



PRESCRITIBILIDADE DE AÇÕES
DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO
FUNDADAS EM DECISÕES DE
TRIBUNAIS DE CONTAS: uma
análise crítica

Francisco Eduardo Carrilho Chaves

Prescritibilidade de ações de ressarcimento ao erário fundadas em decisões de tribunais de contas: uma análise crítica

Francisco Eduardo Carrilho Chaves¹

¹ Consultor Legislativo do Senado Federal – Núcleo de Direito Constitucional, Administrativo, Eleitoral e Processo Legislativo, Advogado e Autor do livro *Controle Externo da Gestão Pública: a fiscalização pelo Legislativo e pelo Tribunal de Contas* (2ª ed., Niterói, Impetus, 2009). E-mail: fcchaves@senado.leg.br

SENADO FEDERAL

DIRETORIA GERAL

Ilana Trombka – Diretora-Geral

SECRETARIA GERAL DA MESA

Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho – Secretário Geral

CONSULTORIA LEGISLATIVA

Danilo Augusto Barboza de Aguiar – Consultor-Geral

NÚCLEO DE ESTUDOS E PESQUISAS

Rafael Silveira e Silva – Coordenação

Brunella Poltronieri Miguez – Revisão

João Cândido de Oliveira – Editoração

CONSELHO EDITORIAL

Eduardo Modena Lacerda

Ivan Dutra Faria

Denis Murahovschi

Núcleo de Estudos e Pesquisas
da Consultoria Legislativa



Conforme o Ato da Comissão Diretora nº 14, de 2013, compete ao Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa elaborar análises e estudos técnicos, promover a publicação de textos para discussão contendo o resultado dos trabalhos, sem prejuízo de outras formas de divulgação, bem como executar e coordenar debates, seminários e eventos técnico-acadêmicos, de forma que todas essas competências, no âmbito do assessoramento legislativo, contribuam para a formulação, implementação e avaliação da legislação e das políticas públicas discutidas no Congresso Nacional.

Contato:

conlegestudos@senado.leg.br

URL: www.senado.leg.br/estudos

ISSN 1983-0645

O conteúdo deste trabalho é de responsabilidade dos autores e não representa posicionamento oficial do Senado Federal.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

Como citar este texto:

CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Prescritibilidade de ações de ressarcimento ao erário fundadas em decisões de tribunais de contas: uma análise crítica.** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Maio 2020 (Texto para Discussão nº 277). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 28 mai.2020.

PRESCRITIBILIDADE DE AÇÕES DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO FUNDADAS EM DECISÕES DE TRIBUNAIS DE CONTAS: UMA ANÁLISE CRÍTICA

RESUMO

O Supremo Tribunal Federal fixou tese no Tema 899 da Repercussão Geral pela qual “é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”. Todavia, há inúmeras e fundadas dúvidas acerca do alcance do enunciado e quanto à sua aplicação. Em boa parte, essas dúvidas decorrem dos fundamentos utilizados para decidir, sobre os quais este artigo lança luz e tece críticas, buscando evidenciar seus pontos fracos e equívocos conceituais perpetrados.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1 O CASO CONCRETO.....	3
2 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS TESES FIXADAS NOS TEMAS 897 E 666 DA REPERCUSSÃO GERAL.....	4
3 ANÁLISES DO VOTO CONDUTOR DO JULGAMENTO DO RE 636.886 E DOS FUNDAMENTOS PARA A FIXAÇÃO DA TESE NO TEMA 899 DA REPERCUSSÃO GERAL.....	11
5 A IMPRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO DE COBRAR O RESSARCIMENTO DO § 5º DO ART. 37 COMO DIREITO INDIVIDUAL.....	28
6 CONCLUSÃO.....	30
REFERÊNCIAS.....	31

INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal (STF), tendo reconhecido repercussão geral para o Tema 899, concluiu no dia 20/4/2020 o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 636.886, fixando tese pela incidência da prescrição sobre a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas (TC). Este artigo dedica-se a examinar a decisão da corte constitucional.

Antes de analisarmos a tese firmada, é imperioso esclarecer que este trabalho parte da premissa básica de guardar irrestrito respeito à instituição Supremo Tribunal Federal, na pessoa de seus ministros, não obstante discordâncias conceituais e eventual severidade de algumas críticas, que são de cunho técnico e nunca pessoal. Tais concepções e análises, naturalmente, estão sujeitas a sempre bem-vindas contestações. Extraí-se desse civilizado embate de ideias a riqueza maior, que é a evolução do pensamento, da atuação profissional e das próprias instituições.

Iniciemos definindo alguns conceitos introdutórios. O primeiro é que decisão do TC que imputa débito ou aplica multa tem força de título executivo (art. 71, § 3º, CF). O TC não executa suas decisões. Caso o responsável pelo débito não o quite espontaneamente, a pessoa lesada (uma das pessoas jurídicas de direito público interno ou ente das respectivas administrações indiretas) leva o título executivo a juízo para impor a cobrança forçada.

Dentre outras providências, ao julgar contas (art. 71, II, CF), o TC pode imputar débito a um responsável (o prejuízo causado), aplicar sanções (entre elas, multas), fazer determinações e recomendações. Em processo de fiscalização *stricto sensu* – p.e, numa auditoria – a Corte pode fazer basicamente o mesmo que em processos de contas, exceto imputar débito. Este é exclusivo de processo de contas. Apesar de débito e multa serem expressos em pecúnia, o primeiro tem natureza de responsabilização civil (ressarcimento) e a segunda de penalidade. Abaixo o Tema 899 e a tese fixada:

Tema 899 – Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas.

Tese – É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas.

Em preliminar, mas sem deixar de já ser uma crítica, anotamos pontos obscuros do enunciado da corte constitucional:

- 1) A prescrição aplica-se ao processo no próprio TC ou somente às ações de execução judiciais propostas com base em acórdãos do órgão?
- 2) Qual prazo prescricional deve ser utilizado, definido em qual lei?
- 3) Qual seria o termo inicial do prazo prescricional?
- 4) Quais seriam as cláusulas de interrupção e de suspensão do prazo prescricional?

Faremos a análise com o que temos de mais concreto até o momento da produção deste texto, assumindo que a prescrição seria aplicável à pretensão de executar judicialmente o acórdão do TC que impute débito (valor a ser ressarcido). Não trataremos da cobrança de multas (sanções), porque o enunciado cita apenas “ações de ressarcimento”, bem como porque a prescritibilidade da pretensão punitiva é pacífica mesmo para os próprios TCs.

A leitura isolada do enunciado fixado no Tema 899 indica que a prescrição acometeria qualquer pretensão de ressarcimento fundada em decisão de Tribunal de Contas, inclusive as iniciativas constantes de processos ainda em trâmite nessas cortes. Todavia, quando se mergulha no voto balizador do julgado, percebe-se que o relator, ministro Alexandre de Moraes, cuida apenas das execuções judiciais arrimadas nos acórdãos exarados por aqueles órgãos, títulos detentores de executoriedade. Nossa visão é de que a Corte Suprema deliberou apenas sobre essas ações.

Ainda nos mantendo na matéria introdutória a este artigo, vejamos o motivo de haver temas de repercussão geral.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, para que um recurso extraordinário seja analisado pelo STF, passou-se a exigir que a questão constitucional nele discutida possua repercussão geral. Não reconhecida a repercussão geral, o RE não é admitido. O instituto foi regulamentado mediante alterações no Código de Processo Civil (CPC) e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF).

O § 3º do art. 102 da Carta de 1988 exige do autor de recurso extraordinário que demonstre a repercussão geral das questões constitucionais **discutidas no caso**, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso.

O art. 1.035 do CPC determina a irrecorribilidade da decisão do STF que não conhecer do recurso extraordinário quando a questão constitucional **nele versada** não tiver repercussão geral (*caput*), cabendo ao recorrente demonstrá-la (§ 2º). Para efeito dessa repercussão, considerar-se-á a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo (§ 1º).

O *caput* do art. 322 do RISTF prescreve que o Tribunal recusará recurso extraordinário cuja questão constitucional não oferecer repercussão geral.

É patente que a definição do tema de repercussão geral delimita tanto a discussão quanto à amplitude da tese que vier a ser fixada.

1 O CASO CONCRETO

A questão que chegou à apreciação da corte constitucional no RE 636.886 envolveu uma ex-presidente da Associação Cultural Zumbi, em Alagoas, que recebeu recursos públicos federais – do Ministério da Cultura – para aplicação no projeto Educar Quilombo e não prestou contas da respectiva aplicação. Em sede de tomada de contas especial, o TCU julgou as contas irregulares e condenou a ex-presidente da entidade a restituir aos cofres públicos os valores recebidos. A responsável não cumpriu a obrigação, levando a União a executar a decisão da corte de contas, que, lembramos, tem eficácia de título executivo.

A primeira instância extinguiu o processo de execução forçada *ex officio*, por reconhecimento da prescrição. Ao decidir no RE 636.886, o STF manteve a deliberação.

No recurso, desprovido pela Suprema Corte, discutiu-se a prescrição nas ações de ressarcimento ao erário com base em decisão de tribunal de contas. O reconhecimento da repercussão geral resultou na suspensão nacional de ações de igual jaez. O relator do feito foi o ministro Alexandre de Moraes, que assumiu a presidência do processo em substituição ao falecido ministro Teori Zavascki.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS TESES FIXADAS NOS TEMAS 897 E 666 DA REPERCUSSÃO GERAL

O deliberado pela Corte Suprema no RE 636.886, em abril de 2020, contrasta com decidido no julgamento dos Embargos Declaratórios em Recurso Extraordinário RE 852.475 ED, do final de 2019. Na assentada, com base no Tema 897 e, por maioria de votos, o Plenário do STF fixou a seguinte tese com repercussão geral:

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

Vejamos o Tema 897, que levou à fixação da tese da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa (LIA).

Tema 897 – Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos **por ato de improbidade administrativa**. [grifos nossos]

No RE 852.475 ED, apresentado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, questionou-se acórdão do Tribunal de Justiça daquela unidade da Federação que **extinguiu ação** civil pública movida contra funcionários da Prefeitura de Palmares Paulista (SP) **envolvidos em atos de improbidade administrativa, declarando a prescrição**. Mais precisamente, os funcionários teriam realizado um processo de licitação irregular.

Considerando os limites estabelecidos pela definição do Tema 897 da repercussão geral, a matéria debatida, obrigatoriamente, estava circunscrita à prescrição de ações de ressarcimento de danos ao erário **causados por atos de improbidade administrativa**. Portanto, o Pleno não deliberou sobre matéria fora desta, não sendo possível dizer nada com relação ao que não foi discutido e decretado pelo colegiado.

Por exemplo, com base na tese fixada no Tema 897, não entendemos possível afirmar que **somente** são imprescritíveis as ações de ressarcimento de danos ao erário decorrentes de ato doloso de improbidade administrativa. Bem assim, usando outras palavras, extrapola o que foi ali decidido asseverar que ao

deliberar sobre o Tema 897 o STF estatuiu serem prescritíveis todas as ações de ressarcimento de danos ao erário que não decorram de ato doloso de improbidade administrativa.

Essas conclusões são essenciais para, com as máximas vênias de estilo, a demonstração da fragilidade argumentativa que levou à fixação pelo STF do entendimento no sentido da prescribibilidade de ações de ressarcimento fundadas em decisões do Tribunal de Contas.

Voltando ao RE 852.475 ED, no primeiro dia de julgamento, cinco ministros acompanharam o voto do ministro Alexandre de Moraes – relator desse e também do RE 636.886 –, pelo desprovimento do recurso, no sentido de se aplicar ao caso o prazo de prescrição de cinco anos previsto na Lei de Improbidade Administrativa – LIA (Lei nº 8.429, de 1992). O ministro Edson Fachin divergiu do relator por entender que, por força da ressalva estabelecida no § 5º do art. 37 da Constituição Federal, o ressarcimento do dano oriundo de ato de improbidade administrativa é imprescritível, diante da necessidade de proteção do patrimônio público. Fachin foi acompanhado pela ministra Rosa Weber.

Na sessão seguinte, o julgamento foi retomado com o voto do ministro Marco Aurélio, que acompanhou o relator, alegando que a Constituição não contemplaria a imprescritibilidade de pretensões de cunho patrimonial.

O ministro Celso de Mello votou na sequência, acompanhando a divergência aberta por Fachin. O magistrado defendeu ter havido uma evidente escolha pelo poder constituinte originário, que compreendeu o resguardo da coisa pública como um compromisso fundamental a ser protegido por todos. Assim se manifestou:

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.** [grifo nosso]

A ministra Cármen Lúcia votou no mesmo sentido de Celso de Mello.

Na terceira e última sessão de julgamento, o ministro Luís Roberto Barroso, que anteriormente havia acompanhado o relator, modificou seu voto, manifestando-se pelo provimento parcial do recurso. Porém, defendeu restringir a imprescritibilidade às hipóteses de improbidade dolosa, isto é, quando o ato de improbidade decorrer em enriquecimento ilícito, favorecimento ilícito de terceiros ou causar dano intencional à administração pública. Ou seja, Barroso defendeu que, **dentre as ações por atos de improbidade**, apenas as decorrentes de atos dolosos fossem imprescritíveis.

O ministro Luiz Fux, que também já havia seguido o relator, reajustou seu voto em igual sentido. Todos os ministros que seguiram a divergência aberta pelo ministro Edson Fachin alinharam seus votos a essa proposta, formando assim a corrente vencedora.

Restaram vencidos os ministros Alexandre de Moraes (relator), Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio.

Ao final, foi aprovada a tese proposta pelo ministro Edson Fachin, para fins de repercussão geral: **“São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”**, que passou orientar processos ainda pendentes de julgamento e *pro futuro*.

Ao prover parcialmente o recurso, o STF determinou o retorno dos autos ao tribunal de origem para que, uma vez afastada a prescrição, examinasse o pedido de ressarcimento do erário com base nas condições fixadas pelo Plenário.

Reitera-se importante alerta: na deliberação do STF em sede do RE 852.475 ED (Tema 897) não estabeleceu que **somente** seriam imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na LIA.

Na resposta ao recurso e na fixação da tese **foi obedecida a delimitação imposta pelo tema de repercussão geral, necessariamente presente na irresignação e demonstrada pelo recorrente para lograr o conhecimento do recurso**. A matéria revirada foi, exclusivamente, a prescrição de ações de ressarcimento com base em atos de improbidade definidos na referida Lei.

Lembramos ainda a compulsoriedade da observância dos princípios da inércia do Judiciário e do *tantum devolutum quantum appellatum*, pelo qual o efeito devolutivo da apelação abrange tão somente a matéria impugnada. É defeso deliberar *extra petita* ou *ultra petita*¹.

A doutrina denomina de princípio da adstrição, princípio da congruência ou da conformidade a limitação da sentença (ou acórdão) ao pedido, com a respectiva fundamentação. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte (art. 141 do CPC). Sendo assim, é vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Dessa forma, o Supremo apenas esclareceu que não se aplicaria a prescrição definida na LIA em ações nas quais se buscasse ressarcimento por prejuízos causados ao erário em razão da prática de ato doloso de improbidade administrativa. O colendo excelso reconheceu nessa hipótese a escolha do constituinte pela regra da imprescritibilidade. Assim, entendemos não haver respaldo para que, do deliberado em sede do Tema 897, se deduza que somente as ações de cobrança de prejuízos propiciados por atos dolosos de improbidade administrativa seriam imprescritíveis.

Merece registro o diálogo consignado no voto do ministro Fachin no RE 852.475 ED, travado no julgamento e do qual participam ele, o ministro Alexandre de Moraes e a então presidente da Corte, a ministra Cármen Lúcia:

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) – (...) O que eu indago a Vossa Excelência, porque acho importante, e a discussão se reabriu, é, se eventualmente o Plenário entender que é imprescritível, o rito deve ser de ação de improbidade e deve se comprovar o elemento subjetivo previsto nos artigos 9º, 10, 10-A e 11, ou seja, o dolo ou culpa. Não se pode estabelecer só esse nexos causal.

¹ Caracteriza-se a deliberação *extra petita* quando o juiz: 1) defere diversamente do que foi postulado; 2) defere o pedido com base em fundamento não invocado; ou 3) acolhe defesa não arguida pelo réu, exceto nos casos em que haja previsão legal para o conhecimento de ofício (art. 337, § 5º, do CPC). Na deliberação *ultra petita* o juiz vai além do pedido do autor, garantindo-lhe mais do que o demandado. Há também a decisão *citra petita*, que é aquela em que o juiz não examina em toda a sua amplitude o pedido formulado na inicial (com a sua fundamentação) ou a defesa do réu.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN – Vossa Excelência me concede um aparte, Ministro Alexandre? Vossa Excelência foi o Relator, e eu suscitei divergência. Creio que o debate que está sendo posto aqui, Senhora Presidente, está se mostrando extremamente útil para encontrarmos, se eventualmente possível for, uma zona de intercessão que compreenda o núcleo da tese que está sendo debatido e quiçá, não necessariamente, a projeção da tese à luz do que o Ministro Alexandre vem dispor. Ou seja, eu sustentei e reitero que entendo que são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas em ato de improbidade administrativa.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) – Previstos na Lei de Improbidade.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN – Nos termos da lei.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Nos termos da Constituição e da lei. (...)

O ministro Alexandre de Moraes, entendemos nós, tentou ampliar a tese vencedora em seu voto vista, tendo afirmado o seguinte:

Com efeito, o Plenário decidiu, com toda a clareza, que:

- 1) a imprescritibilidade atinge somente o ressarcimento ao erário, e não as demais sanções previstas no artigo 12 da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa);
- 2) a imprescritibilidade **somente se aplica** a ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DOLOSOS TIPIFICADOS NA LEI 8.429/1992; e
- 3) compete ao Ministério Público comprovar a prática do ato de improbidade administrativa doloso, **desde que tipificado na Lei 8.429/1992**, e não somente a existência do dano, garantindo-se ampla defesa ao réu. [grifos nossos e caixa alta do ministro]

Com as devidas vênias ao entendimento do ministro, os itens 2 e 3 não correspondem ao que se assentou, sendo dissonante do enunciado a que se deu repercussão geral. As afirmações dos itens 2 e 3 estariam corretas caso explicassem que se aplicam aos casos de ações de ressarcimento fundadas em atos de improbidade administrativa.

No Tema 666 da Repercussão Geral do STF: **imprescritibilidade das ações de ressarcimento por danos causados ao erário, ainda que o**

prejuízo não decorra de ato de improbidade administrativa, a tese definida no julgamento do RE 669.069, relatado pelo falecido ministro Teori Zavascki, estabeleceu:

É **prescritível** a ação de reparação de danos à Fazenda Pública **decorrente de ilícito civil**. [grifos e sublinhados nossos]

É axiomático que a tese **restringe a prescritibilidade** às pretensões da Fazenda Pública de cobrar danos e ela causados **em decorrência da prática de ilícitos civis**. Tais ilícitos ocorrem na esfera dos contratos, dos atos unilaterais de vontade, da família, dos atos intrinsecamente ilícitos e do abuso de direito. Para além do Direito Civil, há os ilícitos penais, administrativos, tributários, trabalhistas etc. Comum a todos é a antijuridicidade.

Vem a calhar lembrança do inciso I do § 6º do art. 209 do RITCU, esclarecedor de que a responsabilidade solidária em contas irregulares de um terceiro (não agente público) que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado derivará do cometimento de irregularidade **que não se limite ao simples descumprimento de obrigações contratuais ou ao não-pagamento de títulos de crédito**. Em outras palavras, que não seja apenas a prática de um ilícito civil, já que o TCU não julga ilícitos dessa natureza.

O Tribunal evidencia sua incompetência na hipótese de não haver envolvimento do terceiro com **ilícitos administrativos**. Caso o terceiro tenha descumprido obrigações contratuais ou deixado de pagar títulos de crédito, tais questões poderão ser resolvidas no Judiciário.

Cumprido ressaltar, ainda, que a relação de gestores de recursos públicos com a Administração se dá com base em regras de Direito Administrativo, não de Direito Civil. Assim sendo, o gestor que atuar ilegalmente contra o Poder Público, bem assim o particular que estiver em conluio com ele, incide em ilícito administrativo – não em ilícito civil –, cujos atos caracterizadores, eventualmente, podem enquadrar a conduta também na definição legal de ilicitude em outro âmbito de responsabilização.

Dessa maneira, temos como correto afirmar que se extrai o seguinte do que foi fixado nos Temas 666 e 897 da Repercussão Geral:

- 1) a prescrição alcança a pretensão de cobrar prejuízo ao erário derivado de **ilícito civil**, sendo certo que o enunciado pelo STF não faz referência a ilícitos de outras naturezas;
- 2) no que tange à pretensão de cobrar ressarcimento **por danos causados por atos de improbidade administrativa tipificados na LIA**, a **imprescritibilidade** se aplica **apenas às ações de ressarcimento de prejuízos derivados de atos dolosos**.

Diante da previsão constitucional expressa do § 5º do art. 37, restou incólume a máxima constitucional genérica da imprescritibilidade da pretensão de ressarcir prejuízos causados ao erário. As teses fixadas nos Temas 666 e 897 não afetaram a pretensão jurídica de buscar o ressarcimento de danos causados ao erário por meio de outras ações possíveis.

Não há qualquer dúvida que os atos ilícitos submetidos à jurisdição do Tribunal de Contas são de natureza administrativa. Muitos deles, inclusive, podem também caracterizar atos de improbidade administrativa, que são de natureza civil. No entanto, as deliberações em uma e outra esfera de cognição não se misturam ou interferem uma noutra, pela necessária independência de instâncias, decorrência da divisão de competências fixada na Constituição, mitigada apenas pela prevalência da absolvição no âmbito do direito penal (a *ultima ratio* do controle social) por negativa de autoria ou inexistência do fato, que produz efeitos tanto na esfera civil quanto na administrativa.

Não obstante a independência de instâncias, por exemplo, se o mesmo ato de um gestor público acarretar responsabilização em contas irregulares com débito e caracterizar ato de improbidade administrativa doloso que provocou prejuízo ao erário, a quitação da dívida em uma das instâncias conduz ao reconhecimento da quitação na outra. O raciocínio é axiomático, porquanto há identidades de lesão, de pagador e de recebedor. Obter pagamentos em cada uma das esferas de responsabilização – em duplicidade, portanto – constituiria apropriação indébita pelo ente recebedor e seu enriquecimento sem causa.

Cumprе salientar, inclusive, a competência constitucional do Tribunal de Contas (que caracteriza um poder-dever) de representar ao poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados (inciso XI do art. 71 da CRFB/88).

Sendo matéria de sua competência deliberar, o Tribunal deve atuar. Não sendo, deve representar.

Não olvidamos, contudo, que muitos atos podem caracterizar ilícitos em diferentes esferas de competência. Uma licitação fraudada na qual haja superfaturamento atrai a competência do Tribunal de Contas, mas também pode revelar condutas condenadas, por exemplo, nos âmbitos administrativo-disciplinar, penal, civil (no que se enquadra a improbidade administrativa). Por esse motivo, o § 3º do art. 16 da LOTCU determina que, ao julgar contas irregulares, o Tribunal providenciará a imediata remessa de cópia da documentação pertinente ao Ministério Público da União, para ajuizamento das ações civis e penais cabíveis.

3 ANÁLISES DO VOTO CONDUTOR DO JULGAMENTO DO RE 636.886 E DOS FUNDAMENTOS PARA A FIXAÇÃO DA TESE NO TEMA 899 DA REPERCUSSÃO GERAL

Deste ponto em diante, ponderaremos os fundamentos utilizados no julgamento do RE 636.886, no qual ministro Alexandre de Moraes atuou como relator e obteve, ainda que parcialmente, êxito para sua tese, retirando do âmbito da imprescritibilidade as ações baseadas em decisões de tribunais de contas.

Nossa visão, *data maxima venia*, é de que em seu voto Alexandre de Moraes fez associações de ideias que não correspondem à realidade de julgados anteriores, ressuscitando tese sua não emplacada no RE 852.475 ED. O ministro a reapresenta como tendo sido acolhida pela corte constitucional, o que não ocorreu, em nossa humilde opinião:

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)**. [grifos nossos]

A nosso ver, há inconsistências no raciocínio encetado pelo ilustre ministro ao fundamentar o voto. Analisemos os trechos grifados do excerto acima, que motivaram considerandos anteriores neste artigo, a começar pela última parte realçada.

Ponderando o fato de que a Lei de Execução Fiscal não estabelece prazos prescricionais, a afirmação de que a pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos reconhecida em acórdão de TC prescreve na forma daquela lei prescinde de complementação. Em quanto tempo ocorre a prescrição? Quais são os seus marcos inicial, suspensivos e interruptivos? Estes dois últimos são somente os previstos na Lei nº 6.830, de 1980? O STF não se posicionou quanto a essas questões.

Em continuidade, parece-nos não corresponder ser fidedigna a alegação de que o STF tenha estatuído 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”. Conforme vimos, a tese fixada no Tema 897 diz que as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na LIA são imprescritíveis, **mas nunca afirmou que a imprescritibilidade beneficia única e exclusivamente pretensão de cobrança por meio de tais feitos**.

Outrossim, não seria correto afirmar que “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”. S.m.j., não é dessa generalidade absoluta o extrato da interpretação concatenada do que se firmou nas teses dos Temas 666 e 897. Por elas, em face dos inafastáveis lindes fixados pelos temas propostos para deliberação em repercussão geral, reafirmamos nossa plena convicção que o STF deliberou:

- 1) **no que a tange aos prejuízos ao patrimônio público causados por atos de improbidade administrativa, a prescrição não corre** contra a pretensão de exigir o ressarcimento de lesões decorrentes de **atos dolosos, mas alcança** a de cobrar o ressarcimento daqueles causados por **atos culposos**; e
- 2) **em relação à reparação de danos causados à Fazenda Pública**, a prescrição atinge a pretensão de ressarcir prejuízos **derivados de ilícitos civis**, não sendo feita qualquer referência a nenhum outro ilícito, tais como: penais, administrativos, tributários e trabalhistas.

Ao tempo em que homenageamos a tenacidade do ministro Alexandre de Moraes na defesa de suas convicções e tese, acreditamos haver demonstrado a insustentabilidade desta. Segundo entendemos, caem por terra os fundamentos do voto condutor do RE 636.886.

A partir dessa constatação, com todo o respeito que devemos ao ministro Moraes e aos demais membros do STF, podemos afirmar que os argumentos trazidos no voto não possuem substância para dar base às conclusões e à tese assentada, pois são fundados em silogismos imperfeitos. Por exemplo:

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. [grifos nossos]

As afirmações grifadas no excerto são verídicas, contudo, são duas sentenças isoladas que não servem de base para as conclusões a que o Supremo chegou.

De fato, a tese fixada no Tema 897 não tem nenhuma relação com o Tribunal de Contas, pois a corte não julga improbidade administrativa. Todavia, está límpido que não somente ações para ressarcimento de danos causados por atos de improbidade estão cobertas pela imprescritibilidade.

Em sequência, realmente não há decisão judicial no caso, porquanto o Tribunal de Contas exara decisões administrativas, mas que sobre os seus âmagos meritórios nenhum órgão judicial tem competência para dispor. Por decisão do constituinte, que estabeleceu também as competências dos órgãos judiciários no mesmo diploma fundamental, a palavra final sobre mérito em contas é privativa do Tribunal de Contas. Essa realidade não muda a depender do nome que se der: deliberação, julgamento ou qualquer outro.

O controle judicial sobre deliberações das cortes de contas se resume à aferição do cumprimento do *due process of law*. Não é demais lembrar que o inciso XXXV do art. 5º da CF determina que **a lei** não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Ao atribuir competência privativa às cortes de contas para o julgamento desse tipo de processo, exceção feita unicamente às contas do presidente da República, a Constituição, no seu art. 71, e não a lei, protegeu o mérito desses julgados da discussão no âmbito do Judiciário.

O adágio de que, em razão de não haver decisão judicial (sendo irrelevante, no ponto, se há caracterização ou não da existência de ato ilícito doloso), o tribunal de contas chega ao final do processo sem que exista verdadeiro contraditório e ampla defesa mais transparece o externar de uma crença, um pensamento.

A Constituição deu ao Tribunal de Contas a primazia da derradeira palavra em relação à matéria contas e, simultaneamente, exige a garantia do contraditório e da ampla defesa em todos os processos administrativos e judiciais. Prevalendo a crítica de Moraes, ao nosso entender de cunho subjetivo, estaríamos diante de uma realidade impensável e bizarra: anos e anos de

reiteradas violações do inciso LV do art. 5º da Lei Magna, sem que nada tivesse sido feito.

Por todo o exposto, com as vênias de estilo, o pensamento de que não há defesa em relação ao elemento subjetivo não se encaixa. É certo, contudo, que o elemento subjetivo analisado nas cortes de contas não é quanto à prática de ato de improbidade administrativa, por elas não julgados, mas de outros atos igualmente condenados pelo ordenamento.

Guardamos respeitosa discordância com o trecho do voto abaixo transcrito, que parece ignorar a independência de instâncias e a segregação de competências feita pela Constituição, e que acaba por defender retrabalho e superposição de tarefas, em um Judiciário já tão abarrotado de processos que não dá conta de julgar.

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.

O voto cita doutrinadores de escol em sequência com o intuito de defender que o termo “julgar” utilizado no inciso II do art. 71 da Constituição não tem a mesma acepção do “julgar” de órgãos judiciais, pontuando essas citações. Aproveitamos excerto em que utiliza ensinamento de José dos Santos Carvalho Filho:

Em que pese a importância das competências constitucionais das Cortes de Contas e a terminologia utilizada pela Constituição Federal julgar, não se trata de atividade jurisdicional, onde tenham sido garantidos, efetivamente, a ampla defesa e o contraditório, pois o termo julgar é utilizado no sentido de examinar e analisar as contas, como adverte JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO,

“não tem o sentido normalmente atribuído aos juízes no exercício de sua função jurisdicional. O sentido do termo é o de apreciar, examinar, analisar as contas, porque a função exercida pelo Tribunal de Contas na hipótese é de caráter eminentemente administrativo” (*Manual de Direito Administrativo*, 23 ed. São Paulo: Lumen Juris, 2010, p. 1.094).

Colocamo-nos, mais uma vez, em confronto com a premissa adotada no voto de que inexistente efetiva garantia da ampla defesa e do contraditório nos processos deliberados pelas cortes de contas pelo fato de não serem processos judiciais. Aduzimos faltar elementos objetivos que embasem essa percepção.

O voto qualifica de não efetiva a garantia nos processos de contas do direito fundamental previsto no inciso LV do art. 5º da Constituição. Como o processo de contas (subtipo) é um dos processos administrativos (tipo) mais bem regulados, entendemos que se está afirmando isso em relação ao processo administrativo como um todo.

O comando constitucional fala em dois tipos de processos: judicial e administrativo. A dicotomia efetivo e não-efetivo apresentada no voto induz à conclusão de que o primeiro garante efetivos contraditório e ampla defesa, enquanto o segundo não.

Com o intuito de buscar os fundamentos objetivos para a ideia expressa pelo ministro, de forma a deixar de vê-la apenas como uma opinião preconcebida, um preconceito, que, por definição, é subjetivo, miremos para as duas principais diferenças entre os processos judiciais e administrativos, já adiantando que uma maior ou menor garantia do contraditório e da ampla defesa não está entre elas, não os distingue, pois essa opção não foi dada pelo constituinte.

Exceção feita à jurisdição voluntária, os processos judiciais resolvem litígios. Partes com interesses opostos duelam e a contenda é composta pelo Estado-juiz, isento e equidistante, que aplica a lei ao caso concreto. É a denominada relação jurídica triangular.

Os processos administrativos, por outro lado, não solucionam lides e são relações jurídicas bilaterais, que podem ser instauradas mediante provocação do interessado ou por iniciativa da própria Administração. De um lado, o administrado deduz uma pretensão, de outro lado, a própria Administração decide a pretensão, não podendo ser considerada uma terceira estranha à controvérsia.

Essas importantes diferenças são motivos para que, no Direito brasileiro, as decisões proferidas no âmbito do processo administrativo constituam tão somente coisa julgada formal. Não estabelecem coisa julgada material, pois são

suscetíveis de revisão pelo Poder Judiciário. A esse poder incumbe controlar a legalidade e a legitimidade do ato administrativo. Controle que pode, em alguns casos, alcançar inclusive o mérito da escolha administrativa. De acordo com a mais moderna doutrina, o controle judicial do mérito administrativo recai sobre o uso legal e legítimo da discricionariedade conferida ao administrador. Assim, na verdade, ainda é controle de legalidade.

Percebe-se que, unicamente, a existência da relação triangular e a formação de coisa julgada formal não garantem efetivos contraditório e ampla defesa, dado que o processo judicial não está livre de vícios. Esse não é um risco que corra exclusivamente o processo administrativo. Há instrumentos endoprocessuais e extraprocessuais para corrigir violações ao *due process of law* em feitos de uma ou de outra instância, todos sujeitos aos efeitos deletérios da ação do tempo sobre a pretensão de regularização. Ademais, nunca é excessivo repetir, o zelo com as garantias processuais permeia igualmente os dois tipos de processos, por imperativo constitucional.

Então, ser judicial ou administrativo não é qualidade que, *per se*, conduza ao entendimento de que no processo há ou não efetiva garantia do contraditório e da ampla defesa.

Um dos princípios basilares dos processos de contas é definir o rol de responsáveis, que leva à possibilidade de individualizar condutas, indicando responsabilidades pelos atos praticados – com demonstração do liame subjetivo entre o agir e o resultado antijurídico –, permitindo o exercício do contraditório e da ampla defesa, na forma da legislação aplicável, e culmina com o reconhecimento pelo Tribunal da prática ou não de atos irregulares, levando à decretação da existência ou não de débito e à aplicação sanções eventualmente cabíveis.

Os processos de contas se desenvolvem de forma diferente dos processos judiciais, é verdade. Possuem ritos próprios, integrados ao ordenamento pátrio. Mas se o acreditado pelo ministro fosse verdade, nenhuma deliberação de cortes de contas permaneceria de pé. O Judiciário já as teria derrubado.

A nosso ver, em que pese o profundo respeito pela deliberação do colendo excelso, repetimos que não há elementos objetivos a demonstrar que o exercício do contraditório e da ampla defesa no feito judicial seja melhor ou mais perfeito

do que o promovido em processos de contas. O ordenamento exige tanto do processo administrativo quanto do judicial as mesmas lisura, isonomia, legalidade, probidade, impessoalidade, publicidade e perfeição.

O texto constitucional não abre brecha para meios-termos, em nenhuma instância. Ou o devido processo legal é seguido ou não é. Ou há contraditório hígido ou não há. Ou o exercício da ampla defesa é garantido ou não é. Inexiste a opção aceitável de que qualquer um desses requisitos seja “mais perfeito” em um ou outro tipo de processo. É imperioso que o sejam em todos.

Em nenhum ponto do voto são apresentados elementos objetivos que arrimem o conjurado. Com indisfarçável constrangimento, concluímos não ser sustentável associar o pressuposto de natureza subjetiva de que o contraditório e a ampla defesa em processos de contas são imperfeitos às deduções feitas acerca do que foi decidido nos Temas 666 e 897, menos ainda que essa associação fundamente as conclusões no Tema 899.

Igualmente, não alcançamos o efeito prático da discussão quanto ao fato de o julgamento no tribunal de contas ser diferente do realizado em órgãos judiciais para fundamentar o deliberado no Tema 899, dado que não há interseção de competências.

Utilizando-se o termo que mais aprofundar para o ato praticado pelas cortes de contas – julgar, decidir, deliberar –, a decisão quanto a contas cabe privativamente a esse órgão técnico, escolhido pelo constituinte. Não há nenhuma possibilidade de controle quanto ao mérito, mesmo sob o parâmetro da legitimidade, porquanto a segregação de competência está na própria Constituição. É ela, e não a lei, que afasta a pretensão de reexame judicial ou de qualquer outro tipo.

Os mesmos fundamentos utilizados na defesa dessa, segundo entendemos, impossível revisão de mérito em contas pelo Judiciário podem ser aproveitados para, por exemplo, defender no âmbito desse mesmo Judiciário o reexame de fatos e provas pelos tribunais superiores ao julgarem recursos de natureza extraordinária (recurso especial e recurso extraordinário), o que é notoriamente incabível.

Na discussão sobre o termo “julgar”, mesmo quando abordam a adequação do seu emprego, nenhum dos doutrinadores citados no voto ousou afirmar que nos tribunais de contas estão ausentes o contraditório e ampla defesa nem lançam suspeitas de que haja impedimento a que as deliberações dessas cortes de contas imputem responsabilidade a gestores em contas, atribuindo-lhes débitos e aplicando sanções. Ocorre, ainda, que tais decisões têm força de título executivo.

O voto traz trechos com conteúdo já conhecido, associado a considerações em relação às quais nos é penoso aquiescer:

Em face de sua própria natureza, esses exames e análises das contas **não observam as mesmas garantias do devido processo judicial, além de não preverem e não permitem 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: Scortecci, 2ª rev. atual., 2018, p. 110-111),

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...** 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 presença de contraditório e ampla defesa a existência de ato doloso de improbidade administrativa.** [grifos nossos]

Por certo, como dissemos, não se aplica o processo judicial nas cortes de contas, mas, com as imperiosas vênias de estilo, essa óbvia e repisada constatação não é fundamento para se concluir por ser inerente a processos de contas a inexistência de contraditório e ampla defesa efetivos. Se isso fosse verdade, em uma execução fundada em decisão de tribunal de contas não se chegaria a avaliar a prescrição – matéria de mérito, pois a inicial sequer passaria pelo juízo de admissibilidade, dado que o título executivo que a lastreasse, em si, seria intrinsecamente inválido.

Um dos, para nós, surpreendentes fundamentos do voto, portanto, é o de que nenhuma decisão de tribunal de contas é válida, estando todas apenas a esperar a anulação. Vemo-nos autorizados a entender, como consequência, que o voto afirma que toda decisão em processo administrativo é sabida e naturalmente inconstitucional, no aguardo de que essa pecha seja formalmente declarada. Ainda que imbuídos do mais profundo respeito pela opinião do ministro, convenhamos que isso é impensável.

É indiscutível que o TCU não perquire culpa ou dolo **decorrentes de ato de improbidade administrativa**, pois não julga tais feitos. Contudo, a fixação do liame subjetivo entre a conduta do responsável e o resultado antijurídico, para a qual é exigida a demonstração de culpa ou dolo, é etapa inafastável no processo de contas para imputação de débito e imposição de sanção. Em estrito respeito à Constituição, tudo se faz com a observância do devido processo legal, no qual se garante o contraditório e a ampla defesa. Vemo-nos, novamente, instados a protestar contra a ideia de inexistência de garantias no processo nas cortes de contas.

Sem deixar de reverenciar o incontestável saber jurídico do ínclito magistrado, identificamos outros pontos de discordância no conteúdo de seu voto. Vários parágrafos e citações são dispendidos com o fito de fundamentar conclusões com as quais obsequiosamente dissentimos.

Um desses pontos é o voto reiteradamente assemelhar o ressarcimento – isto é, a cobrança de prejuízo causado ao erário (débito) – com sanção. A distinção entre débito e multa (pena) foi preteritamente explicada. O § 5º do art. 37 da CF é preciso em resguardar a imprescritibilidade para as ações de **ressarcimento**.

Na discussão do Tema 897, o ministro Moraes fez constar o seguinte do item 1 do seu voto vista no julgado correspondente:

1) a imprescritibilidade **atinge somente o ressarcimento ao erário, e não as demais sanções** previstas no artigo 12 da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa); [grifos e sublinhado nossos]

O voto assemelha ressarcimento e apenação ao empregar: “e não as demais sanções previstas...”. O mesmo aconteceu em seu voto no RE 636.886. A cobrança do débito não constitui penalidade de natureza pecuniária, pois é tão somente recomposição do patrimônio público lesado. O ministro, contudo, não está sozinho nesse deslize.

Quando no § 4º do art. 37 o constituinte previu a edição de uma lei que acarretaria suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e **ressarcimento** ao erário decorrentes de atos de improbidade administrativa, sem prejuízo da ação penal cabível, não disse, por ser absolutamente desnecessário, que o **ressarcimento** ao erário não era sanção.

Ressarcir é providenciar compensação, reparação ou indenização; indenizar ou reparar: ressarcir estragos. Destarte, corresponde à recomposição, em pecúnia, de um prejuízo causado. Juridicamente, é um conceito básico, que expressa o restabelecimento ao *status quo ante* do patrimônio de um terceiro inocente lesado em decorrência de uma conduta antijurídica.

O legislador infraconstitucional, desafortunadamente, cometeu evidente erro no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 1992), que integra o seu Capítulo III – Das Penas, alinhando o “**ressarcimento** integral do dano” entre as cominações aplicáveis.

Entendemos que o STF, na qualidade de guardião da Constituição e corte máxima do país, deveria corrigir o emprego do conceito jurídico, não exclusivamente, mas, especialmente neste julgado, porque o débito imputado em decisão de tribunal de contas, sem qualquer sombra de dúvida, não é penalidade. Qualquer incerteza quanto a isso é sanada pela leitura do art. 19 da Lei nº 8.443, de 1992, a LOTCU:

Art. 19. Quando julgar as contas irregulares, **havendo débito**, o Tribunal **condenará o responsável ao pagamento da dívida atualizada monetariamente, acrescida dos juros de mora devidos**, podendo, **ainda, aplicar-lhe a multa prevista no art. 57 desta Lei**, sendo o instrumento da decisão considerado título executivo para fundamentar a respectiva ação de execução.

Parágrafo único. **Não havendo débito**, mas comprovada qualquer das ocorrências previstas nas alíneas *a*, *b* e *c* do inciso III, do art. 16, o Tribunal **aplicará ao responsável a multa prevista no inciso I do art. 58**, desta Lei. [grifos e sublinhados nossos]

Há ainda mais com o que dissentirmos no voto:

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 fundada em decisão de Tribunal de Contas.

A interpretação do texto constitucional não pode ser legitimada sem que se aprecie o conjunto das normas vigorantes, em uma necessária homogeneidade equilibrada de todo o ordenamento jurídico, sob pena de grave lesão a dispositivo constitucional não só quando é violentada a sua literalidade, mas também quando sua aplicação é apartada de seu espírito e de seu conteúdo.

O voto afirma que o constituinte reservou a imprescritibilidade para situações previstas expressamente no texto constitucional, como “para os **crimes** de racismo e ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático” (grifamos). Todavia, em relação ao § 5º do art. 37, paradoxalmente procura fazer crer o contrário, como se o que ali estivesse escrito, não fosse o que está grafado e nem incorporasse diretriz fundamental imposta pelo constituinte.

Conforme destaquei no julgamento do RE 852475/SP, em auxílio para a realização de uma interpretação equilibrada e homogênea do texto constitucional na presente hipótese, o elemento histórico é muito importante para a definição do conteúdo dessa expressão, pois, durante a Assembleia Nacional Constituinte, a redação inicial do § 4º do art. 44 equivalente ao atual § 5º do art. 37 do Projeto de Constituição (A) da Comissão de Sistematização foi elaborada da seguinte forma:

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

Porém, quando da apresentação do Projeto de Constituição (B) da Comissão de Sistematização, foi acolhida a emenda de Plenário 2Po2039-9 que excluía essa expressão clara e incisiva QUE SERÃO IMPRESCRITÍVEIS, tendo sido, conseqüentemente, expurgada do texto, conforme se verifica pela leitura de seu § 5º do art. 38 (correspondente ao atual § 5º do art. 37).

Antes de ser uma decisão isolada da Assembleia Nacional Constituinte, a exclusão dessa hipótese de imprescritibilidade foi uma clara e consciente opção em privilegiar a segurança jurídica, restringindo ao máximo essas excepcionalidades que causavam grande desconforto nos debates entre os constituintes.

(...)A ressalva que permaneceu no § 5º do art. 37 da CF (ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento), mesmo após a retirada da expressão QUE SERÃO IMPRESCRITÍVEIS, teve por finalidade evitar, principalmente, uma anomia em relação à possibilidade de ressarcimento ao erário em face de responsabilização pela prática de eventuais atos ilícitos, enquanto ainda não tipificados pela lei exigida no § 4º do art. 37 da CF como atos de improbidade administrativa.

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.

O vernáculo é rico, mas “a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento” diz exatamente o mesmo que “a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento, **que serão imprescritíveis**”.

Com o máximo respeito que é devido à Corte constitucional, é insuspeito que a exclusão do trecho “, que serão imprescritíveis” do enunciado transcrito acima nada mais é do que o expurgo de um acréscimo explicativo desnecessário. Sem o trecho retirado, a mensagem não perde ou muda o sentido.

O cuidado com o contínuo aprimoramento do texto do projeto de uma norma legal ao longo de todo o trâmite legislativo é obrigação imposta ao legislador. Faz parte do refinamento redacional buscar comandos os mais diretos possíveis, a univocidade de termos, o expurgo de espaços para dubiedades, assim como de palavras e expressões desnecessárias e redundantes. A exclusão promovida foi tão somente resultado da depuração do texto, que levou à retirada de um adendo disfuncional.

A ausência do trecho retirado na versão final do § 5º do art. 37 está longe do que no mundo jurídico é conhecido como “silêncio eloquente”. Primeiro, porque nem silêncio é. A sentença é íntegra e clara, entregando a indiscutível mensagem de que possuir o atributo da prescritibilidade constitui a regra para as ações ali referidas, mas que, excepcionalmente, não se aplica às ações de ressarcimento. Segundo, porque o “silêncio eloquente” está sempre relacionado a uma norma constitucional proibitiva, pela ausência ou inexistência de alguma prescrição. No dispositivo constitucional em comento nada está ausente, o comando é pleno e completo.

Tomamos de empréstimo trecho de artigo publicado pelo professor Aldo Campos Costa (2013):

O silêncio também pode ser interpretado, de molde a revelar o que constitui, ou não, o conteúdo da norma. Daí dar-se a denominação de “silêncio eloquente” (do alemão *beredtes Schweigen*) à norma constitucional proibitiva, obtida, a *contrario sensu*, de interpretações segundo as quais a simples ausência de disposição constitucional permissiva significa a proibição de determinada prática por parte dos órgãos constituídos, incluindo o próprio legislador infraconstitucional. O instituto pressupõe o afastamento da analogia, aplicável apenas quando na lei houver lacuna (STF RE 130.552).

No que tange à manutenção da sentença “ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”, discordamos de Moraes quando afirma que se prestou a evitar

“anomalia em relação à possibilidade de ressarcimento ao erário em face de responsabilização pela prática de eventuais atos ilícitos, enquanto ainda não tipificados pela lei exigida no § 4º do art. 37 da CF como atos de improbidade administrativa”. São dois os fundamentos para essa divergência.

Primeiro, porque as ações de ressarcimento por prejuízos causados ao erário por atos ilícitos podem ser várias, não se resumindo às de improbidade administrativa.

O segundo argumento para afastar o raciocínio concebido no voto é, em nossa modesta opinião, o mais forte. É sabido que leis anteriores à Constituição e com ela compatíveis são recepcionadas e não sofrem efeitos de comandos constitucionais que visem à, futuramente, aperfeiçoar o ordenamento com novas leis. Nesse sentir, não haveria motivo para o constituinte temer que o texto que ele próprio estava produzindo fosse obstar a aplicação de leis anteriores que tinha interesse em proteger.

A simples previsão constitucional da edição de uma lei para dispor sobre atos de improbidade administrativa, que importariam suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível (§ 4º do art. 37), não teria o condão de impedir a recepção de outras leis que tratassem do mesmo tema.

O comando dado pelo constituinte ao legislador infraconstitucional poderia ou não ter sido obedecido, sem que, necessariamente, as leis anteriores à promulgação da Carta de 1988, mas com ela compatíveis, automaticamente deixassem de produzir efeitos. Exemplos de situações semelhantes são vários, mas nos resignaremos a citar dois para os quais, até hoje, o legislador se absteve de elaborar lei nova.

O primeiro é a Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, que, recepcionada, faz as vezes da lei complementar exigida pelo art. 165, § 9º, da Constituição, estatuinto normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. O outro, o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), cuja parte recepcionada pela Lei Magna também tem *status* de lei complementar, exercendo as funções previstas no art. 150, § 4º; no art. 156, inciso V; no art. 173 e no art. 174 do texto constitucional.

Nesse diapasão, em sentido contrário do concebido no voto condutor, a inexistência do fragmento “, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento” ao final do § 5º do art. 37 não produziria qualquer efeito sobre a recepção de leis prévias à 5 de outubro de 1988. De forma diversa, ao nosso ver, a presença do referido trecho produz o seguinte efeito na filtragem dessas normas legais quando da sua integração ao ordenamento hodierno: **não são recepcionadas disposições de leis prévias à Constituição de 1988 que prevejam prazos prescricionais para ações de ressarcimento decorrentes de ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que tenham causado prejuízos ao erário.**

Assim, solidamente fundamentados, dissentimos respeitosamente da construção hermenêutica feita pelo ministro Moraes.

Para reforçar o raciocínio empregado, façamos um exercício lógico-interpretativo com uma sentença que possui a mesma dicotomia do comando constitucional: possuir atributo *versus* não possuir atributo. Denominamos o atributo de “alfa” e a sentença é a seguinte: todos os integrantes do grupo X são alfa, ressalvados os membros do grupo X’ desse grupo X.

A inteligência desse enunciado é: a regra no grupo X é ser alfa, exceto para os específicos membros desse grupo que também integram o subgrupo X’. Ora, é evidente que os integrantes do subgrupo X’ não possuem o atributo alfa, sendo desnecessário reafirmar expressamente que esses indivíduos são não-alfa.

Exatamente o mesmo ocorreu com a evolução da redação do § 5º do art. 37 da Constituição Federal. Estratifiquemos o enunciado do constituinte originário, que, incontestavelmente, tem plena liberdade criativa:

- 1) a lei é o veículo normativo que estabelecerá os prazos prescricionais, porque haver **prescrição é a regra (atributo), para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário;**
- 2) a **única ressalva à regra geral da incidência da prescrição (ausência do atributo)** relacionada a atos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário **refere-se às ações destinadas a ressarcimento decorrentes das respectivas (citadas) condutas ilícitas.**

Não é difícil a inteligência do enunciado no dispositivo constitucional. Evidentemente, o constituinte excluiu as ações de ressarcimento de prejuízos decorrentes de ilícitos (sem definir de qual natureza) praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário da regra geral que impõe a prescrição.

Essa linha interpretativa amolda-se rigorosamente ao que prenunciou o ministro José Celso de Mello Filho no julgamento do RE 852.475 ED, no sentido de que a exceção do § 5º do art. 37 é comando que expressa verdadeiro ideal republicano, inibidor da possibilidade de que qualquer pessoa, mesmo depois de transcorrido longo período de tempo, se locuplete ilicitamente da coisa pública e saia ileso da obrigação de ressarcir o prejuízo causado ao erário. Aliás, por motivos de ordem médica, o ministro Celso de Mello não participou do julgamento do RE 636.886 que levou à fixação da tese no Tema 899, objeto de nossa respeitosa censura.

Entre os artifícios técnicos empregados no voto está utilizar a legislação infraconstitucional para interpretar a Constituição. Não vemos com bons olhos a prática.

Para contestar a taxativa prescrição do art. 37, § 5º, da Lei Maior, o ministro usa a Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980) e vaticina que o débito resultante de decisão do Tribunal de Contas tem a mesma natureza de créditos de natureza tributária inscritos em dívida ativa. Assim, alega o magistrado, a pretensão de cobrar o primeiro prescreveria da mesma forma que a do segundo.

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).

(...) Desse modo, entendo que, no caso, não há que se falar em imprescritibilidade, aplicando-se, integralmente, o disposto no artigo 174 do Código Tributário Nacional c/c art. 40 da Lei 6.830/1980, que rege a Execução Fiscal e fixa em cinco anos, respectivamente, o prazo para a cobrança do crédito fiscal e para a declaração da prescrição intercorrente.

Sabemos que a inscrição em dívida ativa do crédito tributário ocorre exatamente para que se lhe dê exequoriedade. Ou seja, para que o crédito possa ser demandado por meio de execução judicial. A decisão do Tribunal de Contas que imputa débito (ressarcimento) é título executivo desde sua lavratura, não sendo nunca inscrito em dívida ativa, por total desnecessidade. Essa é uma diferença, mas não a única ou a mais relevante. O ponto fulcral é: cobrança de tributo não é ressarcimento de prejuízo causado ao erário por ato ilícito de agente público.

Pedindo escusas pela discordância conceitual, entendemos que a aplicação ou não do rito da execução fiscal (definido na legislação infraconstitucional) à cobrança dos débitos (prejuízos) configurados, com liquidez e certeza, em decisões das cortes de contas não tem o condão de afastar sua natureza jurídica nem o privilégio da imprescritibilidade estatuído na Constituição.

Ao serem colocadas lado a lado, é praticamente impossível não estranhar as fixações dos Temas 666, 897 e 899. É muito difícil coadunar e reunir em uma mesma coletânea da jurisprudência do STF as deliberações adotadas no RE 669.069 e no RE 852.475 ED com a do RE 636.886 sem uma certa perplexidade. Observando o respeito devido à mais alta Corte do país, permitimo-nos criticar a adoção, com repercussão geral, do entendimento exarado no Tema 899.

Não identificamos fundamento constitucional que permita jogar por terra o “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”, pontuado por Celso de Mello.

5 A IMPRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO DE COBRAR O RESSARCIMENTO DO § 5º DO ART. 37 COMO DIREITO INDIVIDUAL

Para concluir, expressamos ideia, até onde sabemos, nova e própria, que não vimos discutida nos tribunais superiores.

Indo diretamente ao ponto: a nosso sentir, o § 5º do art. 37 estabelece um direito individual da pessoa que teve o erário lesado – União, estado, município, Distrito Federal ou qualquer pessoa jurídica da administração indireta desses entes – de poder exigir, a qualquer tempo, o ressarcimento pelo dano que lhe foi

causado. Lembrando, mais uma vez, que a cobrança do débito (prejuízo) não é sanção. A pretensão de sancionar, por sua vez, sem dúvida é prescritível.

Não se discute que a pessoa jurídica é titular de direitos e tem capacidade jurídica para defende-los em juízo. O STF reconhece às pessoas jurídicas a titularidade de alguns direitos fundamentais, tais como o direito à propriedade e o direito à imagem. Portanto, não apenas pessoas físicas são titulares de direitos individuais.

O entendimento de que as pessoas jurídicas são destinatárias de direitos fundamentais é consecutória da mais moderna doutrina, ainda que seja indiscutível que a elas não é garantido todo e qualquer direito fundamental.

Transcrevemos trecho de obra de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2002, p. 271), *in verbis*:

Não há, em princípio, impedimento insuperável a que pessoas jurídicas venham, também, a ser consideradas titulares de direitos fundamentais, não obstante estes, originalmente, terem por referência a pessoa física. Acha-se superada a doutrina de que os direitos fundamentais se dirigem apenas às pessoas humanas. Os direitos fundamentais suscetíveis, por sua natureza, de serem exercidos por pessoas jurídicas podem tê-las por titular. (...) Garantias, porém, que dizem respeito à prisão (e.g., art. 5º, LXI) têm as pessoas físicas como destinatárias exclusivas.

Citando Alexandre de Moraes, Fernando Castelo Branco (2001, p. 186) defende a tese de que o campo de aplicação expandido das garantias fundamentais foi ampliado, de forma a alcançar também as pessoas jurídicas, observada a necessária adequação dos princípios fundamentais à realidade desses entes. O primeiro direito da pessoa jurídica é o de existir, em paralelo ao direito à vida das pessoas físicas. É pacífico que o direito à propriedade também faz parte do patrimônio jurídico das pessoas jurídicas.

Alexandre de Moraes, ao tratar dos destinatários da proteção dos direitos fundamentais, assevera que as pessoas jurídicas são beneficiárias dos direitos e garantias individuais, pois se reconhece às associações o direito à existência, o que de nada adiantaria se fosse possível excluí-las de todos os seus demais direitos. Dessa forma, os direitos enumerados e garantidos pela Constituição são de pessoas físicas e jurídicas, pois têm direito à existência, à segurança, à propriedade, à proteção tributária e aos remédios constitucionais.

Assim, considerados os argumentos trazidos à discussão neste artigo, alvitramos serem consistentes os fundamentos para que se considere a imprescritibilidade da pretensão de cobrar ressarcimento por prejuízo de que trata o § 5º do art. 37 da Carta Política como um direito individual (fundamental) da pessoa jurídica pública lesada. Nesta senda, estaremos diante de uma norma constitucional insuscetível de mitigação, ainda que por intermédio de emenda constitucional, por determinação do art. 60, § 4º, IV, da *Lex Magna*.

6 CONCLUSÃO

Reafirmando nossa obsequiosa deferência à instituição Supremo Tribunal Federal e a seus membros, arrematamos este artigo na confiança de haveremos demonstrado, com fundamentos sólidos e raciocínio jurídico lógico e claro, que a tese fixada no Tema 899 da Repercussão Geral não constitui um dos mais felizes momentos da jurisprudência da corte constitucional.

É com muito apreço e consideração que ousamos dizer que a construção teórica desenvolvida no Tema 899 pode ser comparada a uma corrente de elos fracos, como se fossem feitos de gesso, incapazes de suportar leves tensões.

Em que pese o inegável denodo da Suprema Corte na defesa da Constituição e da melhor interpretação de seus comandos, cremos que o entendimento de que é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas está alicerçado sobre frágeis fundamentos.

Não negligenciamos da reverência ao reconhecido saber jurídico do ministro Alexandre de Moraes quando identificamos no voto condutor da deliberação interpretações das teses fixadas nos Temas 666 e 897, smj, dissociadas do que efetivamente neles foi deliberado. Estão presentes também silogismos com os quais é custoso concordar, em que premissas inteira ou parcialmente verdadeiras são utilizadas para conclusões imperfeitas, havendo um imenso vácuo jurídico-conceitual entre umas e outras, que as impede de se juntarem em blocos teóricos sólidos e inatacáveis. Em outros pontos, opiniões juridicamente atacáveis servem de esteio para remates conceituais.

Nessa quadra, diante do que apresentamos neste artigo, e ainda que nutramos apenas um fio de esperança de que isso ocorra, defendemos a revisão da tese firmada no Tema 899 da Repercussão Geral do STF, de forma a que passe a consignar ser imprescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas.

Para concluir, reforçamos a tese aqui defendida de que a imprescritibilidade dessa pretensão não é que apenas mais um simples comando constitucional, mas um direito individual conferido pelo constituinte, fazendo parte do que se denomina núcleo duro da Carta Política. Como cláusula pétrea, sequer se autoriza deliberação de proposta de emenda constitucional tendente a aboli-la.

REFERÊNCIAS

COSTA, Aldo Campos. **O “silêncio eloquente” na jurisprudência do Supremo.** 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-nov-21/toda-prova-silencio-eloquente-jurisprudencia-supremo>>. Acesso em: 4 mai. 2020.

BRANCO, Fernando Castelo. **A Pessoa Jurídica no Processo Penal.** São Paulo: Saraiva. 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais.** 1. .ed.. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

Missão da Consultoria Legislativa

Prestar consultoria e assessoramento especializados ao Senado Federal e ao Congresso Nacional, com o objetivo de contribuir com o aprimoramento da atividade legislativa e parlamentar, em benefício da sociedade brasileira.



Núcleo de Estudos
e Pesquisas

Consultoria
Legislativa

SENADO
FEDERAL



ISSN 1983-0645