efeitos declaratórios, e, eventualmente, os efeitos mandamentais e executivos *lato sensu* que se fizessem necessários na resolução do caso concreto.

¹⁷³ A expressão é de Ismar Viana que, tendo escrito sua obra antes do julgamento do RE 636.886, embora cômico da possível iminente superação jurisprudencial no STF, adotou o mesmo raciocínio constante do Acórdão do TCU ora em comento. Em que pese um tanto inadequada a definição para representar as competências dos Tribunais de Contas, segundo o entendimento aqui esposado, sua reprodução é ilustrativa: “Não se pode confundir prescrição da pretensão punitiva com ‘prescrição’ da pretensão do direito de agir dos Tribunais de Contas. [...] Dessa forma, levando-se em conta o entendimento atualmente vigente, ainda que operada a incidência da prescrição da pretensão punitiva estatal, [...] deve o Tribunal de Contas, em ocasião do julgamento, ingressar na análise de mérito, até para aferir acerca da ocorrência ou não de dano ao erário, que não é, segundo o entendimento prevalecente, atingida pelos efeitos da prescrição, razão por que a operabilidade da prescrição da pretensão punitiva não constitui óbice à processualização apuratória de atos e fatos levados ao conhecimento do Tribunal, ainda que já transcorrido o interstício prazal prescricional punitivo, frise-se”. **Fundamentos do processo de controle externo**, *op. cit.*, pp. 202-203.

Esta perspectiva está igualmente contemplada na fundamentação do Acórdão 676/2018 – Plenário, acima transcrito, embora inserida como argumento adicional. Para a devida ênfase, é oportuno reproduzir novamente o trecho (destacou-se):

20. Ademais, não se pode olvidar que a sociedade tem o direito de ver o Tribunal cumprir sua **tarefa mais importante**, que é **exercer o crivo das contas públicas**. Tal avaliação decorre do direito público subjetivo de o cidadão ter acesso à informação se os recursos foram aplicados de acordo com as normas de regência.

Pois sendo a tarefa mais importante dos Tribunais de Contas, forçoso é reconhecer que **a certificação da ocorrência de atos irregulares na gestão pública não é apenas requisito para uma eventual condenação**, que não se esgota no atendimento a esse ulterior desígnio, **cumprindo a finalidade autônoma de concretizar os já explanados direitos fundamentais de pedir contas e de uma boa administração pública**, realizando outros direitos, princípios e valores correlacionados, como os da transparência e publicidade, e o direito à informação.

Ao demais, e sob o mesmo diapasão de efetivar esse plexo de bens jurídicos, a tutela declaratória assim prestada subsidia o exercício de outro poder instrumental do órgão controlador: a **competência informativa**, particularmente consubstanciada no dever-poder de representar aos Poderes e órgãos competentes sobre o resultado de sua apuração, nos termos do inciso XI do art. 71 da Lei Maior. Também essa funcionalidade foi vislumbrada pelo Ministro Raimundo Carreiro, em sua declaração de voto, quando da prolação do Acórdão 1.482/2020 – Plenário, cuja transcrição ora se repete:

Não obstante, **cabe tão-somente constar das instruções como elementos informativos se o gestor incidiu na tipificação de quaisquer dos dispositivos da Lei 8.429/1992**, bem como em dispositivos do Direito Civil ou Penal, **para que o Tribunal faça cumprir o art. 16, § 3º da Lei 8.443/1992** – Lei Orgânica do TCU - que possui comando cogente:

“§ 3º Verificada a ocorrência prevista no parágrafo anterior deste artigo, o Tribunal providenciará a imediata remessa de cópia da documentação pertinente ao Ministério Público da União, para ajuizamento das ações civis e penais cabíveis.”¹⁷⁴

Nesta quadra, como visto alhures, as tutelas declaratórias são imprescritíveis – ou, mais corretamente, perpétuas¹⁷⁵ –, não se sujeitando a prazos extintivos de qualquer matiz. Esse importante aspecto foi ventilado inclusive pelo plenário do STF, quando dos debates sobre o tema 897: pelas manifestações da Ministra Rosa Weber e do Ministro Roberto Barroso, consignou-se

¹⁷⁴ Vide supra, nota 169.

¹⁷⁵ Vide supra, nota 90.

que estaria ao alcance do órgão julgador declarar a ocorrência de um ato de improbidade numa ação movida exclusivamente para o ressarcimento, desta declaração podendo se deduzir a condenação de ressarcir o erário.¹⁷⁶

Neste sentido, se às Cortes de Contas é defeso condenar os responsáveis ao ressarcimento pelos danos causados ao erário ante a perpetração de irregularidades, após decorrido prazo prescricional, ainda que tais irregularidades sejam passíveis de enquadramento nas figuras típicas previstas na Lei n. 8.429/92, não se há de dizer que aos órgãos de controle externo seja proibido emitir juízo sobre a prática de tais atos e, no mesmo passo, sobre sua caracterização como atos dolosos de improbidade administrativa – em que pese tal juízo venha a carecer de confirmação pela instância judicial, justamente para o fim de condenação ao ressarcimento.

Essa possibilidade é admitida pelo próprio Ministro Alexandre de Moraes, que a utilizara como reforço argumentativo para afirmar a prescritibilidade das pretensões ressarcitórias fundadas em decisões dos Tribunais de Contas, no julgamento do tema 899, apontando a propositura de ação judicial de conhecimento como alternativa à ação executória. Confira-se o trecho mais uma vez transcrito (destacou-se):

[...]

Ressalte-se, ainda, que, com base nas decisões do Tribunal de Contas, paralelamente à ação de execução, será possível o ajuizamento de ação civil de improbidade administrativa para, garantido o devido processo legal, ampla defesa e contraditório, eventualmente, condenar-se o imputado, inclusive a ressarcimento ao erário, que, nos termos da tese fixada no TEMA 897, será imprescritível.¹⁷⁷

Por derradeiro, importa observar que alguns efeitos podem advir da decisão proferida nos processos de controle externo, malgrado não sejam originados da tutela prestada, em si mesma. Em paralelo aos efeitos ditos principais, podem exsurgir alguns efeitos secundários, ou anexos,

¹⁷⁶ Eis as palavras da Ministra Rosa Weber, ao redarguir o Ministro Alexandre de Moraes, na ocasião: “Declara-se a existência de um ato de improbidade administrativa autorizador de uma condenação, premissa de uma condenação a ressarcimento do erário. [...] Por isso eu, na linha da compreensão de que a prescrição é o encobrimento da eficácia da pretensão, quanto àquelas pretensões, na ação de improbidade administrativa, que levariam à condenação, estou absolutamente de acordo com Vossa Excelência. Já estariam sim com a sua eficácia encoberta pelo decurso do prazo prescricional. Mas, ajuizada uma ação de ressarcimento ao erário, ela tem como premissa, em primeiro lugar, que se declare a existência de que ocorreu um ato de improbidade”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 852.475/SP**, *op. cit.*, p. 127. Na mesma linha se pronunciou o Ministro Barroso, na retificação de seu voto, já citado anteriormente: “Aqui eu acho que não é o caso de se discutir rito, mas eu, pessoalmente, nem acho que seja rito de improbidade. Penso que é uma ação provavelmente ordinária de ressarcimento, que tem como questão prejudicial o prévio assentamento de que ocorreu um ato de improbidade com todo o direito de defesa do réu também nesta hipótese [...]”. Vide supra, nota 108.

¹⁷⁷ Vide supra, nota 113.

que não são fruto do ato de decidir, e, por isso, não integram a carga eficaz das decisões, mas se depreendem da existência mesma da prestação de tutela.¹⁷⁸ Os efeitos anexos, ordinariamente instituídos por lei, não raro implicam em consequências negativas aos responsáveis, e, no âmbito do controle externo, sobressai a inelegibilidade como fator de reputada gravidade.¹⁷⁹

A Lei Complementar n. 64/90, com redação dada pela Lei Complementar n. 135/10, em obediência a comando constitucional (art. 14, § 9.º), em seu artigo vestibular, atribuiu a condição de inelegível, para qualquer cargo, àquele que tiver suas contas rejeitadas, por decisão irrecorrível do órgão competente,¹⁸⁰ pela prática de irregularidade insanável no exercício de cargo ou função pública “que configure ato doloso de improbidade administrativa”.¹⁸¹

À primeira vista, a questão parece tormentosa. Por comparação, no direito penal, a prescrição da pretensão punitiva acarreta a extinção dos efeitos principais e dos efeitos secundários

¹⁷⁸ “Os efeitos secundários decorrem necessariamente da simples existência da decisão judicial, ou seja, resultam do fato de a decisão existir. A decisão judicial é tratada como se fosse um ato-fato jurídico, cujos efeitos independem da vontade, e não como um ato voluntário, cujos feitos jurídicos dependem da vontade de quem os pratica [...]. Uma vez que decorrem da simples existência da decisão judicial, o efeito anexo não necessita para ser produzido que alguma das partes o requeira ou manifeste vontade pela sua produção, muito menos depende de deferimento pelo magistrado. Ao contrário, não é facultado ao prolator da decisão emitir qualquer juízo de admissibilidade ou de valor acerca da adequação da produção de tais efeitos no caso concreto, possuindo tão somente o dever de reconhecer a sua ocorrência, possibilitando a sua regular produção. Outrossim, pode-se dizer que não é necessário que o teor da decisão judicial faça menção expressa a sua produção para que os efeitos secundários passem a existir, mesmo porque é dispensável que haja requerimento da parte interessada manifestando o seu interesse na produção dos referidos efeitos. Logo, enquanto a produção dos efeitos principais vincula-se ao quanto enunciado expressamente na sentença, os efeitos secundários produzem-se automaticamente e imediatamente, por força de lei, não dependendo, para tanto, que exista qualquer previsão nesse sentido no corpo da decisão judicial”. CARVALHO, R. S. **Os efeitos da sentença no processo civil brasileiro**, *op. cit.*

¹⁷⁹ Embora conveniente, um maior aprofundamento sobre os possíveis efeitos secundários das decisões em processos de controle externo excede o escopo da presente obra.

¹⁸⁰ De tão relevante, a questão da inelegibilidade levou o STF a fixar tese de repercussão geral para o tema 835, conferindo interpretação conforme ao dispositivo para definir que o órgão competente para julgar as contas de Prefeito Municipal seria a Câmara de Vereadores. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 828.826/CE**. Relator(a): Ministro ROBERTO BARROSO. Redator(a) do Acórdão: Ministro RICARDO LEWANDOWSKI. Órgão: Tribunal Pleno. Julgamento: 10/08/2016. Publicação: DJe-187 DIVULG 23-08-2017 PUBLIC 24-08-2017 – ATA Nº 118/2017. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4662945&numeroProcesso=848826&classeProcesso=RE&numeroTema=835#>. Acesso em: 07set2020.

¹⁸¹ Diz o preceito legal: Art. 1º São inelegíveis: I – para qualquer cargo: [...] g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição”. É clara a referência, aqui, à possibilidade de se fazer a subsunção do ato irregular às hipóteses legais de improbidade administrativa em instância outra que não a que detenha a competência para julgar atos de improbidade.

da sentença condenatória.¹⁸² Todavia, ao discutir a prescritibilidade da pretensão punitiva, como visto supra, o TCU abordou o tema, e, partindo do pressuposto de que a inelegibilidade não constitui pena, consoante precedentes do STF e do Tribunal Superior Eleitoral, senão apenas restrição ao pleno exercício dos direitos políticos, que pode se dar em razão de diferentes causas, entre as quais a rejeição de contas, houve por bem compreender que o julgamento de contas não deveria ser afetado pela prescrição.¹⁸³

A esse fundamento se deve juntar o que se tem afirmado aqui, no sentido de que o julgamento de contas não ostenta, por si só, uma condenação, sendo esta apenas um dos seus efeitos e – como já arguido – não o mais importante.

Mais do que isso, é de se notar que o real efeito secundário (ou seu efeito imediato) da decisão que declare a irregularidade de contas é a inclusão do responsável em lista a ser encaminhada ao Ministério Público Eleitoral,¹⁸⁴ e não o reconhecimento da inelegibilidade, que ainda deve ser valorada na instância eleitoral, como já dispôs a Corte Suprema: “[...] III. – À Justiça Eleitoral compete formular juízo de valor a respeito das irregularidades apontadas pelo Tribunal de Contas, vale dizer, se as irregularidades configuram ou não inelegibilidade”.¹⁸⁵

Destarte, ao juízo emitido pelas Cortes de Contas, acerca de atos irregulares que configurem atos dolosos de improbidade administrativa, o STF já havia pontuado a necessidade de se somar uma apreciação feita pela Justiça Eleitoral, para desencadear o efeito próprio de inelegibilidade – o que, em certa medida, desnatura a sua essência de efeito secundário, porque se

¹⁸² Cf. *exempli gratia*: “[...] 2. A prescrição da pretensão punitiva extingue tanto os efeitos primários como secundários da condenação, a qual não pode ser considerada como reincidência tampouco como maus antecedentes. [...]”. Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 1487974/GO**. Relator(a): Ministro NEFI CORDEIRO. Órgão: Sexta Turma. Julgamento: 17/10/2019. Publicação: DJe 24/10/2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201901198050&dt_publicacao=24/10/2019. Acesso em: 07set2020.

¹⁸³ Cf. *Idem*. **Acórdão 676/2018 – Plenário**, *op. cit.*; cf. também: **Acórdão 1.644/2019 – Primeira Câmara**. Processo: 009.729/2004-0. Prestação de Contas. Relator(a): Ministro BENJAMIN ZYMLER. Data da Sessão: 19/02/2019. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1644%2520ANOACORDAO%253A2019/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/2/%2520?uuid=f5fd8870-f1cb-11ea-9449-f33097615c61. Acesso em: 07set2020.

¹⁸⁴ Cf., *e.g.*, art. 91 da LOTCU: “Art. 91. Para a finalidade prevista no art. 1º, inciso I, alínea g e no art. 3º, ambos da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, o Tribunal enviará ao Ministério Público Eleitoral, em tempo hábil, o nome dos responsáveis cujas contas houverem sido julgadas irregulares nos cinco anos imediatamente anteriores à realização de cada eleição”.

¹⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 22.087/DF**. Relator(a): Ministro CARLOS VELLOSO. Órgão: Tribunal Pleno. Julgamento: 28/03/1996. Publicação: DJ 10-05-1996 PP-15132 EMENT VOL-01827-03 PP-00444. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur117154/false>. Acesso em: 07set2020.

tornaria, então, um efeito constitutivo da decisão judicial. De todo modo, segundo essa perspectiva, com ainda maior razão, a prescritibilidade não deveria atingir o julgamento de contas, em seu caráter de tutela declaratória.

Ao fim, cumpre ressaltar também que, por seu caráter de concretização da transparência na gestão pública, o juízo sobre a regularidade de contas consiste em importante subsídio ao controle social e ao exercício da democracia, porque capaz de informar aos eleitores sobre o desempenho e retidão da gestão de potenciais candidatos a cargos eletivos.

9. Da prescritibilidade do registro de atos de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão

Se a prescrição somente deve ser aplicada às pretensões punitiva e ressarcitória, derivadas de irregularidades sujeitas a processamento perante os Tribunais de Contas, por tudo quanto arguido até aqui, somente os efeitos condenatórios das tutelas prestadas pelos órgãos de controle externo estariam obstaculizados. Demais disso, como se sustentou em tópico anterior, não haveria tutela constitutiva, no âmbito do controle externo, disso se podendo concluir que não incidiria tampouco a decadência, de modo a prejudicar o mérito de suas demandas. Assim sendo, as demais cargas eficaciais contidas nos pronunciamentos dessas Cortes especializadas estariam a salvo de fatos extintivos, mormente as de cunho declaratório, em razão da perpetuidade de sua própria natureza.

Ocorre que, no caso singular do registro de atos de concessão inicial de aposentadorias, reformas e pensões, a não incidência de prazo decadencial vinha sendo, até então, garantida por outro fundamento: a de que tais atos necessitariam, para seu aperfeiçoamento, da conjugação das manifestações de vontade do órgão administrativo a que vinculado o servidor (em vias de aposentação ou instituidor do benefício previdenciário) e do Tribunal de Contas, de maneira que somente com o registro dessa concessão inicial ter-se-ia consumado o ato administrativo, tornando-o passível de anulação apenas a partir desse momento. Em outros termos, ante a classificação do ato inicial de aposentação, de reforma, e de concessão de pensão, como ato complexo, não se poderia cogitar de sua desconstituição, evidentemente, antes de plenamente constituído – o que só aconteceria com o registro efetuado pelo Tribunal de Contas competente.¹⁸⁶

¹⁸⁶ Na dicção do preceito constitucional: “Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...] III – apreciar, para fins de registro, a legalidade

Por **ato complexo**, entende-se aquele para cuja formação faz-se preciso a composição de duas ou mais manifestações de órgãos ou agentes, as quais se dotam de autonomia e conteúdo próprio, constituindo ambas a vontade final da Administração. Por oposição ao **ato dito simples**, no qual se requer uma única manifestação de vontade para sua completude, seja de órgão unipessoal ou colegiado, o ato complexo difere do **ato composto** na medida em que, dentre as manifestações que intervêm para a formação deste último, uma delas ostenta autonomia e conteúdo próprio, enquanto a outra é tida por meramente instrumental, embora indispensável para sua edição, adotando caráter de condição de eficácia.¹⁸⁷

Desta feita, havendo a produção antecipada de alguns efeitos, nos chamados atos compostos e complexos, não podem estes ser concebidos como efeitos típicos do ato, mas efeitos atípicos, prodrômicos, ficando sujeitos, no caso do ato de aposentação, sob esse ponto de vista, a uma condição resolutiva.

Tal era força dessa compreensão que, entendendo-se precários os efeitos da concessão inicial, e inacabado o ciclo de formação do ato, o próprio questionamento acerca do registro (ou de sua negativa) não se franqueava aos interessados, não se lhes conferindo o contraditório e a ampla defesa em processos de controle externo dessa espécie, conforme o teor da Súmula Vinculante n. 03.¹⁸⁸

A solução adotada sempre suscitou divergências doutrinárias e jurisprudenciais, as quais não se resumem a mera questão conceitual, trazendo consequências práticas muito significativas, considerando justamente a ausência de previsão, nas leis orgânicas dos Tribunais

dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; [...]”. Vide supra, nota 88.

¹⁸⁷ A explicação é de José dos Santos Carvalho Filho, que, no entanto, ao criticar a classificação, propõe nova abordagem (destaques no original): “Se meditarmos com serenidade, veremos que *não é o ato* que é complexo ou composto; a vontade-fim da Administração é que exige *vários atos* no processo de formação da vontade final. Esta é que resulta de processo complexo, e não o ato em si. Melhor, então, firmar a conclusão de que há certas vontades administrativas que somente consumam seu ciclo de formação se mais de um ato-meio for praticado em tal processo. É em relação a este, e só a este, que se poderá falar em *complexidade* ou *composição*”. **Manual de direito administrativo**, op. cit., pp. 133.

¹⁸⁸ Vide supra, nota 122. Situação distinta do processo de registro de concessão inicial é o que promove a revisão do registro do ato, quando então as garantias do contraditório substancial e da plenitude dos meios de defesa seriam asseguradas desde logo. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 24.268/MG**. Relator(a): Ministra ELLEN GRACIE. Redator(a) do Acórdão: Ministro GILMAR MENDES. Órgão: Tribunal Pleno. Julgamento: 05/02/2004. Publicação: DJ 17-09-2004 PP-00081 EMENT VOL-02164-01 PP-00154 RDDP n. 23, 2005, p. 133-151 RTJ VOL-00191-03 PP-00922. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86111>. Acesso em: 08set2020.

de Contas, de prazo para o exercício desse ato de registro.¹⁸⁹ A indefinição sustentada por longos períodos, estando a salvo de extinção, afetaria a estabilidade das relações jurídicas, ofendendo a confiança legítima dos interessados que, tendo sua esfera jurídica alterada pela aposentação ou pela concessão do benefício previdenciário, com recebimento de verbas de cunho alimentar, e desenvolvendo a expectativa de perenidade desta mudança com a passagem do tempo, ver-se-iam subitamente alijados dessa situação jurídica subjetiva, suportando um decréscimo de sua posição vantajosa ou mesmo um retrocesso ao *status quo ante*.

Diante disso, o Supremo Tribunal Federal, procurando amenizar a drástica consequência, construiu uma exceção ao seu entendimento vinculante, para possibilitar que, após o transcurso de um longo período, os interessados ao menos tivessem a oportunidade de exercer as garantias processuais do contraditório e da ampla defesa. Assim, ao enfrentar o mérito no Mandado de Segurança n. 25.116/DF, sob a relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, a Corte Máxima decidiu nos termos da ementa a seguir transcrita (destacou-se):

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NEGATIVA DE REGISTRO A APOSENTADORIA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. 1. O impetrante se volta contra o acórdão do TCU, publicado no Diário Oficial da União. Não exatamente contra o IBGE, para que este comprove o recolhimento das questionadas contribuições previdenciárias. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada. 2. Infundada alegação de carência de ação, por ausência de direito líquido e certo. Preliminar que se confunde com o mérito da impetração. 3. **A inércia da Corte de Contas, por mais de cinco anos, a contar da aposentadoria, consolidou afirmativamente a expectativa do ex-servidor quanto ao recebimento de verba de caráter alimentar.** Esse aspecto temporal diz intimamente com: a) o **princípio da segurança jurídica**, projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana e elemento conceitual do Estado de Direito; b) a **lealdade**, um dos conteúdos do princípio constitucional da moralidade administrativa (caput do art. 37). São de se reconhecer, portanto, certas situações jurídicas subjetivas ante o Poder Público, mormente quando tais situações se formalizam por ato de qualquer das instâncias administrativas desse Poder, como se dá com o ato formal de aposentadoria. 4. **A manifestação do órgão constitucional de controle externo há de se formalizar em tempo que não desborde das pautas elementares da razoabilidade.** Todo o Direito Positivo é permeado por essa preocupação com o tempo enquanto figura jurídica, para que sua prolongada passagem em aberto não opere como fator de séria instabilidade inter-subjetiva ou mesmo intergrupar. A própria Constituição Federal de 1988 dá conta de institutos que têm no perfazimento de um certo lapso temporal a sua própria razão de ser. Pelo que **existe uma espécie de tempo constitucional médio que resume em si, objetivamente, o desejado critério da razoabilidade. Tempo que é de cinco anos** (inciso XXIX do art. 7º e arts. 183 e 191 da CF; bem como art. 19 do ADCT). 5. O prazo

¹⁸⁹ Com exceções. Vide supra, nota 86.

de cinco anos é de ser aplicado aos processos de contas que tenham por objeto o exame de legalidade dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões. **Transcorrido *in albis* o interregno quinquenal, a contar da aposentadoria, é de se convocar os particulares para participarem do processo de seu interesse, a fim de desfrutar das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa** (inciso LV do art. 5º). 6. Segurança concedida.¹⁹⁰

Desta feita, alicerçado nos princípios da segurança jurídica, da lealdade (como equivalente à proteção da confiança legítima) e da razoabilidade (sob a vertente da razoável duração do processo, nos termos do art. 5.º, inciso LXXVIII, da CF/88), o voto condutor houve por bem perscrutar, no sistema jurídico-normativo considerado em sua inteireza, um período que representasse um prazo adequado para o exercício da competência prevista no art. 71, inciso III, da Carta Política, em harmonia com aqueles ditames e com as garantias processuais fundamentais dos incisos LIV e LV daquele artigo.

Referido período, extraído de exemplos constantes da própria Constituição, e secundado por esparsas previsões em todo ordenamento – entre os quais, o próprio art. 54 da Lei n. 9.784/99 –, expressando a essência de institutos destinados a consolidar a eficácia do tempo nas situações jurídicas, tais como a prescrição e a decadência (mas sem se enquadrar nas especificidades de qualquer deles), e atendendo igualmente à isonomia entre Administração e cidadão para o fim de buscar a desconstituição de atos lesivos, poderia servir à concordância prática entre o desempenho da competência constitucional de registro e o rol de princípios fundamentais ora descritos. Ao cabo de suas razões, explanando os parâmetros dessa inteligência, o Ministro Relator arrematou (destacou-se):

[...]

31. Em palavras outras: **do exame do Ordenamento Jurídico brasileiro em sua inteireza é possível concluir pela existência de uma norma que bem se aplica aos processos de contas**. Que norma? Essa que assegura ao interessado o direito líquido e certo de exercitar as garantias do contraditório e da ampla defesa, sempre que uma dada Corte de Contas deixar de apreciar a legalidade de um ato de concessão de pensão, aposentadoria ou reforma fora do multicitado prazo dos cinco anos. **Isto pela indesmentida proposição de que, por vezes, a norma jurídica se encontra não num particularizado dispositivo, mas no conjunto orgânico de vários deles**. É como dizer: aqui e ali, a inteireza de uma norma se desata de dispositivos sediados, ora em

¹⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 25.116/DF**. Relator(a): Ministro AYRES BRITTO. Órgão: Tribunal Pleno. Julgamento: 08/09/2010. Publicação: DJe-027 DIVULG 09-02-2011 PUBLIC 10-02-2011 EMENT VOL-02461-01 PP-00107. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpup/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618869>. Acesso em: 08set2020.

apenas um, ora em múltiplos diplomas legais; valendo-se o intérprete, naturalmente, da utilização do método sistemático em sua mais dilargada dimensão.¹⁹¹

Ato contínuo, o STF consolidou o novo posicionamento, por maioria de votos, cuidando de fixar que o aludido prazo razoável não corresponderia ao prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo federal, e definindo também, mais do que o lustro, o termo inicial de sua contagem como sendo da data de chegada do processo de aposentadoria ao órgão de controle externo. Com essas premissas, o Mandado de Segurança n. 24.781/DF foi assim ementado (destacou-se):

Mandado de Segurança. 2. Acórdão da 2ª Câmara do Tribunal de Contas da União (TCU). Competência do Supremo Tribunal Federal. 3. Controle externo de legalidade dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões. Inaplicabilidade ao caso da decadência prevista no art. 54 da Lei 9.784/99. 4. Negativa de registro de aposentadoria julgada ilegal pelo TCU. Decisão proferida após mais de 5 (cinco) anos da chegada do processo administrativo ao TCU e após mais de 10 (dez) anos da concessão da aposentadoria pelo órgão de origem. Princípio da segurança jurídica (confiança legítima). Garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Exigência. 5. Concessão parcial da segurança. I – Nos termos dos precedentes firmados pelo Plenário desta Corte, **não se opera a decadência prevista no art. 54 da Lei 9.784/99 no período compreendido entre o ato administrativo concessivo de aposentadoria ou pensão e o posterior julgamento de sua legalidade e registro pelo Tribunal de Contas da União** – que consubstancia o exercício da competência constitucional de controle externo (art. 71, III, CF). II – **A recente jurisprudência consolidada do STF passou a se manifestar no sentido de exigir que o TCU assegure a ampla defesa e o contraditório nos casos em que o controle externo de legalidade exercido pela Corte de Contas, para registro de aposentadorias e pensões, ultrapassar o prazo de cinco anos, sob pena de ofensa ao princípio da confiança** – face subjetiva do princípio da segurança jurídica. Precedentes. III – **Nesses casos, conforme o entendimento fixado no presente julgado, o prazo de 5 (cinco) anos deve ser contado a partir da data de chegada ao TCU do processo administrativo de aposentadoria ou pensão encaminhado pelo órgão de origem para julgamento da legalidade do ato concessivo de aposentadoria ou pensão e posterior registro pela Corte de Contas.** IV – Concessão parcial da segurança para anular o acórdão impugnado e determinar ao TCU que assegure ao impetrante o direito ao contraditório e à ampla defesa no processo administrativo de julgamento da legalidade e registro de sua aposentadoria, assim como para determinar a não devolução das quantias já recebidas. V – Vencidas (i) a tese que concedia integralmente a segurança (por reconhecer a decadência) e (ii) a tese que concedia parcialmente a segurança apenas para dispensar a devolução das importâncias pretéritas recebidas, na forma do que dispõe a Súmula 106 do TCU.¹⁹²

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 24.

¹⁹² *Idem*. **MS 24.781/DF**. Relator(a): Ministra ELLEN GRACIE. Redator(a) do Acórdão: Ministro GILMAR MENDES. Órgão: Tribunal Pleno. Julgamento: 02/03/2011. Publicação: DJe-110 DIVULG 08-06-2011 PUBLIC 09-06-2011 EMENT VOL-02540-01 PP-00018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623956>. Acesso em: 08set2020.

O entendimento consolidado nestes moldes vinha sendo confirmado pelo Pretório Excelso, como se verifica no excerto do voto condutor do RE 911.054 AgR/MG, *in verbis*:

[...] a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a aposentadoria é ato administrativo complexo, que somente se aperfeiçoa ao passar pelo crivo do Tribunal de Contas competente para tal. Dessa forma, não se aplica o prazo decadencial enquanto não ocorrer o aperfeiçoamento do ato complexo de concessão de aposentadoria.¹⁹³

E no mesmo sentido caminhava a Corte constitucional, para novamente confirmar a posição, quando submetido o tema à sistemática de repercussão geral pelo Ministro Gilmar Mendes, sob o número 445, com o Recurso Extraordinário n. 636.553/RS escolhido como representativo da controvérsia.¹⁹⁴ O Relator proferiu voto inicial em sessão de 10 de outubro de 2019, no que foi seguido pelo Ministro Alexandre de Moraes.¹⁹⁵ Posteriormente, contudo, em sessão plenária de 12 de fevereiro de 2020, o Ministro Edson Fachin abriu divergência, buscando recuperar a tese da aplicação do art. 54 aos processos de registro de ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.¹⁹⁶

Para tanto, arguiu o Ministro Fachin contra a enraizada concepção do ato em comento como sendo ato complexo. Com supedâneo em abalizada doutrina, defendeu que, diferentemente de se tomar os dois atos – respectivamente praticados pelo órgão administrativo emitente da concessão inicial e pelo órgão de controle externo – como componentes na constituição de um único ato de natureza complexa, mais correto seria enxergá-los como atos simples, distintos entre si, não só por encerrarem cada qual um conteúdo próprio e por serem exercidos autonomamente, mas também porque passíveis de questionamento de modo individualizado, e porque aptos a produzir os efeitos deles esperados desde sua realização. Destarte, em lugar de duas intervenções de vontade para a formação de um ato singular, ter-se-ia a conjugação de atos simples no curso de

¹⁹³ *Idem*. **RE 911.054 AgR/MG**. Relator(a): Ministro ROBERTO BARROSO. Órgão: Primeira Turma. Julgamento: 17/02/2017. Publicação: DJe-078 DIVULG 18-04-2017 PUBLIC 19-04-2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12751603>. Acesso em: 08set2020. Cf. também: **RE 847.584 AgR/MG**. Relator(a): Ministra CÁRMEN LÚCIA. Órgão: Segunda Turma. Julgamento: 09/12/2014. Publicação: DJe-249 DIVULG 17-12-2014 PUBLIC 18-12-2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur288941/false>. Acesso em: 08set2020; **MS 35.483 AgR**. Relator(a): Ministro LUIZ FUX. Órgão: Primeira Turma. Julgamento: 15/06/2018. Publicação: DJe-127 DIVULG 26-06-2018 PUBLIC 27-06-2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur387324/false>. Acesso em: 08set2020.

¹⁹⁴ *Idem*. **RE 636.553/RS**, *op. cit.*

¹⁹⁵ *Ibidem*, pp. 10-26.

¹⁹⁶ *Ibidem*, pp. 29-51.

um “amplo processo administrativo” que culminaria com o registro da concessão inicial pelo Tribunal de Contas.¹⁹⁷

Sob esta óptica, o ato da Corte especializada é compreendido em sua real natureza de **controle posterior**, atendendo à finalidade precípua de apreciação da juridicidade do ato administrativo que concedera a aposentação ou pensão, sem integrar a sua formação, concretizando a competência do órgão de controle externo, e se equivalendo ao controle exercido sobre atos de admissão, igualmente sujeitos a registro, com fundamento no mesmo dispositivo constitucional. O ato concessivo, a seu turno, em lugar de produzir estranhos efeitos preliminares que, a rigor, já atendem desde o momento de sua execução à finalidade que o ensejara, teria de pronto o condão de produzir efeitos definitivos, consistentes em promover a vacância do cargo e extinguir (ou modificar) o vínculo jurídico entre o servidor e a Administração, que passa receber proventos e a se submeter a outro plexo de direitos e obrigações. Nas palavras do Ministro Fachin (destacou-se):

[...]

Assim, **o ato de concessão inicial pela autoridade competente atende perfeitamente às características necessárias à verificação da produção de todos os efeitos: o ato existe**, portanto, pois foi praticado pela autoridade competente, mediante a publicação do decreto de aposentadoria, exaurindo-se todo o procedimento necessário para a sua existência jurídica, completando, portanto, o seu ciclo de evolução; **o ato é válido**, porquanto os atos administrativos tem presunção de legitimidade para a Administração e para o beneficiário, ou seja, sempre que praticados presumem-se em conformidade com a lei aplicável à espécie; e **o ato é eficaz**, pois o servidor afasta-se da atividade, passa a receber os proventos de aposentadoria e o cargo anteriormente ocupado é considerado vago para todos os fins.

[...]

Nesse contexto, **a atuação do Tribunal de Contas da União é um atestado de conformidade com a lei, uma verificação de legalidade e de atendimento do interesse público de um ato já praticado, mas não pode ser classificado como uma aprovação ou uma condição suspensiva ou resolutiva** para que o ato de concessão inicial produza todos os efeitos desejados. O ato de aposentadoria não é, portanto, um ato administrativo complexo, mas simples, do ponto de vista da conformação da vontade. Ele já é plenamente válido e eficaz desde a publicação do decreto de aposentadoria pela autoridade competente.¹⁹⁸

¹⁹⁷ *Ibidem*, pp. 33-34. No ponto, o Ministro reproduz a lição de José dos Santos Carvalho Filho. Cf. **Manual de direito administrativo**, *op. cit.*, pp. 698-699.

¹⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 636.553/RS**, *op. cit.*, pp. 39-41. É de se conceder que, com o registro efetuado pelos Tribunais de Contas, opera-se uma definitividade, em relação à legitimidade do ato de concessão, que não pode ser mais objeto de desconstituição pelo órgão administrativo emitente, e tem assegurada a sua executoriedade, entendendo-se regular a despesa pública dele decorrente. Isso, todavia, não induz à conclusão de que

Em virtude dessas características, o Ministro asseverou que a jurisprudência da Corte deveria avançar para além de garantir o devido processo legal e seus corolários, em processos dessa monta, de modo a efetivamente salvaguardar a segurança jurídica, e os correlatos princípios da proteção à confiança, da boa-fé e da estabilidade das relações: seria preciso reconhecer que a razoabilidade do tempo para o exercício da dita competência de registro somente teria esse papel se condicionasse sua extinção.¹⁹⁹ Diante disso, defendeu que tanto a Administração quanto o Tribunal de Contas estariam jungidos a um mesmo prazo extintivo – é dizer, o “amplo processo administrativo” de aposentação ou de concessão de pensão deveria ser submetido ao prazo decadencial constante do art. 54 da LPA, cujo início se daria desde a publicação do ato concessivo, porquanto a partir desse momento seriam produzidos os efeitos favoráveis ao beneficiário, configurando-se a situação jurídica em cuja legitimidade passaria este a confiar.²⁰⁰

Em que pesem os argumentos externados pelo Ministro Fachin, o plenário do STF não demonstrou interesse em abandonar, naquela oportunidade, a concepção do ato concessivo de aposentadoria, reforma ou pensão como ato complexo. Sem prejuízo de futura discussão a respeito,²⁰¹ o colegiado conformou-se com a ideia de superar apenas a mera extensão das garantias processuais aos interessados, após os cinco anos de tramitação dos autos na Corte de Contas, com a admissão de uma fatalidade a ser atribuída a esse prazo razoável.

Desse modo, em face do voto vogal do Ministro Fachin, o Relator aditou seu voto, ponderando a relevância desse “passo além”, em prestígio da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima, de modo a propor que, muito embora permanecesse inaplicável o prazo

a atuação do controle externo é parte integrante da formação do ato concessivo, senão que a autoridade das decisões da Corte especializada se impõe, em face de sua prerrogativa constitucional. Cf., *e.g.*, a redação do enunciado n. 199 da súmula do TCU: “Salvo por sua determinação, não podem ser cancelados pela autoridade administrativa concedente, os atos originários ou de alterações, relativos a aposentadoria, reformas e pensões, já registrados pelo Tribunal de Contas, ao apreciar-lhes a legalidade, no uso da sua competência constitucional”. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/sumula/*/NUMERO%253A199/sinonimos%253Dtrue. Acesso em: 09set2020.

¹⁹⁹ “Consoante posto, a definição jurídica das relações interpessoais não pode, como regra, pender para a temporalidade infundável. A se admitir que o prazo de cinco anos, a contar da data de chegada do processo de aposentadoria no Tribunal, seja apenas para que se respeite o contraditório e a ampla defesa, como vem decidindo o STF, possibilitam-se situações de aposentadorias concedidas há dez anos, por exemplo, que não tenham sido enviadas para a Corte de Contas, serem revistas ou cassadas, muitas vezes sem sequer ser observada a defesa do interessado, ferindo de morte o princípio da segurança jurídica e sua faceta da proteção à confiança, *in casu*, a confiança depositada pelo servidor público, cuja boa-fé é presumida, no ato formal da autoridade competente, publicado em diário oficial, que lhe concede aposentadoria, reforma ou pensão”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 636.553/RS**, *op. cit.*, p. 46.

²⁰⁰ *Ibidem*, pp. 50-51.

²⁰¹ Manifestaram expressamente uma abertura para nova abordagem do tema, quando madura a reflexão, os Ministros Roberto Barroso, Rosa Weber, e Ricardo Lewandowski. Cf. *Ibidem*, pp. 72, 73 e 75.

decadencial do aludido preceito normativo – porque complexo o ato sujeito a registro –, caso decorrido o quinquênio, desde o ingresso dos autos no órgão de controle externo, estaria tacitamente registrada a concessão. Fundamentou sua nova opinião (destacou-se):

[...]

Assim, **apesar de entender que a concessão da aposentadoria é ato complexo e que o art. 54 da Lei 9784/1999 não se aplica diretamente à hipótese, parece-me que, por motivos de segurança jurídica e necessidade da estabilização das relações, é necessário fixar-se, por analogia, um prazo** para que a Corte de Contas exerça seu dever constitucional.

Diante da inexistência de norma que incida diretamente à hipótese, aplica-se ao caso o disposto no art. 4º da LINDB, *in verbis*:

“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”.

Nesses termos, **tendo em vista o princípio da isonomia**, parece-me que **o mais correto seria a aplicação, por analogia, do Decreto 20.910/1932** [...].

Ora, se o administrado tem o prazo de 5 anos para buscar qualquer direito contra a Fazenda Pública, também podemos considerar que o Poder Público, no exercício do controle externo, teria o mesmo prazo para rever eventual ato administrativo favorável ao administrado.

Podemos citar ainda a utilização do prazo de 5 anos pela Lei 9.873/1999 (que dispõe sobre a “prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta”), **bem como a própria Lei 9.784/1999, que, apesar de não se aplicar diretamente ao caso, pode servir de diretriz** para a fixação de prazo razoável ao Tribunal de Contas.

Feitas essas considerações, parece-me que **a fixação do prazo de 5 anos se afigura razoável para que o TCU proceda ao registro dos atos de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, após o qual se considerarão definitivamente registrados.**

Diante de todo o quadro já exposto, verifica-se que a discussão acerca da observância do contraditório e da ampla defesa após o transcurso do prazo de 5 anos depois da chegada do processo ao TCU encontra-se prejudicada. Isso porque findo o referido prazo, o ato de aposentação **considerar-se-á registrado tacitamente, não havendo mais a possibilidade de alteração pela Corte de Contas.**²⁰²

Pois bem. Ante a proposta de reconhecimento do ato de aposentação e de pensão como ato simples, apartado do registro como resultante do controle posterior exercido pelo Tribunal de Contas, e de submissão de todo o processo a um prazo decadencial, a contar da publicação da concessão, preferiu a Corte Suprema manter a interpretação do ato complexo, afastando a aplicação do prazo decadencial, mas fazendo incidir um prazo *suis generis*, que delimita a

²⁰² *Ibidem*, pp. 65-66.

possibilidade de eventual recusa do registro, a contar da chegada do ato concessivo ao Tribunal de Contas.

O novo entendimento, por certo, reveste-se da razoabilidade que, já desde o MS 25.116, exigia atenção para com as indefinições e seus esperados prejuízos para as relações jurídicas entre Administração e beneficiários. Se procede com maior resolução, rumo a uma mais robusta proteção da confiança destes últimos, em relação aos atos presumidamente legítimos que lhes modificaram a esfera jurídica, não descuro, igualmente, de garantir alguma efetividade à atuação das Cortes de Contas, na apreciação desses atos, observando que, com a definição de um termo *a quo* para o lapso extintivo em momento anterior à chegada das informações e documentos indispensáveis, estariam baldados os esforços de controle, acarretando a esdrúxula situação de se fazer fluir um prazo fatal sem que houvesse a possibilidade de agir – o que, por óbvio, também agride a segurança jurídica.

É digno de nota, pois, que o STF expressou, nesta oportunidade, uma preocupação que não teve, quando do julgamento do RE 636.886, em relação ao quantitativo de processos em tramitação nos Tribunais de Contas, ao tempo necessário para sua instrução e decisão, e à incontornável circunstância de que a demora em apreciar e julgar atos de gestão e contas públicas deriva mais de fatores exógenos à dinâmica desses órgãos autônomos do que de aspectos inerentes à sua estrutura organizacional, ao planejamento de suas atividades e à gestão de seus processos – ainda que, por dever de eficiência, tais aspectos devam ser constantemente aprimorados.²⁰³

E, no entanto, o balanço entre a estabilidade das relações jurídicas e a efetividade do controle externo padeceu, uma vez mais, de incompreensão quanto à especificidade desta função estatal, quanto à independência dos órgãos competentes para exercê-la, e quanto à ontologia própria de seus processos. Ora, bem medidas as coisas, **o recurso a uma incoerente qualificação do ato concessivo de aposentadoria, reforma ou pensão como ato complexo seria de todo despiciendo para enfrentar a questão, bastando endereçar a cada ato** – simples e autônomo,

²⁰³ Essa preocupação foi verbalizada até pelo Ministro Alexandre de Moraes: “Cinco anos é um prazo razoável hoje na realidade, inclusive, da tecnologia, da comunicação entre os órgãos, para que o Tribunal de Contas da União possa efetivamente realizar o objetivo do controle que a Constituição lhe dá. Há a ideia de que, a partir do momento em que saia a publicação do ato no Diário Oficial, o TCU já seja comunicado. Agora, no ponto de divergência, gostaria de fazer uma reflexão – e já me posiciono. Essa decisão, essa alteração de posicionamento do Supremo Tribunal Federal, obviamente, não vai valer só para o Tribunal de Contas da União, mas também para os tribunais de contas dos estados e para os tribunais de contas, no Rio de Janeiro e em São Paulo, para um único município, as capitais. E há alguns estados em que há uma demora muito grande de encaminhamento do ato de aposentadoria ao tribunal de contas”. *Ibidem*, p. 70.

administrativo e de controle externo – **uma reflexão à parte sobre a necessidade de incidência de prazos extintivos.**

Desta feita, se é correto afirmar que o ato concessivo produz seus efeitos esperados desde sua publicação, presumindo-se sua legitimidade e atingindo sua eficácia e executóriedade a partir desse ponto, não se pode entender que o registro tenha qualquer papel em sua formação, como ato administrativo, não se incluindo sequer como fase ou culminância de um “amplo processo administrativo” destinado a seu aperfeiçoamento. Se há um processo (ou procedimento) de aposentação, de reforma, ou concessão de pensão, esse *iter* se encerra com a publicação do ato concessivo – ou com o esgotamento de quaisquer pleitos a respeito dele, na instância administrativa própria.

Neste sentido, o registro não configura exercício de autotutela da Administração; não é exemplo de controle da própria Administração – enquanto aspecto subjetivo da atividade administrativa – que, para tanto, dispõe da atuação do controle interno. Mais do que um ato de conteúdo próprio, praticado autonomamente, **o registro tem natureza distinta daquela do ato administrativo de concessão: é integrante de um processo de controle externo; é o resultado do exercício da competência fiscalizadora do Tribunal de Contas, e corresponde à prestação de uma tutela estatal**, com as já debulhadas características da instrumentalidade, da substitutividade e da definitividade. **Por conseguinte**, ao menos não sob os fundamentos até então aventados, **não se lhe deve aplicar o art. 54 da Lei n. 9.784/99.**

A esse respeito, quando do início da vigência deste diploma legal, o TCU foi logo instado a se manifestar sobre o assunto, mediante consulta formulada por membro da Advocacia-Geral da União acerca da possibilidade de aplicação do instituto da decadência, tal como estabelecido no dispositivo em comento, aos processos de apreciação de atos de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão. Na ocasião, realçou essas diferenças acerca da função de controle externo e da especialidade de seus processos, para responder negativamente, consoante as razões esposadas na Decisão 1.020/2000 – Plenário, *in verbis* (destacou-se):

[...] a processualística particular do controle externo tem como objeto imediato o ato já consumado e presumidamente revisto pela Administração, atingindo direitos subjetivos por via reflexa, ao considerar legal ou ilegal determinada conduta atinente à atividade administrativa. Em outras palavras, não visa atender aos interesses individuais dos administrados nem prover-lhes direta e concretamente uma ação, mas sim materializar interesses públicos amplos, de toda a coletividade.



31. Daí que abrange instrumentos como o exame de contas, a denúncia, a representação, a auditoria e outras formas de defesa do interesse público que culminam em decisões de controle externo passíveis de recursos especiais, tudo consoante dispõe a Lei nº 8.443/92, para o caso deste Tribunal. **Tem-se, com efeito, um processo de natureza especial**, que mesmo se considerado administrativo, tão-somente por argumentação, contaria com a excepcionalidade decretada pelo artigo 69 da Lei nº 9.784/99: "Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei."

[...]

34. Portanto, **assim como não seria de se admitir que tivesse aplicação sobre o controle jurisdicional do Poder Judiciário, a Lei do Processo Administrativo**, estabelecendo as regras da processualística peculiar da Administração, **não pode se estender ao controle externo** parlamentar efetuado com o auxílio do Tribunal de Contas, **sob pena de subverter a lógica da distribuição e separação dos poderes**.

35. Ademais, é bom ressaltar, não poderia a lei restringir, sem o devido permissivo constitucional, uma competência entregue ao Tribunal de Contas de maneira ilimitada em sua origem, segundo a vontade nacional captada pelo constituinte.

36. Não se quer dizer, claramente, que **os princípios que norteiam o processo administrativo** nunca serão levados em conta fora de seu âmbito. Contudo, serão por representarem princípios constitucionais ou por consistirem em valores reconhecidos pelo direito. **Quando forem apenas regras específicas do processo administrativo, não terão o condão de vincular as decisões do controle, seja judicial ou parlamentar, em que pese os processos do Tribunal de Contas poderem aproveitá-los, subsidiariamente**, conforme acontece com os princípios da oficialidade, do formalismo moderado e da verdade material.

37. **Veja-se exatamente o caso do princípio da segurança jurídica, de mais alta valia, proveniente do ordenamento constitucional**, e que baliza a regra do artigo 54 da Lei nº 9.784/99. Sua inteligência é bastante utilizada como parâmetro de justiça em decisões judiciais, bem assim nos julgados desta Corte. **Ocorre que a Lei do Processo Administrativo lhe deu traços exclusivos, ao fixar o lapso de cinco anos como fronteira entre a possibilidade e a impossibilidade de anulação dos atos administrativos pela própria Administração, no exercício da autotutela. Essa particularidade, no entanto, não amarra o controle externo**, que permanece apto a **declarar** a nulidade dos atos administrativos desconformes com a lei.²⁰⁴

²⁰⁴ *Idem*. Tribunal de Contas da União. **Decisão 1.020/2000 – Plenário**, *op. cit.* Vide nota 21, *supra*. Esse posicionamento tem subsistido em alguns julgados mais recentes, mesmo após o RE 636.553. Cf. *Idem*. **Acórdão 8.206/2020 – Primeira Câmara**. Processo: 000.658/2019-7. Tomada de Contas Especial. Relator(a): Ministro WEDER DE OLIVEIRA. Data da Sessão: 28/07/2020. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A8206%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1/%2520?uuiid=d4c34a70-f390-11ea-a95b-bbeb54ccdcf1. Acesso em: 09set2020. Em sentido contrário, adotando o prazo decadencial do art. 54 em virtude do RE 636.553 – embora, como se tenha demonstrado, o STF decidiu exatamente pela não incidência desse preceito –, cf. *Idem*. **Acórdão 4.397/2020 – Segunda Câmara**. Processo: 031.367/2019-4. Aposentadoria. Relator(a): Ministro Raimundo Carreiro. Data da Sessão: 23/04/2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/4397/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/2/%2520?uuiid=ed518630-f38e-11ea-a05c-1f95fa6509df>. Acesso em: 09set2020.

Não se trata, portanto, de um só e mesmo processo administrativo em curso, para resultar na permanência do ato de aposentação ou de pensão, mas de um processo específico de controle externo, para cuja válida e regular instauração se fazem necessários alguns elementos, entre os quais: as informações documentadas da elaboração do ato concessivo, explicitando seu conteúdo e sua completa edição; e o parecer do controle interno sobre o procedimento conduzido para a confecção do ato concessivo, é dizer, a demonstração de que a Administração já fez a revisão *interna corporis* do ato administrativo praticado.²⁰⁵

Sendo o registro, pois, tutela estatal prestada pelo Tribunal de Contas, a partir da devida instrução processual, restaria ainda saber o seu conteúdo eficaz. E aqui reside a verdadeira dificuldade, uma vez que, como asseverado no MS 24.781, **o registro se sucede ao julgamento sobre a legalidade do ato concessivo**; em outras palavras, é providência que se toma após a certificação da conformidade jurídica do ato controlado, ou que se nega após certificada a existência de violação ao direito, quando de sua prática. Ou seja, a partir de uma declaração, concede-se ou recusa-se o registro, podendo-se encontrar na redação do inciso III do art. 71 que o registro é a **finalidade** da apreciação da legalidade do ato.

E, contudo, tem o registro um caráter realmente constitutivo, ou tão somente encerra um ato burocrático, que documenta a tutela declaratória já prestada?

Afastar do registro uma natureza constitutiva parece mesmo relegá-lo a uma inutilidade, a uma redundância, que talvez apenas exponha o mero resquício gramatical de uma competência antes proveniente de uma ordem constitucional pretérita, hoje transformada, senão verdadeiramente suprimida.²⁰⁶ Esvaziado de um propósito criador ou modificador, então, a

²⁰⁵ *E.g.*, o *caput* do art. 260 do RITCU dispõe: “Art. 260. Para o exercício da competência atribuída ao Tribunal, nos termos do inciso III do art. 71 da Constituição Federal, a autoridade administrativa responsável por ato de admissão de pessoal ou de concessão de aposentadoria, reforma ou pensão, a que se refere o artigo anterior, submeterá os dados e informações necessários ao respectivo órgão de controle interno, que deverá emitir parecer sobre a legalidade dos referidos atos e torná-los disponíveis à apreciação do Tribunal, na forma estabelecida em ato normativo”. Regulamentando o artigo, a Instrução Normativa n. 78/2018, estipula a existência de um sistema eletrônico para compartilhamento das informações, com acesso pelo órgão concedente, pelo controle interno e pela Corte de Contas federal. O *caput* do art. 4.º explicita: “As informações a que se referem os arts. 2º e 3º desta Instrução Normativa deverão ser apresentadas ao Tribunal em meio eletrônico, por intermédio do Sistema e-Pessoal”. Cf. *Idem*. **Instrução Normativa – TCU Nº 78, de 21 de março de 2018**. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/ato-normativo/in%252078%252F2018/%2520score%2520desc/0/%2520?uuid=ed518630-f38e-11ea-a05c-1f95fa6509df>. Acesso em: 10set2020.

²⁰⁶ Ecos, talvez, de uma época em que despesas públicas dependiam da chancela do Tribunal de Contas para sua execução, não se autorizando sua realização sem a atuação prévia do órgão de controle externo. A respeito do art. 101 da Constituição de 1934, Luiz Henrique Lima noticia (destacou-se): “O art. 101 estipulou que os contratos que, por qualquer modo, interessarem imediatamente à receita ou à despesa, só se reputariam perfeitos e acabados, quando

despeito da dicção do texto constitucional, **o registro não seria a finalidade da fiscalização sobre o ato, mas somente sua conclusão**: a formalidade essencial com que se dota de solenidade a declaração da legalidade do ato de concessão; seria, afinal, simples extensão material de uma tutela declaratória ou, quando muito, uma tutela executiva *lato sensu* de pouco ou nenhum impacto para a concessão da aposentação ou do benefício previdenciário em si mesma – de resto, já plenamente exequível.

Milita em favor dessa tese a percepção de que **não é com a recusa do registro pelo Tribunal de Contas que o ato concessivo se desconstitui automaticamente**; o que decorre da declaração de sua inconformidade ao direito é a determinação – ou seja, a tutela de cunho mandamental – para que o órgão concedente suspenda os pagamentos efetuados com fulcro no ato controlado, e para que somente edite novo ato, se o caso, após elididas as irregularidades. Exemplificativamente, confira-se o art. 262 do Regimento Interno do TCU:

Art. 262. **Quando o ato de concessão** de aposentadoria, reforma ou pensão **for considerado ilegal, o órgão de origem fará cessar o pagamento** dos proventos ou benefícios no prazo de quinze dias, contados da ciência da decisão do Tribunal, sob pena de responsabilidade solidária da autoridade administrativa omissa.

§ 1º Caso não seja suspenso o pagamento, ou havendo indício de procedimento culposo ou doloso na concessão de benefício sem fundamento legal, o Tribunal determinará a instauração ou a conversão do processo em tomada de contas especial, para apurar responsabilidades e promover o ressarcimento das despesas irregularmente efetuadas.

§ 2º **Recusado o registro do ato, por ser considerado ilegal, a autoridade administrativa responsável poderá emitir novo ato**, se for o caso, **escoimado das irregularidades verificadas**.

§ 3º Verificada a omissão total ou parcial de vantagens a que faz jus o interessado, o Tribunal poderá considerar o ato legal, independentemente das comunicações que entender oportunas para cada caso.

Em suma, como aliás, já reconhecido pelo STF,²⁰⁷ **não tem a decisão do órgão de controle externo o poder de desconstituir o ato concessivo, anulando-o. Na exata medida, não**

registrados pelo Tribunal de Contas. A recusa do registro suspenderia a execução do contrato até o pronunciamento do Poder Legislativo. **Qualquer ato de Administração Pública, de que resultasse a obrigação de pagamento pelo Tesouro Nacional, ou por conta deste, estaria sujeito ao registro prévio do Tribunal de Contas**”. **Controle externo**, *op. cit.*, p. 17. Com efeito, além do disposto no caput e o § 1.º do artigo em comento, o § 2.º elencava as motivações possíveis para a recusa do registro e sua natureza impeditiva: “§ 2º - Em todos os casos, a recusa do registro, por falta de saldo no crédito ou por imputação a crédito impróprio, tem caráter proibitivo; quando a recusa tiver outro fundamento, a despesa poderá efetuar-se após despacho do Presidente da República, registro sob reserva do Tribunal de Contas e recurso *ex officio* para a Câmara dos Deputados. Cf. BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 10set2020.

²⁰⁷ Vide supra, nota 84.

teria o poder de constituí-lo.²⁰⁸ Por mais essa razão, não se poderia reconhecer os efeitos da decadência sobre o mérito da tutela (declaratória) de controle da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, independentemente do tempo decorrido, ou da presença de má-fé no motivo ou na elaboração do ato concessivo.

E, não obstante isso, a pendência de registro, sobretudo em face das condições de processamento, quer na instância administrativa, quer na instância de controle externo, pela instabilidade trazida às relações jurídicas, levou a Corte Suprema a conceber um prazo razoável para que se proceda ao exame do ato e seu registro, após o qual há de se considerar tacitamente registrada a concessão. Como na questão do ressarcimento ao erário, porém, a decisão do STF é incompleta, para fins de adequado tratamento da questão: à parte o período estipulado e seu termo inicial, silencia sobre eventuais interrupções ou suspensões, tal como silencia sobre sua natureza jurídica – ou melhor, exime-se de classificar semelhante interregno entre os institutos tradicionais da prescrição, da decadência, ou da preclusão.²⁰⁹

Em que pese, evidentemente, as limitações que o chamado “legislador negativo” tem, ao dirimir conflitos oriundos, ao menos em parte, da omissão legal, ficando sob o risco constante de ultrapassar a barreira da separação dos poderes,²¹⁰ a necessária colmatação se impõe como tarefa indispensável à resolução de problemas da ordem jurídica; tarefa esta não apenas do Guardião da Constituição, mas de todos os órgãos julgadores da arquitetura republicana – incluindo-se, por óbvio, os órgãos de controle externo –, os quais, pelo manejo das técnicas hermenêuticas e decisórias disponíveis, devem prestar a tutela estatal aos interesses sob sua

²⁰⁸ Cumpre consignar que o § 7.º do art. 3.º da retro citada IN TCU 78/2018, ao enumerar as situações de anulação de atos sujeitos a registro, discrimina entre aqueles que o órgão emitente deve anular e aqueles para os quais deve “solicitar anulação”, considerando-se os aspectos da pendência ou não de registro, o transcurso de cinco anos e a presença de má-fé. Desta solicitação não se deve deduzir que a anulação será feita pelo próprio TCU, mas que dependerá de sua determinação a providência, em observância à Súmula 199. Vida supra, nota 197.

²⁰⁹ Fredie Didier faz o comparativo entre os institutos da decadência e da preclusão: “A decadência é a perda do direito potestativo, em razão do seu não-exercício dentro do prazo legal ou convencional. Aproxima-se da preclusão temporal por também referir-se à perda de um direito decorrente da inércia de seu titular – ou seja, em razão de ato-fato caducificante. Distancia-se, contudo, por se referir, em regra, à perda de direito[s] pré-processuais, enquanto a preclusão temporal refere-se sempre à perda de faculdades/poderes processuais. Além disso, a preclusão pode decorrer, como visto, de outros fatos jurídicos, além da inércia, inclusive de ato ilícito (a decadência sempre decorre de um ato-fato lícito)”. **Curso de direito processual civil, vol. 1, op. cit., p. 427.**

²¹⁰ Alerta feito, no julgamento do RE 636.553, pelo Ministro Marco Aurélio Mello, que restou vencido: “Como, sem a lei a prever, com sanção, tempo para o Tribunal de Contas de pronunciar? Assentar-se que tem prazo para fazê-lo e que, não o fazendo, decai do direito de cumprir a Constituição Federal – direito-dever – de proceder à análise, sob o ângulo da legalidade, é passo, Presidente, demasiadamente largo”. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 636.553/RS, op. cit., p. 76.**

competência, cuidando de fazê-lo com observância à estabilidade, à coerência e à uniformidade de suas decisões.²¹¹

Essa exigência, enquanto vertente da própria noção de segurança jurídica, que igualmente se fia na garantia de unidade, coerência e completude do sistema jurídico-normativo, denuncia uma necessidade de tratamento exaustivo do tema, que é dever precípua dos órgãos legislativos, mas que, na falta de sua prévia atuação – ou mesmo, para que se lhes deem o indispensável impulso –, cumpre aos Tribunais de Contas fornecer.

Sob esta perspectiva, algumas escolhas se apresentam à normatização (concreta ou abstrata) do referido prazo fatal, e, malgrado seja teoricamente possível a adoção da decadência para lidar com o problema, a se optar por entender o registro como etapa da formação do ato – contudo, uma decadência especificamente aplicável ao controle externo, sem recurso ao art. 54 da LPA –, a tônica da uniformidade, aliada ao mais desenvolvido regramento da prescrição na legislação das Cortes especializadas, favorecem a adoção desta última como instituto apto a condicionar a fiscalização e o registro de atos concessivos de aposentadoria, reforma e pensão.

10. Considerações finais: para um regime prescricional uniforme no controle externo

Em nome da uniformidade dos processos e procedimentos dos Tribunais de Contas do país, portanto, e também para a salvaguarda de sua função estatal, é mister que se elabore um regime prescricional capaz de abranger as pretensões ressarcitórias que, a partir do RE 636.886, perderam o status de imprescritíveis, bem como o exercício da competência fiscalizatória sobre os atos sujeitos a registro, a qual, a despeito de não veicular, necessariamente, pretensão resistida, nem tampouco implicar em constituição dos atos controlados, não pode permanecer perpetuamente em aberto, dadas a instabilidade das relações jurídicas e a potencial intranquilidade social que essa perpetuidade provoca, conforme reconhecido no julgamento do RE 636.553.

Com esse conjunto de situações a requerer o devido regramento, é intuitivo aproximá-las das regras de prescrição atualmente aplicadas às pretensões punitivas que são também objeto de tutela estatal pelos órgãos de controle externo. Essa aproximação há de resolver boa parte do problema, muito embora a prescrição sobre tais pretensões igualmente padeça de um déficit

²¹¹ É o comando do art. 926 do CPC/15: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

normativo, em grande medida, e de soluções díspares entre esses órgãos controladores, que reverberam essa disparidade nos órgãos judiciais acionados para controlar a legalidade de suas decisões.

Nesse ínterim, impende recordar que a primeira parte do § 5.º do art. 37 da Constituição Cidadã encerra norma de eficácia limitada, de princípio institutivo, de caráter impositivo,²¹² ou seja: é mandatório que o Poder Legislativo exerça sua função típica de legislar, conferindo tratamento normativo de feição primária ao instituto da prescrição incidente sobre as pretensões e ações derivadas de ilícitos tipificados em normas de direito público, entre os quais, as irregularidades sujeitas ao crivo dos Tribunais de Contas. Trata-se, destarte, de matéria reservada à lei formal, de modo que as teorizações e mesmo as racionalizações no campo decisório têm na previsão legal seu suporte e seu limite.²¹³

Enquanto cotitular da função de controle externo, ademais, é no interesse do Poder Legislativo e do melhor desempenho de seu papel fiscalizador, de feição política, que a legiferação sobre a dimensão técnico-jurídica da esfera controladora – que o subsidia com informações e análises – seja a mais completa e consistente possível.

Neste sentido, a premência de uma lei processual nacional de controle externo, que propicie a densificação dos ditames da Lei Maior, mormente das normas de cariz principiológico, efetuando a integração primária do arcabouço constitucional, faz-se sentir muito vivamente, quando se consideram as diversas controvérsias de alta relevância e de repercussão geral (nos termos do § 1.º do art. 1.035, do CPC), relacionadas à atuação dos órgãos controladores, que têm sido levadas à Corte Suprema, sendo a questão da ausência de previsão legal de prazos extintivos um dos assuntos mais candentes e menos propensos a uma consolidação jurisprudencial satisfatória.

Ainda que semelhante lei nacional requeira alguma modificação na distribuição de competências e na própria disposição orgânica dessa esfera controladora na estrutura federativa, além de expressa previsão, a partir de emendas ao texto constitucional, ou que possa advir, desde logo, como lei complementar que verse sobre normas gerais de fiscalização financeira e seus aspectos processuais e procedimentais, nos termos do art. 24, incisos I e XI, c/c. art. 163, inciso V

²¹² Vide supra, nota 05.

²¹³ Como realça Fredie Didier: “A prescrição é instituto cuja definição e o respectivo regime jurídico são determinados pelo direito positivo, e não pela doutrina”. **Curso de direito processual civil, vol. 1, op. cit., p. 600.**

da CF/88,²¹⁴ o esforço de concertação para viabilizá-la é plenamente justificado pelo incremento de uniformidade e de segurança jurídica que certamente trará ao sistema.

A deflagração do processo legislativo (constitucional ou complementar), há de contar, decerto, com a participação de representantes dos órgãos de controle externo, cuja expertise e direto envolvimento com a atividade fiscalizadora são contributos decisivos para a elaboração de um anteprojeto adequado e suficiente.

Se, todavia, os esforços de uma legiferação de âmbito nacional, que abranja a inteireza do exercício dessa atividade de controle e as diretrizes e bases de sua processualística, revelarem-se demasiado custosos ou lentos, a urgência na resolução da omissão legal relativa à prescrição impele os vários entes da federação a agir, cumprindo o comando constitucional, de modo a regerar o regime prescricional como um todo, caso não o tenham feito, ou promover as alterações necessárias para alcançar as hipóteses da pretensão ressarcitória e do registro. Neste cenário, por afetar as leis orgânicas das próprias Cortes de Contas, sua iniciativa para o processo legislativo é privativa, ante o disposto no art. 73, c/c. art. 96, inciso II, alínea “d”, ou mesmo por simetria ou extensão do teor do art. 125, § 1.º, todos da Carta Magna.²¹⁵

Na sequência, a inafastabilidade dessa resolução transfere a dificuldade para a atuação isolada dos Tribunais de Contas, os quais, com fulcro no inciso I do aludido art. 96, detêm a prerrogativa de normatização de seus procedimentos, sem olvido das garantias processuais fundamentais.²¹⁶ Uma normatização infralegal, conquanto não realize a integração primária do ordenamento jurídico, tem o condão de esmiuçar os detalhes da aplicação do instituto da prescrição mediante a composição de um arranjo procedimental que extrai o seu fundamento de validade a partir de uma interpretação sistemática de normas legais existentes.

Por derradeiro, o não exercício da competência normativa das Cortes de Contas relega às instâncias decisórias – próprias e judiciais –, em sua atividade jurisprudencial, a missão de regulamentar o instituto, tendo-se em vista que a essas instâncias não é dado se omitirem, ante a proibição do *non liquet*, mas cuja tarefa se torna especialmente intrincada e instável, porque construída casuisticamente, via de regra, e porque constrangida pelas balizas da garantia de

²¹⁴ Vide supra, notas 57 e 58.

²¹⁵ *Exempli gratia*, a Constituição do Estado de Rondônia reza, em seu art. 50, que: “Ao Tribunal de Contas do Estado é assegurada autonomia financeira e administrativa, podendo propor ao Poder Legislativo a criação e extinção dos seus cargos, alteração da organização e dos serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas e títulos”.

²¹⁶ Vide nota 37, supra.

unidade e harmonia do sistema jurídico-normativo, em papel secundário e proibitivo de sua inovação.

Independentemente do caminho a ser trilhado, entretanto, a sobredita missão se faz inevitável, e os Tribunais de Contas já deram alguns passos na direção de seu enfrentamento, ao menos no tocante à prescrição da pretensão punitiva, sendo controlados, por sua vez, pelos órgãos do sistema de justiça. A ênfase na reserva legal – que é a pedra angular das barreiras impostas à criatividade jurisprudencial, aliás – já foi o mote de uma primeira alternativa que, sem realmente propor uma solução integrativa, propugnava pela imprescritibilidade, na seara de controle externo, abarcando amplamente quaisquer pretensões, ressarcitória e punitiva, e as competências constitucionais da esfera controladora como um todo.²¹⁷ Esse posicionamento foi sendo gradativamente superado, interna e externamente ao âmbito do controle externo, culminando com a fixação das teses para os temas 445 e 899, já exploradas alhures.

No entremeio dessa refrega interpretativa e decisória, porém, à pretensão punitiva se reconheceu a possibilidade de extinção, adotando-se, em lugar da imunidade prescricional, a perspectiva de que o regime aplicável já existia no ordenamento, prescindindo-se de colmatação por inexistente a lacuna. Esse entendimento saiu vitorioso, por exemplo, na prolação do Acórdão 1.441/2016-Plenário, do TCU,²¹⁸ em que a generalidade do prazo do at. 205 do CC/2002, e a sistemática de aplicação do instituto estabelecida nesse diploma, foi assumida como capaz de reger toda e qualquer hipótese sem guarida em lei específica, mesmo no campo do Direito Público. Os fundamentos do voto do Ministro redator do Acórdão foram os seguintes (destaques no original):

[...] ensina Sílvia 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 valor dado por ele ao casamento, aos bens, à propriedade, enfim”. 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 Sílvia 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”.

²¹⁷ Vide supra, nota 171.

²¹⁸ Vide supra, nota 16.

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 microssistema 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.²¹⁹

O desfecho proveniente do rico debate que teve lugar naquele episódio de uniformização jurisprudencial não se reproduziu, porém, com predominância nas demais Cortes de Contas e, particularmente, nos Tribunais judiciais superiores, com o alçamento da questão ao STF, nos autos do MS 32.201/DF.²²⁰

O Relator do processo, Ministro Roberto Barroso, já havia concedido medida cautelar pleiteada pelo impetrante, em outubro de 2013, para suspender a exigibilidade da multa aplicada pelo TCU, com arrimo na aplicação do prazo prescricional quinquenal que entendera ser predominante no Direito Administrativo.²²¹ Em 21 de março de 2017, a Primeira Turma da Corte Constitucional, muito embora denegando a ordem e julgando prejudicada a liminar, sacramentou

²¹⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.441/2016 – Plenário**, *op. cit.*, pp. 56-57.

²²⁰ Vide *supra*, nota 15.

²²¹ No ensejo, admitiu a contagem inicial do prazo da ocorrência do fato, com as seguintes razões: “Num primeiro exame, considero que o prazo começa a correr não da data em que o Tribunal de Contas da União toma conhecimento dos fatos, mas sim da data da prática do ato. Não se trata de exigir o impossível da autoridade impetrada, mas apenas de se constatar que a pessoa sujeita ao poder de fiscalização não pode ficar eternamente sujeita à demora dos órgãos de controle em apurar os fatos e tomar as medidas cabíveis”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 32.201 MC/DF**. Relator(a): Ministro ROBERTO BARROSO. Decisão Monocrática: 16/10/2013. Publicação: DJe-209 divulgado em 21/10/2013; publicado em 22/10/2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=177746697&ext=.pdf>. Acesso em: 11set2020.

a posição, referendando por maioria o voto do Relator. Este, em suas razões, ofertou dois fundamentos distintos: primeiro, o de que não haveria, de fato, lacuna normativa acerca da prescrição da pretensão punitiva no controle externo, cuja norma aplicável, porém, seria a Lei n. 9.873/99, a qual estabelece prazo para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública federal; segundo, o de que, mesmo em se considerando existente a lacuna, e incabível a aplicação direta da mencionada lei, o regime prescricional constante desse diploma legal seria o mais apropriado para reger a prescrição nos processos em tramitação perante o Tribunal de Contas da União.

Para sustentar o primeiro fundamento, o Ministro Relator lançou mão dos seguintes argumentos, sinteticamente: a) a Lei n. 9.873/99, malgrado a especificação contida em seu art. 1.º, não se restringe a regular ações punitivas derivadas do exercício do poder de polícia, assumindo caráter mais geral, a normatizar o direito administrativo sancionador, no qual está incluso a competência sancionadora do TCU; b) a generalidade de sua disciplina somente não se aplica às situações em que existente um regramento específico, conforme apontam, exemplificativamente, as exceções expressas das infrações de natureza funcional e dos processos e procedimentos tributários, na dicção do art. 5.º da lei; c) o art. 1.º-A estipula prazo prescricional para a execução judicial de créditos não-tributários constituídos a partir de multas, em redação aberta, sem se limitar às multas cominadas no exercício de poder de polícia; e d) a exposição de motivos da medida provisória cuja conversão deu origem à lei em comento também apontava para uma vocação geral do diploma, no intuito de uniformizar a questão da prescrição na Administração federal.²²²

Alternativamente, para escudar o segundo fundamento, consubstanciado na aplicação analógica da aludida lei, arguiu o Relator, em síntese: a) a autonomia científica do Direito Administrativo torna desnecessário prover a colmatação com recurso às normas da legislação civil; b) a legislação do campo administrativo oferta bastos exemplos de prazo prescricional quinquenal, a servir de referência para a regulamentação da prescrição na atuação do TCU, em que pese não dispor de um regramento uniforme quanto aos demais aspectos; c) a criação de um regime híbrido para disciplinar a prescrição da “pretensão administrativa sancionadora” exercida pelo TCU é desaconselhável, preferindo-se a regulação integral da Lei n. 9.873/99, cujas “características tão

²²² *Idem.* MS 32.201/DF, *op. cit.*, pp. 07-09.

próximas ao caso examinado” também a tornam uma opção melhor do que o regime do Decreto n. 20.910/32.²²³

De plano, em face desses argumentos, é preciso ressaltar que o precedente em questão é de cunho persuasivo, não se incluindo entre os julgados do STF que ensejem a obrigatoria observância pelos demais órgãos do Poder Judiciário e do poder público como um todo.²²⁴ Tampouco se pode afirmar, de modo categórico, que, a exemplo do MS 26.210, tenha consolidado a jurisprudência sobre o assunto. Tanto assim é que a superveniência do julgamento do MS 32.201 não provocou a superação da jurisprudência uniformizada no TCU.²²⁵

Demais disso, a função de controle externo não é equivalente ao poder de polícia, como o próprio Ministro Roberto Barroso, Relator do *mandamus*, bem disse:

12. É verdade que, por um lado, o art. 1º da referida lei alude à ação punitiva “no exercício do poder de polícia” e, por outro lado, a atuação do TCU examinada nestes autos não se qualifica, em sua acepção clássica, como exercício do poder de polícia – o qual se caracteriza apenas pela restrição da liberdade e da propriedade dos particulares em prol do interesse público. De fato, na atividade de controle externo, o TCU fiscaliza a própria atuação estatal em relação a gestores de recursos públicos.

De todo modo, por mais se queira interpretar a Lei n. 9.873/99 num sentido abrangente, como a reger todo o “direito administrativo sancionador”, admitir-se sua integral e direta aplicação para disciplinar a competência sancionadora da Corte de Contas federal – e, por equivalência, dos demais Tribunais especializados – é um passo bastante largo.

Com efeito, não se recusa que o controle externo, ao menos na dimensão da sua competência sancionadora, possa pertencer a um grande campo dogmático, em que partilhe de princípios comuns com outros ramos do assim chamado Direito Sancionador (ou ainda, Direito Público Punitivo), em que tais princípios gerais, em grande medida de expressão constitucional,

²²³ *Ibidem*, pp. 09-11.

²²⁴ Vide nota 100, *supra*.

²²⁵ Cf., e.g.: BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2.425/2020 – Plenário**. Processo: 013.880/2005-3. Prestação de Contas. Relator(a): Ministro VITAL DO RÊGO. Data da Sessão: 09/09/2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/prescri%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520da%2520pretens%25C3%25A3o%2520punitiva/%2520/DT%20RELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/2/%2520?uuid=21754b80-f552-11ea-b06c-35dba8f55b0f>. Acesso em: 12set2020; **Acórdão 2.430/2020 – Plenário**. Processo: 027.735/2018-4. Tomada de Contas Especial. Relator(a): Ministro-Substituto ANDRÉ DE CARVALHO. Data da Sessão: 09/09/2020. disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/prescri%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520da%2520pretens%25C3%25A3o%2520punitiva/%2520/DT%20RELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=21754b80-f552-11ea-b06c-35dba8f55b0f>. Acesso em: 12set2020.

sirvam de base para sua estruturação, a exemplo do próprio direito penal e de sua vertente adjetiva. A inserção nesse campo, todavia, não é absoluta, e tampouco deveria ser de maneira a simplesmente suprimir as peculiaridades do controle externo. Em outros termos, o universo do direito punitivo é composto por mais do que as duas dimensões do direito penal e do direito administrativo sancionador.²²⁶ Ismar Viana ilustra bem essa relação de pertencimento com preservação da identidade da processualística controladora (destacou-se):

Com o advento do novo texto da LINDB, o **Direito Processual Punitivo passa a ser integrado** passa a ser integrado pelo **Direito Processual Administrativo, Direito Processual Judiciário e o Direito Processual Controlador**, genericamente denominado pelos Tribunais de Contas como processo de controle externo, denominação usada pelas PEC 329/2013-CD, PEC 40/2016-SF e PEC 22/2017-SF.

A Constituição Federal, nos incisos VIII e IX do artigo 71, ao outorgar aos Tribunais de Contas a competência para aplicar penalidades aos responsáveis por despesas ilegais e irregularidades de contas, positivou a função sancionadora. E é exatamente o processo de controle externo que materializa a função sancionadora que é corolário do direito processual punitivo, razão por que **nem todas as espécies processuais de controle externo guardam estrita ligação com o direito processual punitivo, mas tão somente aquelas que constituam meio de materialização da função sancionadora.**²²⁷

Além disso, as diferenças entre as sanções administrativas, em sentido estrito, e as “medidas de responsabilidade na gestão”, como denomina Fábio Medina Osório, não são desprezíveis, sendo, ao revés, suficientemente marcantes a ponto de suscitar dúvidas sobre sua equivalência ou sobre sua categorização em um mesmo campo, a demonstrar que a complexidade do controle externo não pode prescindir de uma unidade teórica própria e, por conseguinte, de uma disciplina normativa específica. Diz o autor:

É certo que as fronteiras entre as múltiplas categorias que integram o sofisticado universo do Direito das responsabilidades são muito tênues, não raro confusas [...]. Na verdade, as atividades de controle incidem sobre múltiplas hipóteses [...], e, por isso mesmo, comportam variadas tipologias de controle e de responsabilidades, aí emergindo um panorama enriquecido pela abertura às técnicas principiológicas e pós-positivistas de censura e invalidação dos atos, além da acumulação com pretensões

²²⁶ Essa é também a convicção de Emerson Garcia e Rogério Alves: “Não corroboramos o argumento de que poder sancionador e direito punitivo ocupam planos existenciais distintos e sucessivos na evolução da ciência jurídica, ou mesmo que o direito punitivo tenha assumido contorno meramente bipartido, dividindo-se tão somente em direito penal e direito administrativo sancionador”. GARCIA, E.; ALVES, R. P. **Improbidade administrativa**, *op. cit.*, p. 866.

²²⁷ VIANA, I. **Fundamentos do processo de controle externo**, *op. cit.*, p. 154. É de se notar, porém, que as normas de interpretação e aplicação do direito público foram inseridas na LINDB com a Lei n. 13.655/18, ao passo que o MS 32.201 foi julgado a 21 de março de 2017, como visto linhas acima. Não obstante, como igualmente já arguido no decorrer deste trabalho, a positivação legal da esfera controladora apenas veio reconhecer uma realidade já pertencente ao ordenamento jurídico pátrio.

endereçadas pessoalmente contra os agentes responsáveis. [...] Os controles e responsabilidades dos gestores adentram domínios muito diversificados, de tal sorte que afetam espaços com marcos regulatórios absolutamente distintos e, eventualmente, repletos de espaços discricionários, tanto aos controladores quanto aos controlados, o que retira essa espécie de transgressão do campo do Direito Administrativo Sancionador, posicionando-o noutro patamar.²²⁸

E se não pelo ângulo material da atividade material sancionadora, ao menos pelo enfoque orgânico-funcional, duas objeções adicionais são ofertadas por Marcos Ehrardt Júnior e Ricardo Schneider Rodrigues, à ideia de aplicação direta da Lei n. 9.873/99 aos processos de controle externo: primeiramente, a independência e autonomia dos órgãos de controle externo que, não integrando a Administração Pública (enquanto estrutura realizadora da atividade administrativa), não poderiam estar sujeitos às normas a ela dirigidas. E em segundo lugar, o fato de que referida lei não derivou de processo legislativo iniciado pelo TCU, não podendo, por isso, regular seu funcionamento, conforme jurisprudência do STF, que reconhece aos Tribunais de Contas, à semelhança dos Tribunais judiciais, a reserva de iniciativa para instaurar processo legislativo que pretenda alterar sua organização e funcionamento, conforme interpretação sistemática dos arts. 73, 75 e 96, inciso II, alínea “d”, todos da Constituição Federal.²²⁹

Ehrardt e Rodrigues, não obstante, acolhem o segundo fundamento do voto condutor do acórdão que decidiu o mérito do MS 32.201, que sustenta o uso analógico da Lei n. 9.873/99 para integralmente regular a prescrição da pretensão punitiva nos processos dos Tribunais de Contas. Para erguer essa base alternativa, o Ministro Relator do remédio heroico refuta a aplicação da lei civil para regulamentar da prescrição da pretensão punitiva no controle externo em virtude de uma autonomia científica do direito administrativo, e, ato contínuo, elenca um “amplo conjunto de normas” que seriam desse ramo dogmático para servir de referência à colmatação:

24. Assim, à falta de norma regulamentadora, o prazo prescricional referencial em matéria de direito administrativo deve ser de cinco anos, como decorrência de um amplo conjunto de normas: Decreto nº 20.910/32, art. 1º; CTN, arts. 168, 173 e 174; Lei nº 6.838/1980, art. 1º; Lei nº 8.112/1990 (“Regime jurídico dos servidores públicos civis federais”), art. 142, I; Lei nº 8.429/1992, art. 23; Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da OAB),

²²⁸ Cf. OSÓRIO, F. M. **Direito administrativo sancionador**. 6ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, pp. 115-117, notas 51 e 53. As relações entre o direito administrativo sancionador e o controle externo merecem, decerto, mais aprofundadas reflexões, as quais excedem os objetivos deste trabalho.

²²⁹ EHRHARDT JÚNIOR, M.; RODRIGUES, R. S. *Efeitos do transcurso do tempo e a polêmica sobre a prescrição das multas nos tribunais de contas: a aplicação da lei n. 9.873/1999 por analogia*. **Seqüência**: estudos jurídicos e políticos, v. 39, n. 79. Florianópolis: nov. 2018, p. 104. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2018v39n79p89>. Acesso em: 12 set. 2020. Os autores fazem referência à Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.418/TO. Vide supra, nota 29.

art. 43; Lei nº 9.783/1999; Lei nº 12.529/2011 (“Lei antitruste”), art. 46; Lei nº 12.846/2013 (“Lei anticorrupção”), art. 25; entre outros.

Corroborando essa opinião, os aludidos autores reforçam o argumento:

[...] cumpre acentuar, pois, que o regime jurídico administrativo guarda peculiaridades em relação ao regime de direito privado, a atrair, em caso de lacuna normativa, as regras afeiçãoadas ao regime público. Neste passo, é no regime de direito público que se deve buscar, por analogia, as normas a serem aplicadas ao problema proposto neste trabalho.

Como se vê, o intuito é afastar o preenchimento da lacuna normativa com normas pertencentes ao regime jurídico de direito privado, advogando a preferência pelo regime jurídico de direito público como fonte para essa colmatação. Sem reservas quanto a essa escolha – porquanto, indiscutivelmente, o controle externo pertence ao regime de direito público –, o detalhe está em considerar sinônimos o “regime jurídico administrativo” e o direito público. E, nesse particular, tomar a parte (direito administrativo) pelo todo (direito público) falseia o raciocínio elaborado para esse fim. Ora, pelo supracitado argumento do Ministro Roberto Barroso, pode-se claramente perceber que o conjunto de normas de que este se serve para demonstrar a inconveniência do direito privado como fonte integradora contempla leis que não são de direito administrativo, embora sejam de direito público, a exemplo do Código Tributário Nacional e da Lei de Improbidade Administrativa (cujo regime de responsabilização se entende como civil, e as diversificadas sanções ostentam natureza política, cível ou administrativa)²³⁰

A uniformidade do prazo quinquenal, portanto, não está adstrita ao ramo particular do direito administrativo, mas pode ser haurida do direito público, como gênero, ou ainda, da ordem constitucional como um todo – correspondendo, destarte, ao “tempo constitucional médio”, que concretiza a razoabilidade para o exercício de pretensões e ações, inclusive as demandas de controle externo, como já inferido no julgamento do MS 25.116.²³¹

Nesse comenos, recorde-se que a extração da norma aplicável, naquela oportunidade, para assegurar as garantias do contraditório e da ampla defesa aos interessados, após passado esse interregno; e posteriormente, quando do julgamento do RE 636.553, a extração da norma para se impor uma extinção ao exercício do controle de legalidade pelas Cortes de Contas, além de terem como fonte o mesmo conjunto amplo (e diversificado) de normas, consistiram em operações

²³⁰ Há grande discussão doutrinária a respeito da natureza jurídica das sanções cominadas pela Lei n. 8.429/92. Cf. GARCIA, E.; ALVES, R. P. **Improbidade administrativa**, *op. cit.*, pp. 2.076-2.079; DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**, *op. cit.*, pp. 906-906.

²³¹ Vide supra, nota 190.

intelectivas de mesmo jaez: sem o dizer expressamente, o Ministro Ayres Britto, ao perscrutar a norma no ordenamento jurídico como um todo, segundo um “método sistemático em sua mais dilargada dimensão”,²³² intentou construí-la a partir dos pontos comuns encontráveis em dispositivos esparsos, operando analogicamente. O Ministro Gilmar Mendes, Relator do RE 636.553, já afirmou, em sua fundamentação, usar da **analogia** para o fim de construir o “prazo razoável”, apoiando-se no art. 4.º da LINDB.²³³

Como igualmente se viu, porém, essas construções não esgotaram a disciplina do prazo extintivo que se procurou erigir, cuidando de resolver a *quaestio iuris* objeto de decisão sem exaurir o regramento do instituto, ante o risco de a atividade criadora desbordar da função jurisdicional e invadir o espaço da função legislativa. Bem por isso que, em lugar de uma analogia de amplo espectro – é dizer, uma analogia *iuris*, uma analogia de direito – argumentou o Ministro Roberto Barroso, quando do julgamento do MS 32.201, pela inconveniência da construção de um “regime híbrido” e pela escolha de uma referência normativa que dispusesse de todos os aspectos envolvidos: uma analogia *legis*.

Com efeito, a analogia, como modalidade de raciocínio, combina os percursos indutivo e dedutivo para promover a transposição da consequência lógica de um fenômeno particular a outro – ou seja, para aplicar a este último a mesma *ratio*. Essa transposição, todavia, assenta-se em uma concomitante apreciação, em um juízo de valor, efetuado no mesmo passo, sobre as características divisadas que lhes são comuns, tendo-as por mais relevantes do que as que lhes sejam diferentes. O raciocínio por similitude implica, portanto, em ínsita operação axiológica sobre a importância dos aspectos comuns, em detrimento das distinções entre os fenômenos reputados semelhantes.²³⁴

²³² Vide supra, nota 191.

²³³ Vide supra, nota 202.

²³⁴ É a lição de Karl Engisch: “[...] a conclusão por analogia, como conclusão do particular para o particular, é altamente questionável do ponto de vista lógico. Com que direito me é lícito presumir, ou muito menos ‘concluir’, que aquilo que convém a um particular também convém a outro particular? [...] E, assim, o multissignificativo conceito de semelhança torna-se o eixo da conclusão. Ao mesmo tempo, destaca-se a importância do geral, do comum, para a legitimidade da conclusão. [...] Daí a antiga concepção de que a conclusão analógica se compõe de indução e dedução. Somente quando, dos fenômenos particulares, a partir dos quais se conclui [...], se abstrai um pensamento geral [...], é que é possível concluir (dedução) para um outro particular [...]. Se agora, após estas indicações sobre o argumento de analogia, nos voltarmos mais para a problemática ‘axiológica’ especial do mesmo argumento no domínio do pensamento jurídico, poderemos dizer: Para que exista uma conclusão de analogia juridicamente admissível, requer-se a prova de que o particular, em relação ao qual a regulamentação falha [...], tenha em comum com o particular para o qual existe regulamentação [...] aqueles elementos sobre os quais a regulamentação jurídica [...] se apoia”.

Diante disso, é de se observar que a diferença entre analogia *legis* e analogia *iuris* está baseada não apenas no concurso de um ou de mais dispositivos normativos para a extração da *ratio iuris* pretendida, mas no universo de fenômenos particulares por ela regida – cujas semelhanças podem remeter a uma ou mais normas suficientemente gerais e, por outro lado, as diferenças podem requisitar normas que, conquanto detenham raiz comum com outras de similar escopo, disciplinem também as minudências não generalizáveis. Em outras palavras, o grau de similitude do objeto a ser normatizado condiciona o arcabouço normativo de que se há de valer o intérprete para elaborar indutivamente a norma geral; norma esta que deva ser diretamente aplicada ao caso sem regramento próprio (analogia *iuris*);²³⁵ ou cuja *ratio* se encontre subjacente a uma norma específica que regre caso equivalente, a qual será então aplicada ao caso sem regramento próprio (analogia *legis*).

Sendo certo, pois, que a operação analógica se conduz pela valoração idêntica de aspectos considerados decisivos, de maneira a se identificar a mesma “razão de ser” que reclame o mesmo tratamento jurídico,²³⁶ convém indagar: **se existe uma autonomia científica do direito administrativo, por que não poderia haver uma autonomia científica do controle externo?**

Constata-se, assim, que em se negando, talvez inadvertidamente, essa autonomia científica ao ramo dogmático do controle externo é que se pretende enxergar características “mais próximas” entre a competência sancionadora dos Tribunais de Contas e a ação punitiva da Administração Pública, quando semelhanças igualmente relevantes se poderiam encontrar entre aquela e o regime de responsabilização por atos de improbidade administrativa, por exemplo, como já arguido em tópico precedente, não se reduzindo as opções à vista do intérprete e do aplicador do direito aos regramentos da ação punitiva administrativa e da cobrança de créditos contra a Fazenda Pública.

ENGLISCH, K. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. 10ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, pp. 289-290.

²³⁵ Norberto Bobbio aproxima a noção de analogia *iuris* dos princípios gerais constantes do ordenamento, ao explicar aquele meio de integração (destaques no original): “O processo de abstração consiste em extrair os *princípios gerais do ordenamento jurídico*: de um conjunto de regras que disciplinam uma certa matéria, o jurista abstrai indutivamente uma norma geral não formulada pelo legislador, mas da qual as normas singulares expressamente estabelecidas são apenas aplicações particulares: tal norma geral é precisamente aquilo que chamamos de um princípio do ordenamento jurídico. Uma vez formulada esta norma geral, o jurista a aplica àqueles casos que, não sendo disciplinados nas normas singulares expressas, são no entanto abrangidos no âmbito dos casos previstos pela mesma norma geral”. BOBBIO, N. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 220.

²³⁶ Como recordam Ehrardt e Rodrigues, comentando o argumento utilizado pelo Ministro Barroso. Cf. **Efeitos do transcurso do tempo e a polêmica sobre a prescrição das multas nos tribunais de contas**, *op. cit.*, pp. 106-107.

De qualquer modo, face à singularidade da função controladora, aqui defendida à exaustão, a busca de uma regra para o instituto da prescrição que se encontre fora do contexto da atuação dos Tribunais de Contas, contida em algum ramo autônomo da dogmática jurídica, não se afigura correta quando esta regra não for generalizável o bastante a ponto de alcançar todo o campo do direito público. E além disso, encontrando-se no âmbito do controle externo uma regra que seja específica o bastante para reger mais amiúde todos os aspectos da aplicação da prescrição, por haver menos discrepâncias, essa escolha merece ser priorizada. Em suma: ainda que preferível a analogia *legis* à analogia *iuris*, **a busca (ou elaboração) de uma norma jurídica para a integração de lacuna existente deve principiar pelo conjunto normativo próprio do controle externo, e somente com a impossibilidade de se extrair desse *corpus* dogmático individualizado uma regra apropriada é que se devem perscrutar normas de outros ramos jurídicos, porém situadas no direito público, o quanto possível, e necessariamente dotadas de suficiente generalidade.**

Entrementes, calha ressaltar que a lacuna normativa que ensejou o MS 32.201, levando a Primeira Turma do STF a decidir pela aplicação (direta ou analógica) da Lei n. 9.873/99, é da Lei Orgânica do TCU; a omissão neste diploma legal, que já havia causado a divergência jurisprudencial na Corte de Contas federal, resultando na uniformização de entendimento em 2016, é algo que se repete na maioria das leis equivalentes dos demais órgãos de controle externo do país. Não em todos, porém. Há certo número (crescente) de Tribunais de Contas que já contam, em suas leis de organização e funcionamento, com dispositivos relacionados ao instituto da prescrição.²³⁷

Fato curioso é que se, por ventura, houvesse previsão legal das hipóteses de prescrição, e dos aspectos atinentes à sua aplicação, na Lei Orgânica do TCU, possivelmente toda a celeuma seria mais facilmente dirimida, porquanto nenhuma regra exógena ao controle externo seria evocada para sua disciplina; e mais do que isso, ante a omissão nos diplomas normativos dos demais Tribunais especializados, seria a Lei n. 8.443/92 a ser tomada por referência integradora.²³⁸

²³⁷ Conforme se verificou, até o presente, as leis orgânicas que contêm dispositivos sobre a prescrição são as dos Tribunais de Contas dos Estados do Ceará, do Espírito Santo, de Goiás, de Minas Gerais, do Mato Grosso do Sul, de Pernambuco, do Rio Grande do Norte, de Santa Catarina, bem como o Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás. Esses diplomas normativos serão objeto de análise nas linhas a seguir.

²³⁸ Situação idêntica ocorreu com a aplicação do instituto da decadência previsto no art. 54 da Lei n. 9.784/99 que, sem preceito correspondente em diversas leis de processo administrativo dos entes federados, tem sua aplicação estendida, conforme entendimento recentemente sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça. Cf. **Súmula 633**: “A Lei n. 9.784/1999, especialmente no que diz respeito ao prazo decadencial para a revisão de atos administrativos no

A simetria expressamente consignada no art. 75 da Constituição Federal, que estende as normas constitucionais de organização, composição e fiscalização da Corte federal aos demais órgãos de controle externo, no que couber, aponta nessa direção.

O que não se costuma visualizar, entretanto, é que **o regime constitucional de organização e de competências da função de controle externo ostenta uma organicidade principiológica que**, em razão desse dispositivo, embora não atinja um patamar estruturante, a ponto de fundamentar um verdadeiro sistema de controle externo, no sentido orgânico-funcional, **é capaz de conferir algum grau de unidade normativa ao conjunto das leis orgânicas dos Tribunais de Contas**; unidade esta que, se não puder se traduzir em um microsistema jurídico-normativo, pode ao menos facultar a integração dessas leis naquilo em que sejam defectivas.

Desta feita, invertendo-se o sentido vetorial, ao Tribunal de Contas da União, tal como às demais Cortes especializadas, seria de todo legítimo aproveitar-se da legislação dos órgãos controladores similares para extrair a solução para as lacunas normativas eventualmente existentes em seus diplomas legais.

E como o esforço metodológico ora comento atende não apenas ao papel decisório, mas pode animar, outrossim, o exercício da competência normativa, e mesmo o exercício da prerrogativa de iniciativa reservada de lei formal, intenta-se, doravante, analisar os dispositivos encontrados em algumas dessas leis orgânicas, a fim de conceber um modelo generalizável, apto a ser adotado pelos Tribunais de Contas, que consubstancie um regime prescricional uniforme para as pretensões punitiva, ressarcitória e de registro, recobrando a disciplina do instituto a todas as situações que requerem sua aplicação.

Assim sendo, **a primeira inferência que se pode fazer, ao revisar esses diplomas legais, é que**, densificando o chamado tempo constitucional médio ou prazo razoável, **todos estipulam o prazo prescricional em cinco anos**. Veja-se, *exempli gratia*, o disposto no art. 64-A da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Ceará: “A pretensão punitiva do Tribunal, no âmbito de processos de contas ou da fiscalização a cargo do Tribunal, prescreve em 5 (cinco)

âmbito da Administração Pública federal, pode ser aplicada, de forma subsidiária, aos estados e municípios, se inexistente norma local e específica que regule a matéria”. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp>. Acesso em 13set2020.

anos”.²³⁹ Em redação praticamente idêntica, dispõe o art. 71 da lei congênere do Espírito Santo: “Prescreve em cinco anos a pretensão punitiva do Tribunal de Contas nos feitos a seu cargo”.²⁴⁰

O prazo em questão não varia, sendo o mesmo para a pretensão punitiva, em todas as Cortes de Contas, e independentemente da espécie de sanção aplicável, pecuniária ou não. Todavia, considerando-se a (preferível) possibilidade de propositura de uma lei nacional, ou de leis que alterem as leis orgânicas respectivas, e criem ou modifiquem o regime prescricional, dado que o novo regramento deverá alcançar também as pretensões ressarcitórias, talvez fosse conveniente incluir uma hipótese que ampliasse o período, de modo a proteger algumas pretensões punitivas e ressarcitórias da extinção, em vista da maior gravidade das condutas. Uma sugestão, de pouca complexidade, mas de potencial efeito protetivo, é adotar a mesma regra constante do § 2.º do art. 142 da Lei n. 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União: o preceito reza que se aplicam os prazos previstos na lei penal para as infrações disciplinares capituladas também como crime.

Sem maiores dificuldades quanto ao prazo nominal de prescrição, as atenções se voltam para o **termo inicial de contagem** do aludido prazo. Neste ponto, devem-se ter em mente as dificuldades que têm enfrentado as Cortes de Contas em lidar com o volume de processos e, principalmente, com a demora com que são enviadas as informações e documentos indispensáveis ao desempenho de sua atuação, além do risco de prejuízos altíssimos aos cofres públicos, caso prejudicada a oportunidade de se prestar a tutela condenatória, nas hipóteses cabíveis.²⁴¹

Como é cediço, pelo princípio da *actio nata*, a pretensão nasce a partir da violação do direito.²⁴² Neste sentido, deve ser exercida desde logo e, não o sendo, o titular da pretensão que fica inerte sujeita-se ao escoamento do prazo até que se configure a prescrição. Ocorre que, para verificar a inércia, é necessário que se tenha conhecimento da violação, justamente porque a inércia do titular da pretensão, ou do órgão com competência para prestar a tutela condenatória, em substituição à pretensão da coletividade, está condicionada ao momento em que o direito se torna

²³⁹ Trata-se da Lei Estadual n. 12.509, de 06/12/1995. Não obstante, todo o capítulo relativo à prescrição foi acrescentado pelo art. 2.º da Lei Estadual n. 16.819, de 08/01/2019.

²⁴⁰ Lei Complementar Estadual n. 621, de 08/03/2012.

²⁴¹ Vide notas 155 e 156, *supra*.

²⁴² É a dicção, por exemplo, do art. 189 do CC/2002: “Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”. Cf. também AMORIM FILHO, A. **Crítério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis**, *op. cit.*, p. 12.

exigível, ou que a competência pode e/ou deve ser exercida – e só se pode exigir ou impor o que se sabe ser devido.²⁴³

Por outras palavras, **o termo inicial da contagem do prazo para a prescrição está relacionado à configuração formal da inércia do órgão responsável pelo controle.** Desse modo, devem ser consideradas, na dinâmica do funcionamento dos Tribunais de Contas, as situações típicas que caracterizam a imobilidade injustificada do órgão de controle, levando-se em conta as circunstâncias em que seu agir fica condicionado à informação ou documentação provida por meios externos, e aquelas outras em que seu agir de ofício deve alcançar o conhecimento dos fatos.²⁴⁴ Tome-se, por exemplo, o art. 69, § 1.º, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe:²⁴⁵

§ 1º A prescrição deve ser decretada de ofício, ou mediante provocação de qualquer interessado, considerando-se a data inicial para a contagem do prazo:

I – da autuação do feito no Tribunal, nos casos de Prestação e Tomada de Contas;

II – da autuação do feito no Tribunal, nos casos em que há obrigação formal de envio do mesmo, pelo jurisdicionado, em lei ou ato normativo;

III – da ocorrência do fato, nos demais casos.

Comentando acerca desse dispositivo, Ismar Viana explica (destaques no original):

A contagem do prazo prescricional da pretensão punitiva dos Tribunais de Contas deve ser tratada de forma distinta, dividindo-se em:

- a. *Situações que decorrem do dever formal de prestar contas a que alude o parágrafo único do artigo 70 da CRFB/88 (Incisos I e II do §1º do artigo 69 da LC 205/2011);*
- b. *Situações que não decorrem desse dever formal de prestar contas ao Tribunal de Contas. (Inciso III do §1º do artigo 69 da LC 205/2011);*

Na primeira situação, não se desincumbindo o gestor do dever de prestar contas, por meio do encaminhamento da prestação de contas ou do dever de ciência da prática de

²⁴³ Essa concepção também se concretizou no § 1.º do já citado art. 142 da Lei n. 8.112/90. O Ministro Benjamin Zymler também defendeu esse posicionamento, por ocasião da prolação do Acórdão 1.441/2016 – Plenário, em que, embora Relator dos autos, restou vencido (destaque no original): “[...] acredito existir uma regra geral, aplicável quando as legislações não estabelecem o contrário, segundo a qual a contagem do prazo prescricional tem início quando a violação do direito é conhecida pela autoridade competente para exigir o cumprimento da obrigação (princípio da **actio nata**). Ora, se a prescrição é a inércia do titular do direito em não exercer sua pretensão, não me parece razoável que haja contagem do prazo anterior ao conhecimento do fato por parte da autoridade competente para punir”. BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.441/2016 – Plenário**, *op. cit.*, p. 27

²⁴⁴ Um regramento bastante diferente é adotado pela Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (Lei Complementar Estadual n. 202, de 28/12/2000), a qual espelhando a sistemática da Lei de Improbidade Administrativa, estipula no § 2.º do seu art. 24-A (incluído pela Lei Complementar Estadual n. 588, de 15/01/2013): “O prazo previsto no *caput* deste artigo será contado a partir da data de citação do administrador ou responsável pelos atos administrativos, ou da data de exoneração do cargo ou extinção do mandato, considerando-se preferencial a data mais recente”.

²⁴⁵ Trata-se da Lei Complementar estadual n. 205, de 06/07/2011.

atos ao órgão, nas situações indicadas em leis ou regulamentos, não tem início a contagem da prescrição da pretensão punitiva, ou seja, o prazo prescricional da pretensão punitiva é contado do adimplemento do gestor para com o dever de apresentar sua prestação de contas ou da ciência ao órgão, nos demais casos previstos em leis e regulamentos, todos ligados ao formal dever de envio ou ao dever de ciência ao órgão, frise-se.

Isso, contudo, não autoriza o Tribunal de Contas a ficar inerte diante da omissão no dever de prestar contas, devendo o órgão adotar providências quanto à tomada de contas e deflagração de procedimento apuratório de responsabilidade pela omissão no referido dever constitucional previsto no parágrafo único do artigo 70 da CRFB/88.

Quanto à segunda situação, por sua vez, relativamente aos processos de fiscalização, que não decorrem do dever formal de prestar contas, o lapso prescricional passa a ter a contagem na data da ocorrência do fato ou prática do ato.²⁴⁶

A distinção é muito útil, e contempla, de forma discriminada, as duas interpretações possíveis para a *actio nata*, a saber, o início do prazo prescricional desde quando perpetrada a violação, e o início do prazo a partir de quando esta violação se tornou conhecida por quem detém a competência para impor a pretensão. Embora não acolhida no § 6.º art. 73 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, que singularmente estipula a data de autuação do processo como início da contagem do prazo, essa divisão é reproduzida no § 1.º do art. 107-A da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Goiás.²⁴⁷ O § 2.º do art. 71 da Lei Orgânica do TCE-ES, já mencionada, traz o detalhe de incluir também (ou especificar), em sua redação, a hipótese dos atos sujeitos a registro, alinhando-se explicitamente, assim – como as outras citadas o fazem de modo implícito – ao que foi fixado para o tema 445 do STF, em que se definiu o termo inicial de fluência do prazo a contar da chegada das informações ao Tribunal de Contas. *In verbis* (destacou-se):

§ 2º Considera-se a data inicial para a contagem do prazo prescricional:

I - da autuação do feito no Tribunal de Contas, nos casos de processos de prestação e tomada de contas, e nos casos em que houver obrigação formal de envio pelo jurisdicionado, prevista em lei ou ato normativo, **incluindo os atos de pessoal sujeitos a registro;**

II - da ocorrência do fato, nos demais casos.

Uma observação, apenas, se pode fazer, em relação à ideia de “autuação do feito” no Tribunal, quando se trata dos casos de prestação de contas, ou de “obrigação formal” de envio de

²⁴⁶ VIANA, I. **Fundamentos do processo de controle externo**, *op. cit.*, pp. 199-200.

²⁴⁷ São os seguintes diplomas, respectivamente: Lei Estadual n. 12.600, de 14/06/2004 (com redação alterada pelo art. 1.º da Lei n. 14.725, de 09/07/2012); e Lei Estadual n. 16.168, de 11/12/2007 (cujo capítulo sobre a prescrição foi acrescido pelo art. 2.º da Lei Estadual n. 17.260, de 26/01/2011).

documentos ou de cientificação do Tribunal quanto à prática de atos: afirmar que o prazo prescricional somente poderia correr do adimplemento do dever de prestar contas pelo gestor de recursos públicos, ou do dever de cientificar a Corte – ou seja, de quando enviadas as contas ou as informações e documentos ao Tribunal – termina sendo contraditório, na medida em que a omissão em prestar contas consiste exatamente na violação desse dever, quando a obrigação formal normativamente prevista determina o momento em que esse dever há de ser cumprido pelo gestor.

Nessas circunstâncias, a obrigação disposta em lei ou ato normativo a torna previsível, decorrendo dessa previsão normativa a expectativa de seu cumprimento e, por conseguinte, torna presumido o descumprimento, quando o esgotado o prazo previsto ou atingida a data determinada. Destarte, a inércia do órgão de controle externo estaria já configurada, independentemente de cumprida ou não a obrigação de informar ou o dever de prestar contas pelo responsável, porquanto, havendo data certa para seu cumprimento, igualmente certo será o instante em que o órgão deva agir.

Diversamente, quando a obrigação legal ou normativa de informar o Tribunal sobre a ocorrência de ato ou fato passível de controle não dispuser de data definida para seu cumprimento, este será imprevisível, justificando que a fluência do prazo prescricional somente se inicie quando devidamente informada a Corte de Contas. Diante disso, a disposição dos incisos I e II do *caput* do art. 62 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso do Sul,²⁴⁸ em lugar do critério da autuação do feito, consigna diferentemente, embora preservando a divisão inicialmente identificada, entre a data do conhecimento da violação e a data do seu cometimento:

Art. 62. A pretensão punitiva do Tribunal de Contas prescreve em cinco anos contados:

I – da data em que deveria ser dado conhecimento ao Tribunal do ato sujeito ao seu controle;

II – da data da celebração do ato, quando sua comunicação ao Tribunal não for obrigatória.

Solução parecida se encontra no § 1.º do art. 64-A da LOTCE-CE, supra mencionado, malgrado já não conste a data da ocorrência da infração como marco inicial, e sim a data do seu conhecimento:²⁴⁹

²⁴⁸ É a Lei Complementar Estadual n. 160, de 02/01/2012.

²⁴⁹ O mesmo acontece com a Lei Orgânica do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás (Lei Estadual n. 15.958, de 18/01/2007, com capítulo acrescido pela Lei Estadual n. 19.990, de 22/01/2018). Note-se que o inciso III do art. 56-A enuncia a “ciência do fato” e não sua ocorrência.

§ 1º O prazo previsto no *caput* é contado:

- I – no caso de prestação de contas anual, do dia seguinte ao do encerramento do prazo para seu encaminhamento ao Tribunal;
- II – nos demais casos, da data em que foi constatada a prática do ato.

Nestes termos, talvez, uma solução intermediária deva incluir: a data de encerramento do prazo, no caso das prestações de contas (e de quando há data normativamente definida para envio de documentos e informações à Corte); a autuação do feito, quando essa obrigação formal não estipula data própria; e a data da ocorrência das infrações, quando não for obrigatória a comunicação ao Tribunal.

Por fim, quanto ao termo inicial, é válido destacar outra variação que assegura maior razoabilidade ao efeito extintivo incidente sobre pretensões tuteladas pelos Tribunais de Contas; variação esta, presente no art. 111 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte (destacou-se): “Prescreve em cinco anos a ação punitiva do Tribunal, contados da data da prática do ato ou, **no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado**”.²⁵⁰ A previsão expressa é importante, mesmo que se possa depreender a razão jurídica dos contornos tradicionais do instituto da prescrição – uma vez que, em curso a violação, não seria lógico supor encerrada a oportunidade de agir para reprimi-la ou promover a devida reparação. A positivação, como já arguido, elimina as divergências jurisprudenciais possivelmente surgidas.

Na sequência, cumpre analisar a estruturação dos **marcos interruptivos** nas leis usadas como referência. Esse aspecto fica, em certa medida, condicionado pela demarcação do termo inicial, dado que, se estabelecida a inauguração do período prescricional com a autuação do feito no Tribunal, a interrupção necessariamente será no curso do processo. Se, por outro lado, outro critério for escolhido para a definição marco inaugural, como o dia seguinte ao término do prazo para o envio das prestações de contas, a autuação do feito na Corte pode ser adotada como momento de interrupção da fluência do lapso prescricional. O § 2.º do já transcrito art. 64-A da LOTCE-CE positiva essa opção: “Interrompe-se a prescrição pela autuação do processo no Tribunal, assim como pelo seu julgamento”.

²⁵⁰ Lei Complementar Estadual n. 464, de 05/01/2012. Este diploma incorpora alguns elementos da Lei Federal n. 9.873/99, como o que ora se ressalta.

Via de regra, porém, as Cortes de Contas que têm normatizado o regime prescricional fazem constar o chamamento do jurisdicionado aos autos, integrando a relação jurídica processual, como um primeiro marco interruptivo, e também a interposição de recurso – ou, em outros casos, a decisão de mérito recorável, como a última interrupção.²⁵¹ Cite-se, neste particular, o § 4.º do já referido art. 71 da LOTCE-ES, o § 3.º do art. 69 da LOTCE-SE, também já aludido, e o § 3.º do art. 107-A da LOTCE-GO, que ora se transcreve:

§ 3º Interrompem a prescrição:

I – a citação válida do responsável;

II – a interposição de recurso.

Outros diplomas, por certo, incluem mais marcos interruptivos, iniciais ou intermediários, tais como o despacho ou decisão que determina a fiscalização, a instauração de tomada de contas especial, ou o recebimento de denúncias e representações,²⁵² ou mesmo “qualquer ato inequívoco de apuração”, reproduzindo a diversidade de hipóteses de interrupção que se pode identificar na Lei n. 9.873/99.²⁵³ Considera-se, todavia, que essa variação imprime desnecessária complexidade à normatização do instituto, incrementando excessivamente a análise da ocorrência ou não da prescrição, nos casos concretos, e contrariando, assim, a própria razão de ser do prazo extintivo: a segurança jurídica.

A existência de marcos interruptivos, em todo caso, suscita a intuitiva compreensão de que, a cada interrupção, volta o prazo a correr por inteiro, sendo despidendo inserir na redação normativa esse detalhe.²⁵⁴

Neste íterim, vale ressaltar que a prescrição que se efetiva após a instauração do feito perante as Cortes de Contas é, por definição, uma prescrição intercorrente. A prescrição apelidada de “intercorrente” pela jurisprudência, constante do § 1.º do art. 1.º da Lei n. 9.873/99, em verdade estabelece um prazo especial, reduzido para três anos, de modo a coibir o que seria uma desídia,

²⁵¹ Possivelmente, a distinção entre as opções pela decisão de mérito recorável e pela interposição de recurso pode ter relevância em se considerando os efeitos suspensivo ou meramente devolutivo das espécies recursais, e a sua influência para o reconhecimento do trânsito em julgado da demanda. A variedade do regime recursal encontrada junto aos diversos Tribunais de Contas brasileiros dificulta uma avaliação mais detida sobre a maior conveniência de uma ou outra alternativa – algo que também poderia ser superado com o advento de uma lei processual nacional.

²⁵² *Verbi gratia*, os incisos II e III do art. 56-B da LOTCM-GO, e os incisos I, IV e V do art. 110-C da Lei Orgânica do TCE-MG. Vida nota 86, *supra*.

²⁵³ De que são exemplos o inciso II do art. 112 da LOTCE-RN e o § 1.º do art. 62 da LOTCE-MS.

²⁵⁴ Conquanto o art. 56-C da LOTCM-GO o faça, justamente para indicar que, realizada uma das hipóteses de interrupção dos incisos I, II e III do artigo precedente, não haverá nova paralisação do decurso até a superveniência do último momento de interrupção, a saber, a interposição de recurso.

da parte do órgão de controle externo, em dar seguimento aos seus processos e concluir a prestação da tutela estatal.

É de sabença que sua existência somente pode ser reconhecida quando houver específica previsão legal, não se fazendo incidir, ademais, o aludido comando normativo federal sequer nas ações punitivas das administrações estaduais e municipais, em virtude do âmbito espacial de regência da lei em comento.²⁵⁵ Em vista disso, não se vislumbra grande proveito em acolher semelhante mecanismo que, à força de instituir uma coerção pela eficiência da atuação das Cortes especializadas, põe em maior perigo as pretensões punitiva e ressarcitória, que são titularizadas pela sociedade – recorde-se, uma vez mais –, as quais, diante das restrições já impostas pela Corte Constitucional, já estão severamente constrangidas. Em adendo, calha realçar que referido prazo especial só encontrou guarida na LOTCE-RN (art. 111, parágrafo único), até o momento, não figurando nas demais leis orgânicas pesquisadas.

Finalmente, para completar o regime prescricional, é mister analisar as causas de suspensão do prazo extintivo. Diferentemente da interrupção, a suspensão do curso temporal não elimina o período que fluuiu antes da paralisação, admitindo-se a retomada para o complemento do prazo.

Nem sempre previstas nos diplomas ora consultados, a mais recorrente hipótese de suspensão é a determinação para o cumprimento de diligência, constante do § 3.º do art. 71 da LOTCE-ES, do § 2.º do art. 107-A da LOTCE-GO, e do § 2.º do art. 68 da LOTCE-SE, de forma isolada.²⁵⁶ Não obstante, o art. 113 da LOTCE-RN adiciona as situações de sobrestamento do processo e de assinatura do Termo de Ajustamento de Gestão.²⁵⁷

Tais hipóteses são justificadas, especialmente quando expressarem interferências de origem externa na marcha processual, não se podendo atribuir ao órgão controlador um ônus pela

²⁵⁵ Cf. a respeito: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp 1.838.846/PR**. Relator(a): Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. Órgão: PRIMEIRA TURMA. Julgamento: 30/03/2020. Publicação: DJe 01/04/2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902798494&dt_publicacao=01/04/2020. Acesso em: 14set2020; *Idem*. **REsp 1.811.053/PR**. Relator(a): Ministro HERMAN BENJAMIN. Órgão: SEGUNDA TURMA. Julgamento: 15/08/2019. Publicação: DJe 10/09/2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902798494&dt_publicacao=01/04/2020. Acesso em: 14set2020.

²⁵⁶ O art. 110-D da LOTCE-MG, por seu turno, embora positive a existência do mecanismo, relega a ato normativo próprio a definição das causas suspensivas.

²⁵⁷ Ressalte-se que a assinatura do TAG é elencada pela LOTCE-MS como causa interruptiva, nos termos do § 1.º do art. 62, com redação dada pela Lei Complementar Estadual n. 223, de 24/08/2016.

demora. Diligências que se façam necessárias por fatos novos trazidos aos autos, ou para a análise de elementos adicionais de defesa, são indispensáveis para a hígida instrução do feito e não configuram qualquer tipo de inércia, em que pese estarem jungidas a um cumprimento razoável, em observância ao inciso LXXVIII do art. 5.º da Carta Magna.²⁵⁸

A seu turno, a assinatura do TAG, nas legislações que positivam esse instrumento consensual, e também as transações veiculadas a partir de instrumentos congêneres, tais como o acordo de leniência, regrado nos arts. 16 e 17 da Lei n. 12.846/13, e o acordo de colaboração premiada, disciplinado nos arts. 3.º-A e ss. da Lei n. 12.850/13 (com redação dada pela Lei n. 13.964/19), por constituírem benefícios ao responsável sob condição resolutiva, não raro implicando obstáculos à responsabilização ou à punição, devem outrossim resultar na suspensão do prazo prescricional, que pode vir a ser retomado caso não se efetive o cumprimento de suas cláusulas.

Muito embora tais mecanismos transacionais sejam relativamente recentes no ordenamento jurídico pátrio, e a experiência de sua implementação tenha levado a modificações normativas – ou as tenha tornado prementes – para o atingimento dos fins a que se propõem, inclusive no concernente aos órgãos competentes para deles participar, ou cuja atuação possa ser afetada por sua celebração,²⁵⁹ a jurisprudência do TCU tem estabelecido que os autos devem ser sobrestados, quando ausentes provas autônomas àquelas obtidas mediante esses acordos, aguardando-se o informe de cumprimento ou descumprimento das obrigações pactuadas, ficando suspenso o curso do prazo prescricional.²⁶⁰

²⁵⁸ Ismar Viana chega a asseverar a demora excessiva da realização dessas diligências pode acarretar a prescrição: “A ocorrência de causas suspensivas também pode gerar o dever de reconhecimento da prescrição intercorrente, quando a marcha processual permanecer suspensa, injustificadamente, por tempo igual ou superior ao legalmente estabelecido para prescrição da pretensão punitiva. Isso porque o processo deverá seguir seu curso regular, independentemente, por exemplo, de atendimento ou conclusão de diligências, caso essas não se concretizem em prazo razoável”. **Fundamentos do processo de controle externo**, *op. cit.*, p. 205. Por óbvio, verificação dessa circunstância somente pode ser feita caso a caso.

²⁵⁹ Atual e complexo, embora relevante, o tema desborda dos limites do presente trabalho. Acerca do assunto, cf. ALVES, F. S. M. *Repercussão dos acordos de leniência e de colaboração premiada celebrados pelo Ministério Público Federal sobre as competências do Tribunal de Contas da União*. **Revista de Direito Administrativo** v. 277, n. 3. Rio de Janeiro: nov. 2018, p. 71-103. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77678>. Acesso em: 14set2020.

²⁶⁰ Cf. BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.690/2020 – Plenário**. Processo: 036.660/2016-7. Representação. Relator(a): Ministro BENJAMIN ZYMLER. Data da Sessão: 01/07/2020. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1690%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=15647f90-f6b6-11ea-bc27-81f678573d97. Acesso em: 14set2020.

11. Conclusões

Por todo o exposto, relativamente à aplicação do instituto da prescrição nos processos de controle externo sujeitos à competência dos Tribunais de Contas brasileiros, apresentam-se as seguintes conclusões:

1. Ante a diversidade e autonomia das tutelas de controle externo, o reconhecimento da prescrição não ocasiona a extinção do processo;
2. A certificação da existência de irregularidade passível de tipificação como ato doloso de improbidade administrativa, enquanto efeito declaratório da tutela de controle externo, é condição para o exercício da competência informativa dos Tribunais de Contas, consubstanciada na representação ao Poder competente;
3. Em atenção à consistência e operabilidade do sistema jurídico-normativo de controle externo, e reconhecida a devida compatibilidade, convém estabelecer um regime prescricional único para as pretensões ressarcitória, punitiva e de registro;
4. Por ser matéria sujeita a reserva legal, é imperativo que a positivação do instituto da prescrição seja efetivada com a edição de lei formal, sendo preferível que sua regulamentação se insira no bojo de um diploma processual nacional, garantindo-se, com isso, a uniformidade de tratamento da questão em todos os órgãos de controle externo; alternativamente, as leis orgânicas de cada Tribunal hão de ser alteradas para regulamentar todos os aspectos atinentes à prescrição; e em último caso, ante a premência de resolução das demandas existentes, os Tribunais de Contas devem promover a normatização interna ou a consolidação jurisprudencial acerca do tema, tendo por parâmetro os precedentes do Supremo Tribunal Federal;
5. O prazo nominal para a ocorrência de prescrição é de 5 (cinco) anos, sendo oportuno que se adotem os prazos prescricionais correspondentes aos crimes, nas hipóteses em que as irregularidades também se subsumirem à sua tipificação;
6. O termo inicial desse prazo deve privilegiar a data de conhecimento do ato objeto de controle externo, sem prejuízo de distinção entre as hipóteses em que haja obrigação formal de envio aos Tribunais de Contas de processos, documentos e informações, com data definida, e as hipóteses em que inexistente a data ou a própria obrigação;
7. A interrupção do prazo prescricional deve se dar com a citação ou notificação válida do responsável, quando voltará a correr por inteiro até a decisão de mérito recorrível (ou até a interposição de recurso), a partir da qual também se reinicia, não incidindo, no interregno, prazo reduzido de qualquer espécie;
8. A suspensão do prazo prescricional deve se dar nas hipóteses de cumprimento de diligência e de assinatura de instrumentos consensuais, como o Termo de Ajustamento de Gestão, o acordo de leniência e o acordo de colaboração.

Eis o parecer, que se submete à apreciação superior.

João Marcos de Araújo Braga Júnior
Auditor de Controle Externo

Referências

ACIOLI, O. A. M. **Efeitos jurídicos do transcurso do tempo**: as controvertidas naturezas jurídicas da prescrição e da decadência à luz dos sistemas do código civil e do código de defesa do consumidor. São Paulo: Baraúna, 2012.

ALVES, F. S. M. *Repercussão dos acordos de leniência e de colaboração premiada celebrados pelo Ministério Público Federal sobre as competências do Tribunal de Contas da União*. **Revista de Direito Administrativo** v. 277, n. 3. Rio de Janeiro: nov. 2018, p. 71-103. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77678>. Acesso em: 14set2020.

AMORIM FILHO, A. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. **Revista de Direito Processual Civil**. São Paulo, v. 3º, p. 95-132, jan./jun. 1961. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/20150312232027.pdf>. Acesso em: 06ago2020.

ANDRADE, A.; MASSON, C.; ANDRADE L. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 2ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL – ATRICON; ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MINISTROS E CONSELHEIROS-SUBSTITUTOS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS – AUDICON. **Nota Técnica n. 01/2018/ATRICON/AUDICON**. Brasília: 10abr2018. Disponível em: <http://www.atricon.org.br/wp-content/uploads/2017/03/Nota-Tecnica-01-2018-PL-7448-2017Atricon-Audicon.pdf>. Acesso em: 04set2020.

BÄCKER, C. *Regras, princípios e derrotabilidade*. Trad. Tiago Lopes Mosci. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 102, jan./jun. 2011, pp. 55-82. Disponível em: <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/102055082.pdf>. Acesso em: 25ago2020.

BOBBIO, N. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BRANCO, P. G. G.; COELHO, I. M.; MENDES, G.; **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 10set2020.

_____. **Lei n. 2.437, de 07 de março de 1955**. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=2437&ano=1955&ato=763cXVq1kMJRVTF59>. Acesso em: 10ago2020.

_____. **Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916**. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=3071&ano=1916&ato=c160zYE1UNnRVTa37>. Acesso em: 10ago2020.

_____. Ministério Público Federal. Parecer n. 88/2018 – AJC/SGJ/PGR. **RE 636.886/AL**. Relator(a): Ministro ALEXANDRE DE MORAES. Órgão: Tribunal Pleno. Brasília: 12jun2018,



ATRICON

ASSOCIAÇÃO DOS
MEMBROS DOS TRIBUNAIS
DE CONTAS DO BRASIL

- p. 10. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15012103&prcID=4046531&ad=s#>. Acesso em: 31ago2020.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 1.205.949/RJ**. Relator(a): Ministro FRANCISCO FALCÃO. Órgão: Segunda Turma. Julgamento: 26/03/2019. Publicação: DJe 02/04/2019. Disponível em:
https://scon.stj.jus.br/SCON/servlet/BuscaAcordaos?action=mostrar&num_registro=201702937967&dt_publicacao=02/04/2019. Acesso em: 01set2020.
- _____. **AgInt no REsp 1.838.846/PR**. Relator(a): Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. Órgão: PRIMEIRA TURMA. Julgamento: 30/03/2020. Publicação: DJe 01/04/2020. Disponível em:
https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902798494&dt_publicacao=01/04/2020.
- _____. **AgRg no AgRg no REsp 1059164/PR**. Relator(a): Ministra LAURITA VAZ. Órgão: Quinta Turma. Julgamento: 24/03/2009. Publicação: DJe 20/04/2009. Disponível em:
<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=AGRG+NO+RESP+1092860&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 25ago2020.
- _____. **AgRg no AREsp 1487974/GO**. Relator(a): Ministro NEFI CORDEIRO. Órgão: Sexta Turma. Julgamento: 17/10/2019. Publicação: DJe 24/10/2019. Disponível em:
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201901198050&dt_publicacao=24/10/2019. Acesso em: 07set2020.
- _____. **AgRg no REsp 1092860/RS**. Relator(a): Ministro NEFI CORDEIRO. Órgão: Sexta Turma. Julgamento: 17/09/2015. Publicação: DJe 08/10/2015. Disponível em:
<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=AGRG+NO+RESP+1092860&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 25ago2020.
- _____. **EResp 875.163/RS**. Relator(a): Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES. Órgão: Primeira Seção. Julgamento: 23/06/2010. Publicação: DJe 30/06/2010. Disponível em:
[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27ERESP%27.clas.+e+@num=%27875163%27\)+ou+\(%27EResp%27+adj+%27875163%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27ERESP%27.clas.+e+@num=%27875163%27)+ou+(%27EResp%27+adj+%27875163%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 01set2020.
- _____. **REsp 951.389/SC**. Relator(a): Ministro HERMAN BENJAMIN. Órgão: Primeira Seção. Julgamento: 09/06/2010. Publicação: DJe 04/05/2011. Disponível em:
[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%27951389%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%27951389%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%27951389%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%27951389%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 01set2020.
- _____. **REsp 1.098.490/SC**. Relator(a): Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. Órgão: Quinta Turma. Julgamento: 05/03/2009. Publicação: DJe 27/04/2009. Disponível em:
<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1098490&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 25ago2020.



ATRICON

ASSOCIAÇÃO DOS
MEMBROS DOS TRIBUNAIS
DE CONTAS DO BRASIL

..... **REsp 1.112.062/SP.** Relator(a): Ministro LUIZ FUX. Órgão: Primeira Turma. Julgamento: 22/09/2009. Publicação: DJe 07/10/2009. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1112062&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR. Acesso em: 01set2020.

..... **REsp 1.130.198/RR.** Relator(a): Ministro LUIZ FUX. Órgão: Primeira Turma. Julgamento: 02/12/2010. Publicação: DJe 15/12/2010. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271130198%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271130198%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271130198%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271130198%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 01set2020.

..... **REsp 1.220.999/PR.** Relator(a): Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES. Órgão: Segunda Turma. Julgamento: 05/05/2011. Publicação: DJe 11/05/2011. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1098490&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 25ago2020.

..... **REsp 1.238.355/SC.** Relator(a): Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES. Órgão: Segunda Turma. Julgamento: 04/08/2011. Publicação: DJe 15/08/2011. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1098490&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 25ago2020.

..... **REsp 1.244.336/SC.** Relator(a): Ministro CASTRO MEIRA. Órgão: Segunda Turma. Julgamento: 22/11/2011. Publicação: DJe 02/12/2011. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=AGRG+NO+RESP+1092860&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 25ago2020.

..... **REsp 1.285.160/MG.** Relator(a): Ministro HERMAN BENJAMIN. Órgão: Segunda Turma. Julgamento: 04/06/2013. Publicação: DJe 12/06/2013.

..... **REsp 1.480.350/RS.** Relator(a): Ministro BENEDITO GONÇALVES. Órgão: Primeira Turma. Julgamento: 05/04/2016. Publicação: DJe 12/04/2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401429628&dt_publicacao=12/04/2016. Acesso em: 28ago2020.

..... **REsp 1.671.860/RJ.** Relator(a) Ministro HERMAN BENJAMIN. Órgão: Segunda Turma. Julgamento: 08/08/2017. Publicação: DJe 12/09/2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1390993&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 30ago2020.

..... **REsp 1.684.104/RJ.** Relator(a): Ministro FRANCISCO FALCÃO. Órgão: Segunda Turma. Julgamento: 11/12/2018. Publicação: DJe 17/12/2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1390993&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 30ago2020.

..... **REsp 1.796.937/RJ.** Relator(a): Ministro HERMAN BENJAMIN. Órgão: Segunda Turma. Julgamento: 23/05/2019. Publicação: DJe 30/05/2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1390993&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 30ago2020.



ATRICON

ASSOCIAÇÃO DOS
MEMBROS DOS TRIBUNAIS
DE CONTAS DO BRASIL

_____. **REsp 1.811.053/PR.** Relator(a): Ministro HERMAN BENJAMIN. Órgão: SEGUNDA TURMA. Julgamento: 15/08/2019. Publicação: DJe 10/09/2019. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902798494&dt_publicacao=01/04/2020. Acesso em: 14set2020.

_____. **Súmula 633:** “A Lei n. 9.784/1999, especialmente no que diz respeito ao prazo decadencial para a revisão de atos administrativos no âmbito da Administração Pública federal, pode ser aplicada, de forma subsidiária, aos estados e municípios, se inexistente norma local e específica que regule a matéria”. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp>. Acesso em 13set2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.597/PA.** Relator(a): Ministro NELSON JOBIM; Redator(a) do Acórdão: Ministro EROS GRAU. Órgão: Tribunal Pleno. Julgamento: 04/08/2004. Publicação: DJe-082 DIVULG 16-08-2007 PUBLIC 17-08-2007 DJ 17-08-2007 PP-00022 EMENT VOL-02285-02 PP-00402 LEXSTF v. 29, n. 346, 2007, p. 133-148. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=479138>. Acesso em: 11ago2020.

_____. **ADI 3.937/SP.** Relator(a): Ministro MARCO AURÉLIO. Órgão: Tribunal Pleno. Julgamento: 24/08/2017. Publicação: DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019 – ATA Nº 1/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339396406&ext=.pdf>. Acesso em 25ago2020.

_____. **ADI 4.418/TO.** Relator(a): Ministro DIAS TOFFOLI. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 15/12/2016. Publicação: DJe-040 DIVULG 02-03-2017 PUBLIC 03-03-2017. Republicação: DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur363834/false>. Acesso em: 10ago2020.

_____. **ADI 6.421 MC/DF.** Relator(a): Ministro ROBERTO BARROSO. Órgão: Tribunal Pleno. Julgamento: 21/05/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=5089774&ext=RTF>. Acesso em: 02set2020.

_____. **MS 21.466/DF.** Relator(a): Ministro CELSO DE MELLO. Órgão: Tribunal Pleno. Julgamento: 19/05/1993. Publicação: DJ 06-05-1994 PP-10486 EMENT VOL-1743-02. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85533>. Acesso em: 25ago2020.

_____. **MS 22.087/DF.** Relator(a): Ministro CARLOS VELLOSO. Órgão: Tribunal Pleno. Julgamento: 28/03/1996. Publicação: DJ 10-05-1996 PP-15132 EMENT VOL-01827-03 PP-00444. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur117154/false>. Acesso em: 07set2020.

_____. **MS 23.550/DF.** Relator(a): Ministro MARCO AURÉLIO; Redator(a) do Acórdão: Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. Órgão: Tribunal Pleno. Julgamento: 04/04/2001. Publicação: DJ 31-10-2001 PP-00006 EMENT VOL-02050-3 PP-00534. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85979>. Acesso em: 11ago2020.



ATRICON

ASSOCIAÇÃO DOS
MEMBROS DOS TRIBUNAIS
DE CONTAS DO BRASIL

_____. **MS 23.452/RJ**. Relator(a): Ministro CELSO DE MELLO. Órgão: Tribunal Pleno. Julgamento: 16/09/1999. Publicação: DJ 12-05-2000 PP-00020 EMENT VOL-01990-01 PP-00086. Disponível em: Acesso em 06ago2020.

_____. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 24.268/MG**. Relator(a): Ministra ELLEN GRACIE. Redator(a) do Acórdão: Ministro GILMAR MENDES. Órgão: Tribunal Pleno. Julgamento: 05/02/2004. Publicação: DJ 17-09-2004 PP-00081 EMENT VOL-02164-01 PP-00154 RDDP n. 23, 2005, p. 133-151 RTJ VOL-00191-03 PP-00922. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86111>. Acesso em: 08set2020.

_____. **MS 24.781/DF**. Relator(a): Ministra ELLEN GRACIE. Redator(a) do Acórdão: Ministro GILMAR MENDES. Órgão: Tribunal Pleno. Julgamento: 02/03/2011. Publicação: DJe-110 DIVULG 08-06-2011 PUBLIC 09-06-2011 EMENT VOL-02540-01 PP-00018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623956>. Acesso em: 08set2020.

_____. **MS 25.116/DF**. Relator(a): Ministro AYRES BRITTO. Órgão: Tribunal Pleno. Julgamento: 08/09/2010. Publicação: DJe-027 DIVULG 09-02-2011 PUBLIC 10-02-2011 EMENT VOL-02461-01 PP-00107. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618869>. Acesso em: 08set2020.

_____. **MS 26.210/DF**. Relator(a): Ministro RICARDO LEWANDOWSKI. Órgão: Tribunal Pleno. Julgamento: 04/09/2008. Publicação: DJe-192 DIVULG 09-10-2008 PUBLIC 10-10-2008 EMENT VOL-02336-01 PP-00170 RTJ VOL-00207-02 PP-00634 RT v. 98, n. 879, 2009, p. 170-176 RF v. 104, n. 400, 2008, p. 351-358 LEXSTF v. 31, n. 361, 2009, p. 148-159. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+26210%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+26210%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cza9j7w>. Acesso em: 11ago2020.

_____. **MS 28.156 AgR/DF**. Relator(a): Ministra ROSA WEBER. Órgão: Primeira Turma. Julgamento: 02/09/2014. Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 16-09-2014 PUBLIC 17-09-2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=6749768>. Acesso em: 10ago2020.

_____. **MS 32.201/DF**. Relator(a): Ministro ROBERTO BARROSO. Órgão: Primeira Turma. Julgamento: 21/03/2017 Publicação: DJe-173 DIVULG 04-08-2017 PUBLIC 07-08-2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4435867>. Acesso em: 10ago2020.

_____. **MS 32.201 MC/DF**. Relator(a): Ministro ROBERTO BARROSO. Decisão Monocrática: 16/10/2013. Publicação: DJe-209 divulgado em 21/10/2013; publicado em 22/10/2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=177746697&ext=.pdf>. Acesso em: 11set2020.

_____. **MS 35.483 AgR**. Relator(a): Ministro LUIZ FUX. Órgão: Primeira Turma. Julgamento: 15/06/2018. Publicação: DJe-127 DIVULG 26-06-2018 PUBLIC 27-06-



ATRICON

ASSOCIAÇÃO DOS
MEMBROS DOS TRIBUNAIS
DE CONTAS DO BRASIL

2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur387324/false>. Acesso em: 08set2020.

_____. **Pet 3.825 QO/MT.** Relator(a): Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE; Redator(a) do Acórdão: Ministro GILMAR MENDES. Órgão: Tribunal Pleno. Julgamento: 10.10.2007. Publicação: DJe-060 DIVULG 03-04-2008 PUBLIC 04-04-2008 EMENT VOL-02313-02 PP-00332 RTJ VOL-00204-01 PP-00200. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=518263>. Acesso em: 21ago2020.

_____. **RE 55.821/PR.** Relator(a): Ministro VICTOR NUNES. Órgão: Primeira Turma. Julgamento: 18/09/1967. Publicação: DJ 24-11-1967 PP-03949 EMENT VOL-00711-02 PP-00356 RTJ VOL-00043-01 PP-00151. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000106579&base=baseAco rdaos>. Acesso em: 11ago2020.

_____. **RE 669.069/MG.** Relator(a): Ministro TEORI ZAVASCKI. Órgão: Tribunal Pleno. Julgamento: 03/02/2016. Publicação: DJe-082 DIVULG 27-04-2016 PUBLIC 28-04-2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4189164&numeroProcesso=669069&classeProcesso=RE&numeroTema=666#>. Acesso em: 07ago2020.

_____. **RE 669.069 ED/MG.** Relator(a): Ministro TEORI ZAVASCKI. Órgão: Tribunal Pleno. Julgamento: 16/06/2016. Publicação: DJe-136 DIVULG 29-06-2016 PUBLIC 30-06-2016 – ATA Nº 102/2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309826252&ext=.pdf>. Acesso em: 25ago2020.

_____. **RE 636.886 RG/AL.** Relator(a): Ministro TEORI ZAVASCKI. Órgão: Tribunal Pleno. Julgamento: 02/06/2016. Publicação: DJe-123 DIVULG 14-06-2016 PUBLIC 15-06-2016 – ATA Nº 19/2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309724663&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 27ago2020.

_____. **RE 636.886/AL.** Relator(a): Ministro ALEXANDRE DE MORAES. Órgão: Tribunal Pleno. Julgamento: 20/04/2020. Publicação: DJe-157 DIVULG 23-06-2020 PUBLIC 24-06-2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4046531&numeroProcesso=636886&classeProcesso=RE&numeroTema=899>. Acesso em: 07ago2020.

_____. **RE 636.553/RS.** Relator(a): Ministro Gilmar Mendes. Órgão: Plenário. Julgamento: 19/02/2020. Publicação: DJe-129 DIVULG 25/05/2020 PUBLIC 26/05/2020 - ATA Nº 75/2020. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4043019&numeroProcesso=636553&classeProcesso=RE&numeroTema=445#>. Acesso em: 28ago2020.

_____. **RE 828.826/CE.** Relator(a): Ministro ROBERTO BARROSO. Redator(a) do Acórdão: Ministro RICARDO LEWANDOWSKI. Órgão: Tribunal Pleno. Julgamento: 10/08/2016. Publicação: DJe-187 DIVULG 23-08-2017 PUBLIC 24-08-2017 – ATA Nº 118/2017. Disponível em:

<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4662945&numeroProcesso=848826&classeProcesso=RE&numeroTema=835#>. Acesso em: 07set2020.

_____. **RE 852.475/SP**. Relator(a): Ministro ALEXANDRE DE MORAES; Redator(a) do Acórdão: Ministro EDSON FACHIN. Órgão: Tribunal Pleno. Julgamento: 08/08/2018. Publicação: DJe-058 DIVULG 22-03-2019 PUBLIC 25-03-2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4670950&numeroProcesso=852475&classeProcesso=RE&numeroTema=897>. Acesso em: 07ago2020.

_____. **RE 847.584 AgR/MG**. Relator(a): Ministra CÁRMEN LÚCIA. Órgão: Segunda Turma. Julgamento: 09/12/2014. Publicação: DJe-249 DIVULG 17-12-2014 PUBLIC 18-12-2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur288941/false>. Acesso em: 08set2020.

_____. **Súmula 150**: “Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação”. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula150/false>. Acesso em 05set2020.

_____. **Súmula Vinculante 3**: “Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão”. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula739/false>. Acesso em 30ago2020.

_____. Tribunal de Contas da União. Aviso n. 1195-GP/TCU. Petição 72862/2016. **RE 636.886/AL**. Relator(a): Ministro ALEXANDRE DE MORAES. Órgão: Tribunal Pleno. Brasília: 23dez2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12266874&prcID=4046531&ad=s#>. Acesso em: 28ago2020.

_____. **Conheça o TCU**. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/institucional/conheca-o-tcu/funcionamento/>. Acesso em: 13ago2020.

_____. **Acórdão 124/1994 – Plenário**. Processo: 674.018/85-0. Tomada de Contas. Relator(a): Ministro BENTO JOSÉ BUGARIN. Data da Sessão: 26/10/1994. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A124%2520ANOACORDAO%253A1994%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1>. Acesso em: 10ago2020.

_____. **Acórdão 40/1999 – Plenário**. Processo: 010.600/1987-6. Recurso de Revisão. Relator(a): Ministro MARCOS VINÍCIOS VILAÇA. Data da sessão: 28/04/1999. Disponível em: http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/SIDOC/geradoSIDOC_AC00401599P.pdf. Acesso em: 22ago2020.

_____. **Decisão 1.020/2000 – Plenário**. Processo: 013.829/2000-0. Solicitação. Relator(a): Ministro MARCOS VINÍCIOS VILAÇA. Data da Sessão: 29/11/2000. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>. Acesso em: 10ago2020.



ATRICON

ASSOCIAÇÃO DOS
MEMBROS DOS TRIBUNAIS
DE CONTAS DO BRASIL

..... **Acórdão 2.006/2006 – Plenário.** Processo 009.627/2000-8. Tomada de Contas Especial. Relator(a): Ministro BENJAMIN ZYMLER. Data da Sessão: 01/11/2006. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20061103/TC-009-627-2000-8..doc>. Acesso em: 27ago2020.

..... **Acórdão 2.709/2008 – Plenário.** Processo: 005.378/2000-2. Relator(a): Ministro BENJAMIN ZYMLER. Data da Sessão: 26/11/2008. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2709%2520ANOACORDAO%253A2008%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1>. Acesso em: 25ago2020.

..... **Acórdão 1.441/2016 – Plenário.** Processo: 030.926/2015-7. Tomada de Contas Especial. Relator(a): Ministro BENJAMIN ZYMLER; Autor do voto vencedor: Ministro WALTON ALENCAR RODRIGUES. Data da Sessão: 08/06/2016. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1441%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=1788b7a0-dd66-11ea-8e8a-612769532bbd. Acesso em: 10ago2020.

..... **Acórdão 676/2018 – Plenário.** Processo: 000.610/2011-9. Recurso de Reconsideração. Relator(a): Ministro BENJAMIN ZYMLER. Data da Sessão: 28/03/2018. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A676%2520ANOACORDAO%253A2018/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=46634750-f09b-11ea-b589-779036e8fe00. Acesso em: 06set2020.

..... **Acórdão 2.391/2018 – Plenário.** Processo: 007.416/2013-0. Tomada de Contas Especial. Relator(a): Ministro BENJAMIN ZYMLER. Data da Sessão: 17/10/2018. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2391%2520ANOACORDAO%253A2018/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=fee02580-ed5f-11ea-990b-0d9da64c8371. Acesso em: 02set2020.

..... **Acórdão 1.482/2020 – Plenário.** Processo: 019.366/2019-1. Tomada de Contas Especial. Relator(a): Ministro WALTON ALENCAR RODRIGUES. Data da Sessão: 10/06/2020. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1482%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=648a4540-efaf-11ea-a503-6f7a7c2af2e9. Acesso em 05set2020.

..... **Acórdão 1.690/2020 – Plenário.** Processo: 036.660/2016-7. Representação. Relator(a): Ministro BENJAMIN ZYMLER. Data da Sessão: 01/07/2020. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1690%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=15647f90-f6b6-11ea-bc27-81f678573d97. Acesso em: 14set2020.

..... **Acórdão 2.425/2020 – Plenário.** Processo: 013.880/2005-3. Prestação de Contas. Relator(a): Ministro VITAL DO RÊGO. Data da Sessão: 09/09/2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/prescri%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520da%2520pretens%25C3%25A3o%2520p>



ATRICON

ASSOCIAÇÃO DOS
MEMBROS DOS TRIBUNAIS
DE CONTAS DO BRASIL

unitiva/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/2/%2520?uuid=21754b80-f552-11ea-b06c-35dba8f55b0f. Acesso em: 12set2020.

..... **Acórdão 2.430/2020 – Plenário.** Processo: 027.735/2018-4. Tomada de Contas Especial. Relator(a): Ministro-Substituto ANDRÉ DE CARVALHO. Data da Sessão: 09/09/2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/prescri%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520da%2520pretens%25C3%25A3o%2520punitiva/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=21754b80-f552-11ea-b06c-35dba8f55b0f>. Acesso em: 12set2020.

..... **Acórdão 1.644/2019 – Primeira Câmara.** Processo: 009.729/2004-0. Prestação de Contas. Relator(a): Ministro BENJAMIN ZYMLER. Data da Sessão: 19/02/2019. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1644%2520ANOACORDAO%253A2019/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/2/%2520?uuid=f5fd8870-f1cb-11ea-9449-f33097615c61. Acesso em: 07set2020.

..... **Acórdão 8.206/2020 – Primeira Câmara.** Processo: 000.658/2019-7. Tomada de Contas Especial. Relator(a): Ministro WEDER DE OLIVEIRA. Data da Sessão: 28/07/2020. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A8206%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1/%2520?uuid=d4c34a70-f390-11ea-a95b-bbeb54ccdcf1. Acesso em: 09set2020.

..... **Acórdão 08/1997 – Segunda Câmara.** Processo: 224.002/94-5. Tomada de Contas Especial. Relator(a): Ministro ADHEMAR PALADINI GHISI. Data da Sessão: 30/01/1997. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A08%2520ANOACORDAO%253A1997/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/3>. Acesso em: 10ago2020.

..... **Acórdão 929/2019 – Segunda Câmara.** Processo: 002.154/2015-3. Tomada de Contas Especial. Relator(a): Ministra ANA ARRAES. Data da Sessão: 19/02/2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/dolo%2520ou%2520culpa%2520e%2520grada%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520e%2520indenizar/ANOACORDAO%253A%25222019%2522/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/4/%2520?uuid=fee02580-ed5f-11ea-990b-0d9da64c8371>. Acesso em: 02set2020.

..... **Acórdão 4.397/2020 – Segunda Câmara.** Processo: 031.367/2019-4. Aposentadoria. Relator(a): Ministro Raimundo Carreiro. Data da Sessão: 23/04/2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/4397/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/2/%2520?uuid=ed518630-f38e-11ea-a05c-1f95fa6509df>. Acesso em: 09set2020.

..... **Acórdão 6.589/2020 – Segunda Câmara.** Processo: 030.807/2015-8. Tomada de Contas Especial. Relator(a): Ministro RAIMUNDO CARREIRO. Data da Sessão: 16/06/2020. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A6589%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1/%2520?uuid=648a4540-efaf-11ea-a503-6f7a7c2af2e9. Acesso em: 05set2020.

_____. **Instrução Normativa – TCU Nº 78, de 21 de março de 2018.** Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/ato-normativo/in%252078%252F2018/%2520/score%2520desc/0/%2520?uuid=ed518630-f38e-11ea-a05c-1f95fa6509df>. Acesso em: 10set2020.

_____. **Súmula TCU 199:** “Salvo por sua determinação, não podem ser cancelados pela autoridade administrativa concedente, os atos originários ou de alterações, relativos a aposentadoria, reformas e pensões, já registrados pelo Tribunal de Contas, ao apreciar-lhes a legalidade, no uso da sua competência constitucional”. disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/sumula/*/NUMERO%253A199/sinonimos%253Dtrue. Acesso em: 09set2020.

_____. **Súmula TCU 278:** “Os atos de aposentadoria, reforma e pensão têm natureza jurídica de atos complexos, razão pela qual os prazos decadenciais a que se referem o § 2º do art. 260 do Regimento Interno e o art. 54 da Lei nº 9.784/99 começam a fluir a partir do momento em que se aperfeiçoam com a decisão do TCU que os considera legais ou ilegais, respectivamente”. Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/sumula/S%25C3%25BAmula%2520TCU%2520278/%2520/sinonimos%253Dtrue?ts=1598801181309&pb=acordao-completo>. Acesso em: 25ago2020.

_____. **Súmula TCU 282:** “As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis”. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/sumula/*/NUMERO%253A282/sinonimos%253Dtrue. Acesso em: 25ago2020.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, R. S. **Os efeitos da sentença no processo civil brasileiro**. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/os-efeitos-da-sentenca-no-processo-civil-brasileiro/#_ednref1. Acesso em: 21ago2020.

CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de direito administrativo**. 26ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CHIAVENATO, I. **Introdução à teoria geral da administração:** uma visão abrangente da moderna administração das organizações. 7ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

COUTINHO, D. M. **A lei e a emancipação no processo de contas:** os órgãos de controle externo exercem sua jurisdição de contas independente das demais. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-lei-e-a-emancipacao-no-processo-de-contas-12072018>. Acesso em 11ago2020.

DIDIER JR, F. **Curso de direito processual civil, vol. 1:** introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ed. Salvador: Juspodium, 2015.

_____. **O direito de ação como complexo de situações jurídicas**. Disponível: <http://www.frediedidier.com.br/artigos/o-direito-de-acao-como-complexo-de-situacoes-juridicas%C2%B9/>. Acesso em: 06ago2020.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro, v. 4: direito das coisas**. 22ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 27ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DONIZETTI, E. **Curso didático de direito processual civil**. 18ed. São Paulo: Atlas, 2014.

EHRHARDT JÚNIOR, M.; RODRIGUES, R. S. *Efeitos do transcurso do tempo e a polêmica sobre a prescrição das multas nos tribunais de contas: a aplicação da lei n. 9.873/1999 por analogia*. **Seqüência: estudos jurídicos e políticos**, v. 39, n. 79. Florianópolis: nov. 2018, pp. 89-118. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2018v39n79p89>. Acesso em: 12 set. 2020.

ENGLISCH, K. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. 10ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

FERREIRA, V. M. P. *O dolo da improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública*. **Revista Direito GV**, v. 15, n. 3, e1937. São Paulo, 2019. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000300211&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 03set2020.

FREITAS, J. *As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração*. **Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**. Vol. 35 n.1 jan./jun.2015, pp. 195-217. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/2079>. Acesso em 07ago2020.

_____.; MILESKE, H. S. **Manual de Boas Práticas Processuais dos Tribunais de Contas**. Brasília-DF; Cuiabá-MT: ATRICON; Instituto Rui Barbosa; TCE-SC, 2013. Disponível em: http://www.atricon.org.br/wp-content/uploads/2014/01/ATRICON_-_Manual-de-Boas-Praticas-digital.pdf. Acesso em: 19ago2020.

GARCIA, E.; ALVES, R. P. **Improbidade administrativa**. 9ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (livro digital – e-pub).

GARCIA, M. N. **Responsabilidade do agente público**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GUERRA, E. M. **Controle externo da Administração Pública**. 4ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

_____.; PAULA, D. M. **A função jurisdicional dos Tribunais de Contas**. Disponível em: <http://www.tce.ce.gov.br/component/jdownloads/finish/321-revista-controle-volume-x-n-2-jul-dez-2012/2067-artigo-3-a-funcao-jurisdicional-dos-tribunais-de-contas?Itemid=592>. Acesso em 10ago2020.

INSTITUTO RUI BARBOSA. **Normas de auditoria governamental – NAGs: aplicáveis ao controle externo brasileiro**. Tocantins: IRB, 2011, p. 13. Disponível em: https://irbcontas.org.br/wp-content/uploads/2020/04/Normas_de_Auditoria_Governamental_-_NAG.IRB_.pdf. Acesso em 02set2020.

JACOBY FERNANDES, J. U. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 4ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

JAYME, F. G. **A competência jurisdicional dos Tribunais de Contas no Brasil**. Disponível em: https://www.ufmg.br/pfufmg/index.php/artigos/doc_download/43-a-competencia-jurisdicional-dos-tribunais-de-contas-no-brasil-. Acesso em: 10ago2020.

JORDÃO, E. *Art. 22 da LINDB – Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro*. **Revista de Direito Administrativo**. Edição especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018). Rio de Janeiro: nov2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77650/74313>. Acesso em: 04set2020.

LEAL, F. A. R.; MENDONÇA, J. V. S. (org.) **Transformações do direito administrativo: consequentialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2016.

LIMA, L. H. **Controle externo: teoria e jurisprudência para os tribunais de contas**. 7ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

MANCUSO, R. C. **Ação popular**. 4.ed. São Paulo: RT, 2001.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *A teoria da separação de poderes e a divisão das funções autônomas no Estado contemporâneo – o Tribunal de Contas como integrantes de um poder autônomo de fiscalização*. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v. 71 – n. 2 – ano XXVII, abr/mai/jun de 2009, pp. 96-97. Disponível em: <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/559.pdf>. Acesso em: 10ago2020.

MELLO, C. A. B. **Curso de direito administrativo**. 30ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, M. B. **Teoria do fato jurídico**. 3ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

NEISSER, F. G. **Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

OLIVEIRA, O. C. *Diante do princípio federativo, seria constitucional uma lei nacional de processo dos tribunais de contas?* **Revista do Tribunal de Contas da União**, ano 40, n. 113, setembro/dezembro 2008, pp. 13-32. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/issue/view/20>. Acesso em 18ago2020.

OSÓRIO, F. M. **Direito administrativo sancionador**. 6ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PEREIRA, F. H. U. *Artigo 20*. In: PEREIRA, F. H. U. (Coord.) **Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática**. Brasília: Senado Federal, 2015, p. 18. Disponível em: <http://anastasia.com.br/wp-content/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf>. Acesso em: 04set2020.

RONDÔNIA. Tribunal de Contas do Estado de Rondônia. **Acórdão APL-TC 380/17**. Processo: 1449/16. Direito de Petição. Relator: Conselheiro WILBER CARLOS DOS SANTOS COIMBRA. Órgão: Tribunal Pleno. Data da sessão: 17/08/2017. Disponível em: <http://setorial.tce.ro.gov.br/jurisprudencia/acordaos-e-pareceres/>. Acesso em: 10ago2020.

_____. **Acórdão APL-TC 75/18.** Processo: 3682/17. Recurso de Reconsideração. Relator: Conselheiro JOSÉ EULER POTYGUARA PEREIRA DE MELLO. Órgão: Tribunal Pleno. Data da sessão: 22/03/2018. Disponível em: <http://setorial.tce.ro.gov.br/jurisprudencia/acordaos-e-pareceres/>. Acesso em: 10ago2020.

_____. **Decisão Normativa n. 01/2018/TCE-RO,** que estabelece diretrizes para a aplicação, por analogia, da Lei n. 9.873/1999, no que diz respeito à prescrição da pretensão punitiva no âmbito dos processos daquela Corte. Disponível em: <http://www.tce.ro.gov.br/tribunal/legislacao/arquivos/DeNo-1-2018.pdf>. Acesso em: 10ago2020.

SALLES, J. C. M. **Usucapião de bens imóveis e móveis.** 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, A. V. F. **Princípios pamprocessuais ou metaprocessuais:** normas fundamentais do CPC – princípios de todo processo. Salvador: Juspodium, 2018.

SILVA, J. A. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 3ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Curso de direito constitucional positivo.** 29ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SIMÕES, M. E. **Ação em sentido material ainda existe em nosso ordenamento jurídico? (Parte 1).** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-mai-16/direito-civil-atual-acao-sentido-material-ainda-existe-nosso-sistema-parte#_ftnref6. Acesso em 18ago2020.

_____. **Ação em sentido material ainda existe em nosso ordenamento jurídico? (Parte 2).** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-mai-23/direito-civil-atual-acao-sentido-material-ainda-existe-nosso-sistema-juridico-parte#_ftn4. Acesso em 18ago2020.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. **Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789.** Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em 15ago2020.

VIANA, I. **Fundamentos do processo de controle externo:** uma interpretação sistematizada do texto constitucional aplicada à processualização das competências dos Tribunais de Contas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

WARAT, L. A. **Introdução geral ao direito II:** a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

_____. *Saber crítico e senso comum teórico dos juristas.* **Seqüência:** estudos jurídicos e políticos. Florianópolis: jan. 1982, p. 48-57. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121/15692>. Acesso em: 01set 2020.

ZANETI JR, H. **A eficácia constitutiva da sentença, as sentenças de eficácia preponderantemente constitutiva e a força normativa do comando judicial.** S/d. Disponível

em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Hermes%20Zaneti%20Jr%20-%20formatado.pdf>.
Acesso em 21ago2020.

(MINUTA)

RESOLUÇÃO ATRICON Nº */2020**

Dispõe sobre a prescrição das pretensões de registro de atos de pessoal, de aplicação de sanções, e de ressarcimento ao erário nos processos de controle externo de competência dos Tribunais de Contas do Brasil.

A ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL – ATRICON, com supedâneo nos arts. 2.º, inciso III; 5.º, incisos II e III; 14, inciso XI, alínea “b”, todos do seu Estatuto, assim como no art. 60, inciso I, alínea “c”, de seu Regimento Interno, e

CONSIDERANDO as competências do Tribunal de Contas da União expressas nos incisos II, III, VIII, IX e XI do art. 71, extensíveis às demais Cortes de Contas brasileiras por força do art. 75, ambos da Constituição da República;

CONSIDERANDO a eficácia de título executivo das decisões dos Tribunais de Contas de que resultem imputação de débito ou multa, consoante o disposto no § 3.º do art. 71 supracitado;

CONSIDERANDO que a responsabilização de todo e qualquer agente que utilize, guarde, gere, administre ou aplique recursos públicos, bem dos que que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário, pode acarretar consequências de natureza política, indenizatória e sancionatória;

CONSIDERANDO a fixação de tese jurídica de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 636.553/RS, segundo a qual “Em atenção aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, os Tribunais de Contas estão sujeitos ao prazo de 5 anos para o julgamento da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, a contar da chegada do processo à respectiva Corte de Contas”;

CONSIDERANDO a fixação de tese jurídica de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 852.475/SP, segundo a qual “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”;

CONSIDERANDO a fixação de tese jurídica de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 636.886/AL, segundo a qual “É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”;

RESOLVE RECOMENDAR A TODOS OS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL QUE ADOTEM OS PRECEITOS A SEGUIR:

Art. 1.º Prescrevem em cinco anos as pretensões punitiva, ressarcitória e de registro do Tribunal de Contas nos feitos de qualquer natureza a seu cargo.

§ 1.º Quando o ilícito sujeito à fiscalização do Tribunal de Contas também constituir crime, a prescrição da pretensão punitiva reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal.

§ 2.º A prescrição será decretada, após manifestação do Ministério Público de Contas, nos termos do Regimento Interno:

I – de ofício;

II – mediante provocação do Ministério Público de Contas; ou

III – a requerimento de qualquer interessado.

Art. 3.º Considera-se como termo inicial para a contagem do prazo prescricional:

I – o dia seguinte ao término do prazo para envio da prestação de contas anual ou do prazo, definido em lei ou ato normativo, para o envio de processos, documentos e informações ao Tribunal de Contas;

II – a data da autuação do feito no Tribunal de Contas, nos demais casos em que for obrigatório o envio de processos, documentos e informações, incluindo os atos de pessoal sujeitos a registro;

III – a data da ocorrência do fato; ou

IV – no caso de infração permanente ou continuada, o dia em que tiver cessado.

Art. 4.º Interrompe-se o prazo prescricional, voltando a correr, por inteiro:

I – da citação válida do responsável;

II – da primeira decisão de mérito recorrível;

Art. 5.º Suspende-se o prazo prescricional, voltando a correr pelo tempo restante para completar cinco anos:

I – durante o sobrestamento do trâmite processual, determinado pelo Relator ou pelo Tribunal:

- a) para cumprimento de diligência necessária ao saneamento do feito;
- b) até que sobrevenha decisão sobre questão prejudicial que seja objeto de outro processo.

II – durante a vigência de Termo de Ajustamento de Gestão.

Art. 6.º A prescrição da pretensão punitiva, ressarcitória ou de registro não impede:

I – a atuação fiscalizadora do Tribunal sobre os mesmos fatos, ou sobre fatos com estes conexos;

II – o julgamento das contas respectivas;

III – a determinação para adoção das medidas corretivas pertinentes; e

IV – a representação ao Poder competente sobre irregularidades apuradas para as providências cabíveis.

Art. 7.º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, prevalecendo as recomendações nela contidas até que sobrevenha eventual alteração da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Brasília, 15 de setembro de 2020.

Fábio Túlio Filgueiras Nogueira

Presidente

A força extintiva da prescrição do dano ao erário e as decisões dos Tribunais de Contas: nem tudo é jogo de soma zero¹

André Luiz de Matos Gonçalves

Doutor em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (Uniceub). Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Graduado no Curso de Comunicações pela Academia Militar das Agulhas Negras e em Direito pela Universidade de Fortaleza. Conselheiro Titular da Segunda Relatoria do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins. Sócio fundador do Instituto de Direito Aplicado ao Setor Público (IDASP). Professor do Centro Universitário Maurício de Nassau (UNINASSAU – Campus Palmas).

Resumo: O presente artigo tem como objetivo, por meio de análises de decisões judiciais e revisão bibliográfica, investigar, a partir de diversas decisões da mais alta Corte do país, a possibilidade ou não da incidência da prescrição do direito do Controle Externo, representado pelo TCU, de apurar danos causados ao erário por meio de Tomada de Contas Especiais, ultrapassado o prazo de cinco anos. O eixo central para o deslinde da questão reside na possibilidade ou não de apuração, na quadra administrativa, dos atos dolosos de improbidade administrativa que, segundo o STF, representam requisito indispensável para a imprescritibilidade do dano ao erário.

Palavras-chave: Prescrição. Dano ao erário. Tribunais de Contas. Precedentes.

Sumário: 1 Introdução – 2 Comentários laterais no RE nº 636.886-AL e a tendência jurisprudencial sobre a prescrição incidente nos processos de apuração em Tomadas de Contas Especiais – 3 Conclusões – Referências

1 Introdução

O decurso do tempo possui influência incontestável sobre a aquisição ou extinção do direito e é neste ambiente que o exame da prescrição da pretensão punitiva ou ressarcitória, levado a efeito pelos Tribunais de Contas nas Tomadas de Contas Especiais, tem vez. Trata-se de instituto de direito material cujo termo inicial é fixado no momento do dano ao erário ensejado a partir da violação de normas jurídicas de direito administrativo.

Ao explicar do que se trata a prescrição, Pontes de Miranda² esclarece que a prescrição é defesa, é exceção, contra quem não exerceu um direito durante um lapso de tempo fixado na norma. Pois bem, a questão que será debatida é exatamente essa, qual é esse prazo para o exercício das atribuições fiscalizatórias constitucionais dos Tribunais de Contas no levantamento dos danos e na imputação de responsabilidade? Ou não há prazo de exercício, já que até bem pouco tempo, com base no art. 37, §5º da CF, era reinante a compreensão de que os bens públicos, de qualquer natureza, eram imprescritíveis?

Ainda que o presente exame acadêmico reconheça a seriedade dos argumentos dos que afirmam que a jurisprudência não pode ser considerada – do ponto de vista científico – fonte formal do direito,³ esta deve ser tomada, ao menos, como fonte intelectual. A realidade é que a jurisprudência do STF vem se revelando cada vez mais como fonte criadora do direito, sobretudo na quadra do controle externo brasileiro, em que o STF vem ultrapassando com muita frequência a seara puramente judicante para examinar categorias de jaez teórico, como se verá nas reflexões aqui traçadas

¹ Na teoria dos jogos, representa uma dinâmica em que as perdas de um jogador correspondem aos ganhos do outro. FIANI, Ronaldo. *Teoria dos jogos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 34.

² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsói, 1970, Tomo VI, p. 100.

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 30. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2017, p. 38.

sobre a natureza objetiva ou subjetiva dos processos de Tomadas de Contas, e da possibilidade ou não do exercício pleno do contraditório no que concerne à apuração do dolo, requisito de imprescritibilidade conforme estabelecido no tema 897.

O exame das teses com repercussão geral, expedidas pela mais alta Corte do país, possui também uma nobre função de estabilização, na medida em que contribui para a segurança jurídica e a proteção da confiança na aplicação do direito. Há também desengano da tarefa de fundamentação, na medida em que assentada a compreensão fundamentada, justificada, o que remanesce com ônus de justificação é a segregação dos fatos especiais.

Enunciados dogmáticos, como o que afirma serem imprescritíveis os danos contra fazenda pública, vêm passando por transformações por razões sistemático-conceituais em face de novas situações que reclamam soluções alternativas em prol da racionalidade, por exemplo, a tramitação de um processo de apuração, sem prazo certo, nas Cortes de Contas, o que parece incompatível com a exigência de consistência e com o princípio da universalidade.⁴

No presente ensaio, não houve preocupação em diferenciar os institutos afins da prescrição e da decadência, o que se poderá observar nas passagens em que são citados os dois institutos. O critério diferenciador posicionou-se no campo da incidência, verificando-se nas citações proferidas pelo Min. Gilmar Mendes,⁵ que, segundo entende, a prescrição atinge diretamente a ação e, por via oblíqua, faz desaparecer o direito tutelado, ou seja, fazendo perecer a ação de persecução pela Corte de Contas de apuração de eventual prejuízo.

2 Comentários laterais no RE nº 636.886-AL e a tendência jurisprudencial sobre a prescrição incidente nos processos de apuração em Tomadas de Contas Especiais

Ao decidir a questão posta no RE nº 636.886-AL, a qual tratou sobre execução fundada em acórdão do TCU, especificamente quanto à (im) prescritibilidade incidente na execução judicial do título produzido pela Corte, voltada ao ressarcimento em face de prejuízo gerado contra o erário público, nos termos §4º do art. 40 da Lei nº 6.830/80⁶ e com figurino constitucional no art. 37, §5º, o ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal, teceu comentários laterais sobre a possibilidade da prescrição nos processos de Tomada de Contas Especiais em curso no Tribunais de Contas da União.

Tal argumentação se deu em face dos dados trazidos pela União sobre a tramitação de processos no TCU e os decorrentes riscos aos cofres públicos pela eventual impossibilidade de reparação dos danos, caso a tese da prescritibilidade no quinquênio fosse firmada. Em memoriais, colacionados aos autos do processo, a AGU aduziu que “o Tribunal de Contas da União tem envidado esforços no sentido de aperfeiçoar o seu processo de trabalho, melhorando a eficiência e aumentando a agilidade em sua tramitação”. Afirmou, ainda, a União, ter havido significativa “redução do estoque de processos, diminuição do tempo e melhora nos resultados” na Corte de Contas Federal.

No encadeamento dos seus argumentos nos aludidos memoriais, juntados aos autos do processo do RE nº 636.886-AL, alertava, à oportunidade, a advocacia federal que, caso viesse “a ser considerado o prazo prescricional de 5 anos, a maior parte dos processos e dos valores dos débitos imputados já chegariam ao Tribunal prescritos. Se considerado o período entre a data do fato gerador e a autuação do processo no TCU, quase 60% dos recursos relativos aos débitos dos processos (equivalente a R\$7,28 bilhões) já estariam prescritos antes mesmo do início da autuação; 23,5% do volume desses recursos já conteriam

⁴ Segundo Sanches, trata-se de um “princípio orçamentário clássico, de origem francesa, segundo o qual todas as receitas e todas as despesas devem ser incluídas na lei orçamentária”. SANCHES, Osvaldo Maldonado. *Dicionário de orçamento, planejamento e áreas afins*. 2. ed. atual. e ampl. Brasília: OMS, 2004, p. 372.

⁵ BRASIL, Superior Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 636.886-ALagoas*. Recorrente: União. Recorrida: Vanda Maria Menezes Barbosa. Relator: Min. Alexandre de Moraes. *Inteiro Teor do Acórdão*. Brasília, 20 abr. 2020, p. 29-40.

⁶ O dispositivo em questão trata da prescrição intercorrente que ocorre nas execuções levadas a efeito no rito da lei de execuções fiscais em que, como o processo de execução dos títulos expedidos pelos tribunais de contas em razão de danos apurados contra o erário, a advocacia pública permanece inerte fazendo com que a pretensão estatal de reparação se perca.

pelo menos uma parcela do débito prescrita; e apenas 15,52% do total de recursos relativos aos débitos são provenientes de processos cujas parcelas não estariam prescritas no momento da atuação no TCU”.

Àquele momento, arrazoando sobre o termo inicial para contagem do prazo prescricional, a AGU buscou desobscurecer ao STF que, se o marco temporal considerado fosse “a primeira deliberação por citação no processo de TCE, 64,5% dos valores dos débitos, equivalente a R\$7,94 bilhões de reais, teriam todas as parcelas prescritas antes da primeira citação; 24,27% dos recursos teriam ao menos uma parcela prescrita; e apenas 11,23% dos recursos não teriam nenhuma parcela prescrita”.⁷

É necessário circunscrever, outrossim, antes do exame das transcrições do recurso extraordinário em questão, que o teor deste ensaio não tratará especificamente do conteúdo da tese firmada⁸ no RE nº 636.886-AL, voltada ao exame da possibilidade ou não da prescrição do dano ao erário da execução propriamente dita, segundo o rito da Lei de Execuções Fiscais, mas dirá respeito à possibilidade de prescrição incidente sobre os processos em curso nos próprios Tribunais de Contas, ou seja, antes mesmo da constituição do mencionado título lastreado no art. 71, §3º da Constituição.

Disse o ministro, em resposta aos argumentos da AGU acima transcritos: “Em primeiro lugar, cabe ao Tribunal de Contas, de modo geral, envia-los esforços para que haja redução de tempo na referida Corte. Penso não ser legítimo o sacrifício de direitos fundamentais do indivíduo, como forma de compensar a ineficiência da Máquina Pública”.⁹

Ao que se pode observar, o STF expõe, embora não seja diretamente o objeto da questão a ser decidida, haver necessidade de prazo para o transcurso das apurações de eventuais danos ao erário, visto que o processo administrativo de apuração não pode estar, como nenhum outro pode, fora do alcance do decurso temporal extintivo do

direito que, no caso específico das Tomadas de Contas Especiais,¹⁰ concerne à liquidação do débito e à correspondente sanção dos responsáveis, poderes concedidos constitucionalmente ao Tribunal de Contas da União e, por simetria, às demais Cortes de controle externo estaduais e municipais, onde houver.

Ainda argumentando lateralmente em resposta a AGU, o Ministro Alexandre fundamenta: “Em segundo lugar, conforme detalhei no início do voto, o direito oferece um caminho, para as objeções suscitadas pela nobre procuradora: ex-surgindo elementos consistentes da atuação consciente e dolosa,¹¹ no sentido da má gestão e de dilapidação do patrimônio público, abre-se a possibilidade de ajuizamento da ação civil pública por atos de improbidade administrativa, na qual (a) os acusados terão plenas oportunidades de defesa e (b) a condenação de ressarcimento, comprovado o agir doloso, será imprescritível, na forma da jurisprudência dessa corte.”¹²

É necessário ponderar que os transcritos, empregados na decisão, não estão direcionados, com seus fundamentos definitivos, à orientação que pode ser aplicada diretamente a casos futuros de processos em trâmite nas Cortes de Contas, ou seja, não se trata, os argumentos expendidos em resposta à provocação da União, nas passagens mencionadas, de *ratio decidendi* ou *holding*. É de se reconhecer que são, em verdade, argumentos marginais, mas que estão fortemente presentes no argumento central da questão decidida, embora, reitere-se, sem a força transcendente

⁷ BRASIL, Superior Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 636.886-ALagoas*. Recorrente: União. Recorrida: Vanda Maria Menezes Barbosa. Relator: Min. Alexandre de Moraes. *Síntese do Memorial da Advocacia Geral da União*. Brasília, 16 de abril de 2020, p. 2-3.

⁸ Foi fixada a seguinte tese: “É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”.

⁹ BRASIL, Superior Tribunal Federal, *op. cit.*, p. 29-40.

¹⁰ Segundo leciona o administrativista Jacoby sobre a Tomada de Contas Especial e a prestação de contas, “A tomada de contas e a prestação de contas nada mais são que um conjunto de demonstrativos contábeis e gerenciais elaborados pelo órgão de contabilidade com a participação do controle interno e do gestor ou gestores responsáveis.”

Jacoby explica ainda que a “Tomada de contas especial é um processo excepcional de natureza administrativa que visa apurar responsabilidade por omissão ou irregularidade no dever de prestar contas ou por dano causado ao erário”. Ainda nesse mesmo entendimento, o referido administrativista leciona sobre as fases da Tomada de Contas Especial, “[...] é, na fase interna, um procedimento de caráter excepcional que visa determinar a regularidade na guarda e na aplicação de recursos públicos e, diante da irregularidade, na fase externa, um processo para julgamento da conduta dos agentes públicos”. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tomada de contas especial: processo e procedimento nos tribunais de contas e na Administração Pública*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 53.

¹¹ No RE nº 852.475/18, apreciando o tema 897 da repercussão geral, fora firmada a tese de que “são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificada na lei de improbidade administrativa”.

¹² BRASIL, Superior Tribunal Federal, *op. cit.*, p. 16.

que a condição que ostentam, de *obter dictum*, não pode alcançar.

Após a decisão do STF no RE nº 636.886-AL, o TCU, na Tomada de Contas Especial nº 019.366/2019-1,¹³ em face da omissão no dever de prestar contas de recursos recebidos do Fundo Nacional de Assistência Social, no exercício de 2010, e da revelia no processo administrativo diante das Cortes de Contas federal, tratou de alguns temas cujo exame são relevantes para as reflexões propostas no presente ensaio, em cotejo com as ponderações feitas até aqui.

No caso concreto, o fundamento da instauração da Tomada de Contas Especial foi a omissão no dever de prestar contas, concluindo-se, no processo administrativo, que o prefeito deveria restituir aos cofres da prefeitura de Campinorte/GO a importância de R\$133.275, dada a sua condição de gestor dos interesses públicos e a inadimplência da sua obrigação constitucional de comprovar a boa e regular aplicação dos recursos federais repassados.¹⁴

Importante observar que a conduta é de natureza omissiva e que o nexo de causalidade estabelecido no aludido julgado administrativo é descrito a partir da impossibilidade da constatação do emprego dos recursos recebidos na política pública a qual se destinavam, em face da não prestação de contas na forma e no prazo devido, supondo-se, assim, que o prefeito municipal tinha consciência da ilicitude da sua omissão.

No caso concreto, reitera-se, a violação do dever constitucional de prestar contas traduz-se, na visão do controle, segundo o TCU, em uma violação central dos princípios regentes da Administração Pública, com especial efeito a transparência, conduzindo as análises para a conclusão de que a totalidade dos recursos públicos federais supostamente foi desviada pelo próprio gestor ou por pessoas escolhidas por ele, o que se traduz em culpa grave na medida em que as suas ações se distanciam da conduta esperada de um gestor médio.

¹³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial nº 019.366/2019-1. Interessado: Secretaria Especial do Desenvolvimento Social. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. *Acórdão nº 1482/2020* – Plenário. Brasília, 10 de junho de 2020.

¹⁴ Decreto-Lei nº 200/1967: “Quem quer que utilize dinheiros públicos terá de justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes”.

No contexto apresentado, a instrução processual ressentia-se da ausência de defesa, ante a revelia, concluindo-se, portanto, que nos autos não há nada capaz de levar a conclusão de que houve boa-fé do jurisdicionado, tampouco excludentes de culpabilidade. Nesse sentido, a decisão reafirma a Súmula TCU nº 282,¹⁵ na medida em que é imprescritível a ação de ressarcimento ao erário e, por conseguinte, considerado irrelevante o momento em que ocorreram os atos irregulares.

Importa perceber que na decisão houve esforço de subsunção do caso concreto à Lei de Improbidade Administrativa, sob o argumento de que esta prevê, no art. 11, inciso VI, segundo o fundamento do acórdão, como ato de improbidade administrativa, a ausência de prestação de contas por quem esteja obrigado a fazê-lo. Tal omissão representaria atentado contra os princípios da administração, o que levaria à imprescritibilidade ressalvada pelo Supremo Tribunal Federal (STF)¹⁶ como exceção à regra constitucional da prescritibilidade.

É relevante perceber, no entanto, que o ato omissivo contido no art. 11, inciso VI da Lei de Improbidade Administrativa (LIA), exige, para além da prática elementar, o elemento subjetivo do tipo, sem o qual não se poderá afirmar que a conduta do agente foi direcionada ao desígnio de causar prejuízo ou de atos de corrupção, sobretudo quando o dolo é único elemento capaz de quebrar a regra constitucional da prescritibilidade, já que somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, conforme ficou assentado na tese fixada no RE nº 852.475/SP.¹⁷

Como afirmou o Min. Luiz Fux,¹⁸ não é o ato de um administrador inepto que se traduz em ato doloso de improbidade. Corroborando, o ministro

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Súmula nº 282*. In: Súmulas nº 001 a 289. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25753C20F0157679AA5617071&inline=1>. Acesso em: 07 ago. 2020.

¹⁶ É interessante perceber que a decisão, ao mesmo tempo que busca adequar-se a tese de imprescritibilidade, quando há ato de improbidade, neste caso, culpa grave, não deixa de mencionar o MS nº 26.210/08, o qual estabeleceu o entendimento de imprescritibilidade com fulcro no art. 37, §5º da CF, indistintamente, sempre que em questão as ações de ressarcimento ao erário fundadas em débitos oriundos apreciados nas Cortes de Contas.

¹⁷ BRASIL, Superior Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 852475*. São Paulo. Recorrente: Ministério Público de São Paulo. Recorrido: Antônio Carlos Coltri e outro. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 08 de agosto de 2018.

¹⁸ BRASIL, *op. cit.*, p. 121.

Luís Roberto Barroso¹⁹ asseverou que, quando está falando de dolo, refere-se a “enriquecimento ilícito, favorecimento ilícito de terceiros ou ao cometimento de dano intencional à Administração Pública”, de modo que a ausência de prestação de contas, algo até certo ponto corriqueiro no dia a dia das Cortes de Contas pelo país, não parece amoldar-se na mesma visão de dolo capaz de levar a imprescritibilidade que têm os ministros do STF receosos com qualquer interpretação capazes de conduzir a responsabilização objetiva. Com efeito, na ideia de improbidade está impregnada a eiva da prática de corrupção, como explicou o Min. Alexandre de Moraes no exame do tema 897.²⁰

Entre os argumentos na TCnº019.366/2019-1, destacou-se que a decisão no RE nº 636.886-AL teve como eixo central a execução do débito perante o Poder Judiciário, sobrelevando-se que a prescrição somente incide sobre o título produzido pela Corte, ou seja, não há qualquer referência ao processo de formação do título executivo. Nesse sentido, cita a Lei nº 6.830/80 como norma adequada para a cobrança judicial da dívida ativa da fazenda pública, no interregno de 5 anos, sob pena de prescrição intercorrente.

Como condição de procedibilidade no caso concreto, nos termos da IN/TCU 71/2012,²¹ o acórdão da Corte administrativa examinou se houve ou não, entre o fato gerador e a citação do responsável, o decurso de mais de 10 anos, concluindo que não haveria prejuízo ao contraditório e à ampla defesa, em face da observância do contido no art. 6º, inciso II, c/c art. 19 da aludida instrução normativa, modificada em 2016 pela IN nº 76.

No TCU, o prazo de 10 anos para prescrição decorre do acórdão nº 1.441/2016-TCU-Plenário, no qual restou assentado que o art. 205 do Código Civil fornece a melhor integração analógica²² para contagem do prazo, com termo inicial na ocorrência da irregularidade, art. 189, também do Diploma Civil, com as devidas interrupções em face da citação, audiência ou oitiva dos responsáveis.

Sobre o prazo decenal, cumpre registrar a opinião do Min. Luiz Roberto,²³ que, mesmo tendo refluído em outros pontos do voto do Min. Alexandre de Moraes, asseverou que o prazo de 10 anos, extraído do Código Civil, contado da data do fato, acaba sendo menor que o prazo da lei de improbidade, o qual prevê 5 anos após o conhecimento do fato. Conclui que o prazo de cinco anos, contados do fato, é muito mais alargado que dez anos como termo inicial contado do conhecimento do fato.

É relevante pontuar, antes dos fundamentos do TCU acerca do prazo decenal, que o STF, no RE nº 852.475,²⁴ estabeleceu que, na ponderação entre os princípios da indisponibilidade do interesse público e da segurança jurídica, teria maior peso o prazo prescricional de cinco anos extraído da quadra das pretensões de cobrança relativas a créditos públicos. Como fundamento para essa posição, foram utilizados o art. 23 da Lei nº 8.429/92; o inciso I do art. 142 da Lei nº 8.112/90, art. 53 e 54 da Lei nº 9.784/99, art. 1º e 1º-A da Lei nº 9.873/99; art. 25 da Lei nº 12.846/13 e art. 1º e 2º do Decreto nº 20.910/32, todos com prazo de cinco anos com termo inicial na data em que o fato tornou-se conhecido.

Importa compreender que as lacunas e imprecisões terminológicas da norma, ainda que de jaez constitucional, como é o caso do art. 37, §5º da CF, e a questão dos termos da prescritibilidade do dano ao erário sempre devem desaguar na completude do sistema jurídico, esse foi o recurso empregado pelo STF ao buscar o conjunto de normas mais adequadas à solução da questão do prazo prescricional, com especial efeito o entendimento de que as normas de direito público referem-se “às coisas do Estado” e as normas de direito privado pertence à “utilidade das pessoas”, remontando essa divisão ao direito romano.²⁵

Com efeito, no que tange à ponderação entre os princípios da indisponibilidade do interesse público e da segurança jurídica, cabe empregar a “lei da ponderação”,²⁶ a qual prescreve que quanto maior o grau da não satisfação de um princípio, maior deve ser a relevância da satisfação

¹⁹ BRASIL, *op. cit.*, p. 151.

²⁰ BRASIL, *op. cit.*, p. 125.

²¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Instrução Normativa nº 71*, de 28 de novembro de 2012. *DOU*, 05 dez. 2012 (nº 234, Seção 1, pág. 120).

²² O emprego do Código Civil como fonte formal para obtenção do prazo prescricional de 10 anos não reflete a imperatividade que as normas de ordem pública possuem, pois estas são essencialmente cogentes, afastando-se do caráter permissivo e supletivo que as normas de índole privada possuem, contexto em que o Código Civil se insere.

²³ BRASIL, Superior Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 852.475*, *op. cit.*, p. 50.

²⁴ BRASIL, Superior Tribunal Federal, *op. cit.*, p. 106.

²⁵ “Ius publicum est quod ad statum rei romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem” (Digesto, Livro I, Título I, §2º).

²⁶ Alexy formulou uma lei que se aplica a todas as ponderações de princípios, a chamada “lei da ponderação”, que prescreve

do outro, privilegiando-se o interesse do particular em detrimento do interesse do Estado em prazos mais alargados.

Relevante, sobre os princípios, alcançar que estes não têm a “pretensão de exclusividade”, ou seja, o significado real dos princípios se desenvolve por um processo que envolve complementações e valorações, cujo conteúdo material deve ser aplicável concretamente. Contudo, não se pode esquecer de que o plano das valorações é mais adequado quando realizado pelo legislador e, somente depois, pelo juiz. Em termos diretos, a questão inerente à prescrição incidente sobre processos em curso nas Cortes de Contas carece, sim, de atuação legislante.

Entre os mecanismos de integração da norma, em que se apresentam o Código Civil e o conjunto de normas referenciado acima, cumpre observar que a melhor saída será a hipótese de aplicação de normas protetivas da pessoa humana, prodigamente previstas na Constituição Federal em forma de princípios, promovendo-se, assim, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Contudo, mesmo considerando puramente o interesse público em um prazo mais alongado para apuração, a objeção que se coloca passa necessariamente pela própria utilidade da persecução, passa pela utilidade do procedimento da Tomada de Contas Especiais, que após o decênio dificilmente resultaria em um título executado com êxito reparador do prejuízo experimentado pelo erário, tornando, assim, inútil o procedimento. Se todo processo tem que acabar em algum momento, que se finde com boas perspectivas de resultado para o interesse público secundário,²⁷ ao menos.

Consagrado que é, no direito brasileiro, o princípio da soberania da lei escrita, a crítica não está no uso da analogia como busca no sistema jurídico de um mecanismo de integração, mas na escolha da hipótese análoga. Explico. Se a questão possui duplo viés, ou seja, sancionatório e reparador pelo prejuízo sofrido pelo erário público,

normas de direito público traduzem melhor situações semelhantes, *locus* da analogia *juris*, em que se buscou uma pluralidade de normas nas quais o prazo de cinco anos era comum em um acervo de diplomas legislativos unidos pelo mesmo pressuposto, a natureza de direito público.

Cumprido perceber, outrossim, que todas as normas relacionadas têm jaez público, assim como os institutos da prescrição e da decadência encerram em si conteúdo de ordem pública e, como tal, devem ser conhecidas de ofício pelo juiz, sem embargo da oitiva das partes interessadas sobre eventuais causas interruptivas, segundo o que se pode inferir do parágrafo único do art. 487 do CPC.

Um argumento merece destaque, trata-se na inteligência insculpida no Decreto nº 22.910/32 e na Lei nº 9.494/97, em que resta estabelecido que o particular tem cinco anos para exercer o seu direito contra a fazenda pública, antes que incida a prescrição, de modo que violaria, segundo pensa o Min. Luiz Fux,²⁸ o princípio isonômico de não aplicar o mesmo prazo em face da prescrição que beneficia o particular em face do Poder Público.

Percebe-se que a decisão operou na busca de um atrativo majoritário de correção, conciliando normas, instituições e interesses, o que é necessário para fazer prevalecer o Direito, o qual necessita de consensos fundados e democraticamente consolidados. É até mesmo intuitivo perceber que a racionalidade do discurso jurídico necessita, depende, da correção das assertivas, partindo desde o campo procedimental até chegar ao conteúdo das normas direcionadoras do agir do controle judicial ou administrativo.

De regresso aos fundamentos da TC nº 019.366/2019-1, voltados à explicação dos prazos alongados de tramitação dos processos em Tomada de Contas Especiais, o relator do voto vencedor no TCU aduz a impossibilidade do exercício do controle concomitante dos recursos repassados pela União e, associado a isso, expõe as deficiências na instrução dos processos antes de adentrarem no Tribunal de Contas, impondo devoluções seguidas dos autos aos órgãos de origem, a fim de que os jurisdicionados não sofram

que quanto maior é o grau da não satisfação de um princípio, maior deve ser a importância da satisfação do outro. ALEX, Robert. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. Tradução de Manuel Atienza. Doha, Alicante, Espanha, v. 5, p. 139-150. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10871/1/Doha5_07.pdf Acesso em: 30 jul. 2020.

²⁷ O interesse público primário alcança o interesse da coletividade e tem supremacia sobre o particular, contudo há também o interesse público secundário, voltado ao interesse patrimonial do Estado. ANDRADE, Flávia Cristina Moura de. *Direito administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

²⁸ BRASIL, Superior Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 852475, op. cit.*, p. 55.

prejuízos no exercício da ampla defesa e do contraditório.

Todas essas ponderações são relevantes e orientam a uma indagação: as proposições normativas sobre Tomadas de Contas Especiais conduzem a resultados processuais válidos? Segundo Stevenson²⁹ argumenta, a resposta só pode ser considerada verdadeira, se o resultado dos processos, sobretudo quanto à fundamentação, puderem ser considerados “verdadeiros”. Os argumentos são suscetíveis de verificação e, caso se confirmem, impõem urgente alteração legislativa procedimental que trate não apenas de situações limítrofes, mas que se volte preponderantemente à caracterização dos problemas e das suas consequências no sentido mais amplo, a fim de atingir o maior número de casos.

Outrossim, o discurso jurídico “prático” desenvolve-se sob a perspectiva de resolver questões igualmente “práticas”, ou seja, as realmente existentes. É até certo ponto notório que as Tomadas de Contas Especiais, segundo a metodologia de apuração empregada atualmente, com muita frequência, tangenciam os limites da irrealizabilidade fática. É o que se infere da visão empírica do ministro esboçada no voto.

Com efeito, reitera-se, soluções práticas, instruídas com novas tecnologias jurídicas, devem ser empregadas para que a persecução dos danos ao erário seja reformulada sob novas premissas normativas mais ágeis, as quais priorizem, sobretudo, o controle prévio dos atos administrativos diante da certeza razoável de desvios, ensejando, assim, uma atuação mais eficaz do órgão de controle externo.

Vale ressaltar que, segundo entende o Min. Gilmar Mendes,³⁰ enquanto não prestadas as contas “sequer o prazo decadencial (prescricional punitivo) se inicia, por se tratar de descumprimento de obrigação constitucional. Assim, enquanto persistir o ato omissivo inconstitucional, a fiscalização poderá ocorrer independentemente do tempo transcorrido entre a prática do ato ilícito e início da fiscalização. Nessa situação omissiva, há apenas o cômputo decadencial com o início da tomada de contas especial pelo controle interno ou externo”.

Em outros termos, segundo entende, o descumprimento de prazos constitucionais impede a fluência do tempo para efeitos de prescrição, ou seja, a notificação do responsável pelo órgão de controle externo representa interrupção da prescrição punitiva, ou seja, recomeça a contar o tempo do início e somente terá como termo final a decisão condenatória recorrível, nos termos do art. 2º, inciso I e III da Lei nº 9.873/99.

Conclui textualmente o ministro vogal: “Assim, o Tribunal de Contas ou o órgão de controle interno que proceda à Tomada de Contas Especial possui prazo de cinco anos para finalizá-la (decisão condenatória recorrível), sob pena de não poder mais fazê-lo por decurso de tempo razoável para tanto”.³¹ Esse mesmo prazo de cinco anos, em se tratando de ressarcimento ao erário fundada em título emanado de Tribunais de Contas, deve ser contado da finalização da TCE até o ajuizamento da ação de execução.

No caso concreto, no exercício de fundamentação do ato praticado pelo gestor na Lei de Improbidade Administrativa, o voto aponta a ausência de prestação de contas como o ato necessário e suficiente, presente na lei de improbidade, para que a imprescritibilidade esteja assentada segundo o entendimento do STF, o qual exige ato doloso de improbidade.³²

Apesar disso, há uma questão que merece destaque na TC nº 019.366/2019-1, a inversão do ônus no que concerne à prova do dolo. Explico. É que a compreensão expendida na decisão afirma que “a regulamentação de eventual prescrição dos débitos apurados pelos tribunais de contas, quando advinda, deveria abranger tão somente os casos em que venha a ser reconhecida a ausência de dolo e/ou culpa tipificada como ato de improbidade administrativa, como ressaltado pelo E. STF”. Ao que parece, quando não há defesa, como é o caso, em que houve revelia, não haveria elementos capazes de provar a boa-fé, restando a conclusão de que o dolo estaria presente, no que se poderia categorizar como dolo presumido.³³

²⁹ BRASIL, *op. cit.*, p. 25

³² Tema 897 “são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”.

³³ Em reforço ao argumento, cita julgados da justiça eleitoral, em que o atraso na prestação de contas é tido como ato de improbidade administrativa, revelando-se assim a conduta dolosa do agente. (Recurso especial eleitoral 15.828, rel. Min. Tarcísio Vieira de Carvalho neto, j. 26.06.2019.

²⁹ STEVENSON, Charles Leslie. *The Emotive Meaning of Ethical Terms*. Mind, 1937. Volume XLVI, Issue 181, p. 14–31.

³⁰ BRASIL, Superior Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 636.886*, *op. cit.*, p. 23.

O mencionado julgado inaugura uma visão bastante interessante, mas pouco presente nos julgados das Cortes de Contas, qual seja, a aferição do dolo do agente causador do prejuízo e a existência ou não de ato de improbidade administrativa como resultado da tarefa constitucional estabelecida no art. 71, inciso II da CF.

Nesse sentido, ao examinar o caso concreto, afirma o relator que, quando o gestor descumpra a sua obrigação constitucional de prestar contas, age com dolo genérico, pois tinha plena consciência do seu dever e, ainda assim, o descumpriu. Contudo, no âmbito da responsabilização por improbidade administrativa, o STJ³⁴ já decidiu que, para consumação, o desvio da conduta do agente público, como dito, devidamente tipificado em lei, reclama como característica primordial que o exercício indevido das funções, além de afastar-se dos padrões morais, deve visar a vantagens materiais indevidas ou gerar prejuízos ao patrimônio público, ainda que sem sucesso.

Na quadra processual, cabe uma digressão para revelar que a codificação do sistema jurídico processual civil pátrio busca, sobretudo após a Lei nº 13.105/15, uma maior estabilidade e previsibilidade em decisões, espaço no qual a eficácia vinculante atribuída às teses jurídicas dos Tribunais (*stare decisis*) devem confluir para o ganho de integridade do mencionado sistema (ATAÍDE JUNIOR, 2012, p. 35), *locus* jurídico onde se encontram radicadas as decisões do STF acerca de repercussão geral, art. 543-A, §5º, 543-B, §2º, em sede de Recurso Extraordinário, versando sobre causas repetitivas, art. 543-B, §3º e §4º, todos dispositivos do CPC.

Na decomposição da essência da tese jurídica, que afirma ser “prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunais de Contas”, tema 899, no RE nº 636.886, buscou-se separar as razões da decisão de eventuais considerações não nucleares, categorizadas como *obiter dicta*, ou seja, argumentos importantes para a compreensão da decisão, mas que não representam o seu fundamento jurídico. Isso se faz necessário, sobretudo, para a determinação do alcance vinculante da decisão (*binding precedent*).

É importante compreender, outrossim, que a tese fixada, como enunciado normativo que é,

em boa parte, é resultado de uma compreensão deficitária do Judiciário de enunciados empíricos amplamente comprovados, mas reconhecidos como verdadeiros e provados no estrito campo do Controle Externo. Ainda assim, tal entrave pode ser minimizado por uma regulamentação jurídica que colmate as lacunas das imprecisões da linguagem normativa³⁵ e direcione-se às peculiaridades dos procedimentos de Tomadas de Contas Especiais.

Sem embargo, ainda remanescerá a possibilidade de casos especiais, que venham a contrariar a literalidade da norma criada especificamente para tratar da prescrição dos Processos de Tomadas de Contas Especiais. É assim, porque Savigny³⁶ há muito já explicava a existência de relevante distinção entre o elemento gramatical, lógico e sistemático da interpretação.

No caso do RE nº 636.886, duas das passagens referenciadas despertam especial interesse. Na primeira, recomenda-se a redução do tempo de tramitação, e justifica-se tal recomendação em face do risco de violação de direitos fundamentais. Quanto a isso, toda a base de argumentação na decisão gira em torno do devido processo legal, com especial efeito e destaque no que atine ao ônus da prova dirigido ao jurisdicionado.

Afirma o Ministro Alexandre que, diversamente do que ocorre na ação civil pública por improbidade administrativa, no processo administrativo dos TCs, resta ausente a imputação de conduta dolosa de improbidade administrativa, o que, por seus termos, afasta a imprescritibilidade do art. 37, §5º da CF, em face da impossibilidade de ampla defesa do jurisdicionado.

Em segundo plano, mas ainda sobre a tramitação dos processos nas Cortes de Contas, indica o Ministro como solução que, verificando-se de os TCs emergirem elementos de atuação consciente e dolosa, ou seja, ambiente da improbidade administrativa, a providência administrativa correta é o encaminhamento para o Ministério Público com vistas à propositura da ação civil.

Percebe-se que a *ratio decidendi*, no RE nº 636.886, funda-se na oportunização do devido processo legal na quadra administrativa e que, nas duas passagens, a argumentação oferecida

³⁴ BRASIL, Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 852475, *op. cit.*, p. 10.

³⁵ KARL, Larenz. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3. ed. Berlin, Springer, 1960, p. 154.

³⁶ SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *System des Heutigen Römischen Rechts*. Tradução de M. Ch. Guenoux, *Traité de Droit Romain*. vol. 1. Paris, Librairie de Firmin Didot Frères, 1855, p. 1-6.

no voto tem a mesma base jurídica, ou seja, um processo objetivo – Tomada de Contas Especial – em que a imprescritibilidade não tem vez ante a ausência de imputação do ato doloso de improbidade, além, é claro, da inversão do ônus da prova natural dessa espécie de processo administrativo.

É necessário pensar na *ratio decidendi* com elevada carga de facticidade. Em termos mais pro-saicos, não há como desconectá-la do conjunto de situações concretas que lhe serviram como base de sustentação. Veja-se a seguinte indagação: se os processos em curso nas cortes de contas tivessem a clara imputação do ato doloso de improbidade administrativa, se o ônus da prova nos processos de tomada de contas especiais coubesse aos Tribunais de Contas e não aos jurisdicionados, tais considerações tecidas e contrárias ao devido processo legal administrativo teriam sido empregadas pelo ministro relator? Mais ainda, a decisão teria sido a mesma? Ao que parece, as duas passagens são arrastadas pelo teste da inversão da Teoria de Wambaugh,³⁷ ou seja, os argumentos da resposta são tão contundentes que, sem eles, a própria decisão seria diferente.

É dizer, de outra forma, excluindo-se a abordagem do processo de tomada de contas especiais,³⁸ notadamente quanto aos defeitos apresentados no acórdão – incompletude do devido processo legal no âmbito da tramitação nas Cortes de Contas, pela própria natureza que lhe reveste, não haveria possibilidade de alcance da conclusão material derivada, a prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunais de Contas.

É inafastável que as premissas normativas empregadas na justificação da decisão foram as

mesmas empregadas em resposta aos argumentos trazidos pela AGU ao processo, mesmo reconhecendo o seu caráter de acessoriedade que, a um só tempo, superpõe-se ao argumento central, a *ratio decidendi*.

A fim de dar concretude ao argumento, vale observar o voto do vogal do RE nº 636.886. Ao delimitar o tema proposto, estabelece, para a resolução do problema, três questões. A primeira, se há prescritibilidade ou não da cobrança fundada em condenação emanada dos Tribunais de Contas; a segunda, se incide prescrição intercorrente e, a terceira, ante a eventual prescritibilidade, qual seria o prazo aplicável.

A tese foi definida na primeira questão, ou seja, há prescrição incidente sobre execução de título produzido nas Cortes de Contas, contudo, ao tratar do prazo prescricional, o ministro Gilmar Mendes trata do prazo quinquenal entre a data da prestação de contas e o início da fase preliminar de tomada de contas especial; do prazo incidente, uma vez iniciada a tomada de contas pelo órgão de controle interno ou externo, ainda na fase preliminar, inicia-se o prazo do zero até a decisão condenatória recorrível e/ou da decisão do Tribunal de Contas, novo prazo prescricional para o ajuizamento da correspondente ação de execução. Por tudo o que fora dito, cumpre agora, nesta passagem do presente ensaio, tratar do alcance do raciocínio jurídico posto em operação e os seus limites. De fato, o voto vencedor no RE nº 636.886/20 não foi textual, expresso, sobre a incidência da prescrição dos processos em curso nas Cortes de Contas, contudo o percurso intelectual dos argumentos empregados sugere que as mesmas razões de decidir que levam à prescrição dos títulos produzidos pelas Cortes de Contas não podem resultar em melhor sorte à própria apuração, de modo que o procedimento voltado à persecução do dano, no ambiente das Tomadas de Contas Especiais, não está blindado à ação do tempo.

Com especial efeito, entre as razões articuladas no voto vencedor, o devido processo legal exerce um papel fundamental em sua feição material, ou seja, a capacidade de proteção contra o arbítrio, concretizado em um processo infinito e, sobretudo, sem a caracterização do ato doloso de improbidade devidamente revelado ao jurisdicionado, ao que se defende diante do poder do Estado que exige ressarcimento, impondo, por

³⁷ Difundida no final do século XIX, recebeu tal denominação por ter sido desenvolvida pelo professor americano Eugene Wambaugh. É uma técnica de inversão, que trata a *ratio decidendi* como uma regra geral em cuja ausência o caso seria decidido de outra forma. WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests*. Boston: Little, Brown and Company, 1892, p. 6.

³⁸ Teoria dos Fatos Materiais, de Goodhart, revela-se no caso *Rylands v. Fletcher*. Concretamente, Fletcher celebrou um contrato de empreitada para construção de um reservatório, contudo houve inundação da propriedade vizinha. Ao descrever os fatos, Goodhart enumera os elementos mais relevantes: 1) Fletcher tinha um reservatório em sua propriedade; 2) o empreiteiro contratado agiu com negligência; 3) a água causou prejuízos. Contudo, ao decidir, a Corte ignorou a negligência do empreiteiro, logo, qualquer responsabilização que recaísse sobre Fletcher constituir-se-ia em responsabilização objetiva. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 226-227.

consequente, um dever de guarda também infinito no tempo e indefinido quanto ao alcance dos documentos capazes de provar a regularidade das suas contas, o que é desarrazoado, desproporcional e, portanto, impraticável.

Carlos Maximiliano, em uma alegoria de extrema clareza, afirma que a relação entre o legislador e o juiz é idêntica à existente entre o dramaturgo e ator; este não se limita à “reprodução pálida e servil”, mas imprime um “traço pessoal à representação”. A relevância dessa construção diz respeito ao compromisso do juiz que vai além da aplicação mecânica de dispositivos, no caso, constitucionais, mas atinge o resultado útil à sociedade, mediando assim entre o direito do Estado fiscal e a expectativa individual do devido processo legal efetivo.

3 Conclusões

A decisão do STF, no RE nº 636.886-AL, acerca da prescrição do título produzido pelo Tribunal de Contas da União, com efeitos irradiantes, em face da simetria constitucional, para todos os Tribunais de Contas do Brasil, tem como ponto central, e de partida, a reflexão sobre o problema da prescritibilidade ou não, em face de um sistema constitucional que tem como supedâneo ideológico estabilizador a prescrição como postulado jurídico certo, indiscutível e necessário para o funcionamento do direito.

O ensaio deteve-se sobre um aspecto marginal ao tema descrito acima; voltou-se ao exame dos argumentos laterais com repercussão sobre a prescritibilidade do direito de o TCU apurar, em Tomadas de Contas Especiais, os danos causados contra o erário público. Nesse intento, foram observadas as respostas da mais alta Corte Judicial do país à provocação da AGU, a qual trouxe a possibilidade de prescrição de mais de 7 bilhões em prejuízos, caso o prazo prescricional de 5 anos fosse firmado, *v.g.*, entre a autuação no TCU e a data do fato gerador, mais de 60% dos processos já estariam prescritos.

Em seus argumentos, o STF aconselhou agilidade de tramitação e superação dos entraves causadores da morosidade na fase anterior aos ingressos dos processos de Tomadas de Contas Especiais no TCU, pois o problema não consentiria resposta legítima que sacrificasse direitos fundamentais dos indivíduos em razão da demora, e

como forma de compensação da ineficiência da máquina pública. Numa perspectiva resumida, indicou caminho às objeções suscitadas na apuração em ações civis públicas, em face de atuações dilapidatórias conscientes e dolosas, em que o agir doloso devidamente apurado estaria submetido à imprescritibilidade do dano.

O texto procurou examinar, na Tomada de Contas Especial 019.366/2019-1, processada no Tribunal de Contas da União, a partir do ponto de vista diretivo judicial vinculante, como se estabeleceram os postulados contingentes diante da evidência consumada de que não existem, fora das exceções constitucionais, processos insuscetíveis à ação do tempo.

Segundo observou-se, a Corte de Contas identificou, na omissão dolosa da devida prestação de contas, um ato doloso de improbidade administrativa, tipificado no art. 11, inciso VI, capaz de levar a imprescritibilidade do dano causado pela prefeitura de Campinorte/GO, na importância aproximada de R\$130 mil reais. Contudo, a opção decisória parece não encontrar arrimo no pressuposto de partida da compreensão judicial, segundo a qual o ato doloso refere-se a “enriquecimento ilícito, favorecimento ilícito de terceiros” apto a “causar dano intencional à Administração Pública”, segundo se extrai do RE nº 852.475,³⁹ página 121, em que se firmou a tese no tema 897.

Outra questão relevante trazida à orla da razão de decidir do tema 899 foi a questão do prazo para prescrição, se decenal ou quinquenal. O pensamento jurídico da Corte de Contas, TC nº 019.366/2019-1, estrutura-se por meio de integração analógica com o art. 205 do Código Civil. Contudo, a compreensão judicial, composta por um conjunto de normas de direito público, *v.g.*, o art. 23 da Lei nº 8.429/92; o inciso I do art. 142 da Lei nº 8.112/90, art. 53 e 54 da Lei nº 9.784/99, art. 1º e 1º-A da Lei nº 9.873/99; art. 25 da Lei nº 12.846/13 e arts. 1º e 2º do Decreto nº 20.910/32, entende como mais adequado o prazo de 5 anos, isso em razão da ponderação entre os princípios da indisponibilidade do interesse público e da segurança jurídica.

Ainda no esforço de justificar o prazo de 10 anos para apuração, aduz-se, na TC nº 019.366/2019-1, a impossibilidade de apuração

³⁹ BRASIL, *Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 852.475, op. cit.*, p. 121.

dos danos causados no curso do decênio em razão das deficiências de apuração na fase que antecede o ingresso dos processos de tomadas de contas no TCU. No entanto, quanto a isso, cumpre reprimir o pensamento do relator do RE nº 636.886, segundo o qual não é legítimo o sacrifício de direitos fundamentais do indivíduo, como forma de compensar a ineficiência da Máquina Pública.

Conclui-se que há necessidade, uma vez confirmados os argumentos tangentes às aludidas deficiências, suscetíveis de verificação empírica, de instituição de novas premissas normativas de apuração dos danos ao erário por meio de ferramentas metodológicas que privilegiem o resultado almejado, afastando-se da irrealizabilidade fática descrita no voto derivado da TC nº 019.366/2019-1.

Cumprido considerar, na tarefa de elaboração normativa, as posições trazidas pelo Min. Gilmar Mendes, no RE nº 636.886, as quais tratam de maneira bastante elucidativa sobre a fluência do tempo para efeito da contagem dos prazos prescricionais, tecendo importantes apontamentos sobre causas suspensivas e interruptivas dentro do quinquênio, com base na Lei nº 9.873/99.

Por último, é relevante observar que o TCU abordou o ponto central da controvérsia sobre a imprescritibilidade, ou seja, a possibilidade de apuração, no campo administrativo, do ato doloso de improbidade administrativa capaz de ensejar a imprescritibilidade. Contudo, no RE nº 636.886, articulou-se que o problema prático reside sobretudo na ausência de imputação, nos processos administrativos, de atos dolosos de improbidade, o que por si traz prejuízo ao devido processo legal pelo déficit de defesa que o acusado sofre, mas, além disso, a inversão do ônus da prova ocasiona uma dificuldade adicional em relação ao processo judicial, em que cabe ao órgão acusador a prova plena do que alega, remanescendo, ainda, o benefício da dúvida em prol do acusado.

The Extinct Force of the Prescription of Damage to the Treasury and the Decisions of the Courts of Auditors: Not Everything Is a Zero-Sum Game

Abstract: This article aims, through analysis of judicial decisions and bibliographic review, to investigate, based on several decisions of the country's highest court, the possibility or not of the incidence of the prescription of the External Control right, represented by TCU, to investigate damages caused to the treasury through the seizure procedure of special account, after the period of five years has passed. The central axis for resolving the issue lies in the possibility or not

of investigating, in the administrative field, the willful acts of administrative improbity that, according to the STF, represent an indispensable requirement for the imprescriptibility of the damage to the treasury.

Keywords: Prescription. Damage to the erary. Court of audits. Precedents.

Referências

ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. Tradução de Manuel Atienza. Doxa, Alicante, Espanha, v. 5, p. 139-150. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10871/1/Doxa5_07.pdf. Acesso em: 30 jul. 2020.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. SÃO PAULO: Landy, 2001.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos, 2002.

ANDRADE, Flávia Cristina Moura de. *Direito administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1º ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l13105.htm. Acesso em: 02 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União. Diário Oficial da União. Brasília, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8443.htm. Acesso em: 07 ago. 2020.

BRASIL. Recurso Extraordinário nº 852475. São Paulo. Recorrente: Ministério Público de São Paulo. Recorrido: Antônio Carlos Coltri e outro. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 08 ago. 2018.

BRASIL. Súmula nº 282. In: Súmulas nº 001 a 289. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25753C20F0157679AA5617071&inlinene=1>. Acesso em: 07 ago. 2020

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 636.886 Alagoas. Recorrente: União. Recorrida: Vanda Maria Menezes Barbosa. Relator: Min. Alexandre de Moraes. *Inteiro Teor do Acórdão*. Brasília, 20 abril 2020.

BRASIL. Tomada de Contas Especial nº 019.366/2019-1. Interessado: Secretaria Especial do Desenvolvimento Social. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. *Acórdão nº 1482/2020* – Plenário. Brasília, 10 de junho de 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Instrução Normativa nº 71, de 28 de novembro de 2012. *DOU*, 05 dez. 2012 (nº 234, Seção 1, pág. 120).

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tomada de contas especial: processo e procedimento nos tribunais de contas e na Administração Pública*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

FIANI, Ronaldo. *Teoria dos jogos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 34.

KARL, Larenz. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3. ed. Berlin, Springer, 1960.

LUHMANN, Niklas. *O direito a sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: RT, 2016.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral*. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsói, 1970.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 30. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2017

SANCHES, Osvaldo Maldonado. *Dicionário de orçamento, planejamento e áreas afins*. 2. ed. atual. e ampl. Brasília: OMS, 2004.

SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *System des Heutigen Römischen Rechts*. Tradução de M. Ch. Guenoux, *Traité de Droit Romain*. vol. 1. Paris, Librairie de Firmin Didot Frères, 1855.

STEVENSON, Charles Leslie. *The Emotive Meaning of Ethical Terms*. Mind, 1937. Volume XLVI, Issue 181.

WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests*. Boston: Little, Brown and Company, 1892.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GONÇALVES, André Luiz de Matos. A força extintiva da prescrição do dano ao erário e as decisões dos Tribunais de Contas: nem tudo é jogo de soma zero. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 20, n. 234, p. 9-20, ago. 2020.
