
A prescrição para instauração de tomada de contas especial

*The expiring period to take special
accountability*

Leanne Araújo Holanda

- » Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza.
- » Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Processo Trabalhista na UniChristus.
- » Advogada do Banco do Nordeste do Brasil S.A.
- » E-mail: leanneholanda@bnb.gov.br

RESUMO

O artigo tem por objeto analisar a prescrição para instauração da Tomada de Contas Especial, procedimento este que visa a apuração de eventuais danos à Administração Pública, a responsabilização dos agentes causadores, bem como o ressarcimento dos valores ao erário. A imprescritibilidade da Ação de Ressarcimento ao Erário, defendida por diversas correntes doutrinárias e jurisprudenciais, com fundamento no Art. 37, §5º da Constituição Federal, serve de supedâneo para as discussões travadas em torno do prazo de prescrição para instauração de Tomada de Contas Especiais. A tese sobre imprescritibilidade do ressarcimento ao erário vem sendo objeto de novas discussões e entendimentos pelos Tribunais Pátrios, conforme será abordado no presente estudo, fazendo surgir uma nova abordagem a respeito do prazo para instauração da Tomada de Contas Especial.

PALAVRAS-CHAVES

Tomada de Contas Especial. Prescrição. Ressarcimento de danos ao erário. Imprescritibilidade. Danos causados à Administração Pública.

ABSTRACT:

The article has the goal to analyze the expiring period to take special account, procedure that look forward to identify losses for the public administration, pointing the responsibility of the public agents and search to refund the treasury. The no expiring period to take legal action to refund government losses, defended by many author and judicial precedent, based on art. 37, §5º of the Federal Constitution, open the possible discussion of the expiring period to take Special Accountability. The no expiring period to refund the government thesis has been object to new discussions and

court decisions throughout the country, as will be presented in this paper, lightning up a new perspective about the expiring period to take Special Accountability.

KEYWORDS

Special Accountability. Expiring period. Refund for losses. No expiring period. Losses to the public administration.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A Tomada de Contas Especial e a prescrição. 3. A imprescritibilidade do ressarcimento ao erário e o entendimento do Supremo Tribunal Federal. 4. A recente decisão da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça acerca da prescrição para instauração da Tomada de Contas Especial. 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O princípio republicano, fundado na igualdade formal das pessoas, no qual os detentores do poder político são eleitos pelo povo e atuam em nome do povo, tem como uma de suas características a responsabilidade dos exercentes de funções executivas pelas decisões políticas que tomarem e pela gestão dos recursos e bens públicos.

A prestação de contas é o instrumento que confere efetividade à forma republicana, permitindo acompanhar e fiscalizar os atos e despesas realizados pelos gestores públicos, promovendo a transparência dos atos administrativos, a fim de que se verifique se a legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência foram observados.

A Constituição Federal impõe o dever de prestar contas em seu Art. 70, parágrafo único, ao dispor que “prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”.

Aquele que não prestar contas dos valores públicos que estiverem sob sua gestão, ou der causa, por sua conduta, à dano ou desfalque ao erário público, responderá perante o Estado pelo ressarcimento dos valores perdidos sob sua guarda ou pelo prejuízo causado, além de sofrer as penalidades administrativas ou penais cabíveis.

Segundo o disposto no Art. 37, §5º da Constituição Federal, “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”. A doutrina, interpretando esse dispositivo constitucional, entendeu, em sua maioria, que a Constituição Federal estabeleceu uma hipótese de imprescritibilidade em relação às

ações de ressarcimento ao erário causado por qualquer agente, servidor ou não. A jurisprudência, inicialmente vacilante sobre o assunto, se firmou no sentido da imprescritibilidade, após o Supremo Tribunal Federal apreciar o Mandado de Segurança n. 26.210-9/DF, por meio do qual decidiu deixar assente que as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores dos prejuízos são imprescritíveis.

Recentemente, no entanto, o Supremo Tribunal Federal afetou alguns temas como de repercussão geral, relativos ao alcance da imprescritibilidade e a interpretação do Art. 37, §5º da Constituição Federal. São eles o tema 666 - imprescritibilidade das ações de ressarcimento por danos causados ao erário, ainda que o prejuízo não decorra de ato de improbidade administrativa; tema 897 - prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos por ato de improbidade administrativa; e tema 899 prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas. Assim, constata-se que o assunto sobre a prescrição para ressarcimento à Fazenda voltou à tona, de modo que a comunidade jurídica está aguardando uma possível mudança no entendimento da Corte. Outros Tribunais, como o STJ também estão emitindo novos entendimentos acerca do alcance da imprescritibilidade, ao tempo que se observa também uma tendência de modificação do entendimento da doutrina sobre o assunto.

Uma vez que o procedimento de Tomada de Contas Especial tem por objetivo o ressarcimento por danos ao erário, eventual alteração do entendimento do Supremo sobre o prazo de prescricional da pretensão ressarcitória trará impactos para a TCE, sobretudo no que diz respeito aos prazos estabelecidos para o seu processamento.

Serão, portanto, objeto de estudo no presente artigo, a Tomada de Contas Especial, suas regras, efeitos e prazos, o entendimento do Tribunal de Contas da União, órgão competente para julgamento das

TCEs no âmbito federal, sobre os prazos de instauração da TCE e prazo prescricional da pretensão punitiva e de ressarcimento, bem como a análise dos recentes julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre a imprescritibilidade de ação de ressarcimento por danos ao erário, e seus possíveis impactos no âmbito das TCEs.

2. A TOMADA DE CONTAS ESPECIAL E A PRESCRIÇÃO

A Tomada de Contas Especial é um processo administrativo, com rito próprio, devidamente formalizado para apurar responsabilidade por ocorrência de dano à administração pública federal, com investigação de fatos, quantificação do dano, e identificação dos responsáveis, visando obter o respectivo ressarcimento.¹

A instauração de uma TCE tem como pressuposto a conduta do agente público que agiu em descumprimento à lei, ou que deixou de atender ao interesse público, seja em razão de omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação de recursos ou ocorrência de desfalque, desvio ou desaparecimento de dinheiros, bens ou valores públicos, ou em razão da prática de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico que resulte dano à Administração Pública.

A Instrução Normativa n. 71/2012 do Tribunal de Contas da União², com as alterações promovidas pela Instrução Normativa 76/2016, regulamenta a Tomada de Contas Especial no âmbito federal, e informa em seu Art. 5º os pressupostos para sua instauração:

1 Art. 2º da Instrução Normativa Tribunal de Contas da União n. 71/2012.

2 Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/fiscalizacao-e-controle/prestacao-de-contas/tomada-de-contas-especial/legislacao-e-normativos-infralegais/instrucoes-e-decisoes-normativas.htm>>. Acesso em:

Art. 5º É pressuposto para instauração de tomada de contas especial a existência de elementos fáticos e jurídicos que indiquem a omissão no dever de prestar contas e/ou dano ou indício de dano ao erário (NR)(todo o Art.)(Instrução Normativa nº 76, de 23/11/2016, DOU de 12/12/2016).

Parágrafo único. O ato que determinar a instauração da tomada de contas especial, deverá indicar, entre outros:

I - os agentes públicos omissos e/ou os supostos responsáveis (pessoas físicas e jurídicas) pelos atos que teriam dado causa ao dano ou indício de dano identificado;

II - a situação que teria dado origem ao dano ou indício de dano a ser apurado, lastreada em documentos, narrativas e outros elementos probatórios que deem suporte à sua ocorrência;

III - exame da adequação das informações contidas em pareceres de agentes públicos, quanto à identificação e quantificação do dano ou indício de dano;

IV - evidenciação da relação entre a situação que teria dado origem ao dano ou indício de dano a ser apurado e a conduta da pessoa física ou jurídica supostamente responsável pelo dever de ressarcir os cofres públicos.

Dado os pressupostos da Tomada de Contas Especial, conclui-se que a sua instauração somente se dará quando constatado elementos fáticos ou jurídicos que indiquem omissão na prestação de contas ou prejuízo para Administração Pública, sendo ainda possível identificar os eventuais responsáveis pelo dano. A respeito da TCE, apresenta-se decisão do Supremo Tribunal Federal no qual a Corte reitera os seus objetivos, além de declarar a necessidade do atendimento dos princípios da ampla defesa e contraditório:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. ABERTURA DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. OBSERVÂNCIA À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO EM PROCEDIMENTO PRELIMINAR AO PROCESSO DE TOMADA DE

CONTAS ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A abertura de tomada de contas especial tem por objetivo apurar o suposto prejuízo ao Erário e identificar os respectivos responsáveis e valores, quando serão oportunizados o contraditório e a ampla defesa. 2. *In casu*, a alegação dos recorrentes de ofensa ao contraditório e à ampla defesa recai sobre procedimento anterior ao processo de tomada de contas especial. 3. Mesmo se tratando de procedimento preliminar, a ampla defesa e o contraditório foram respeitados, tendo em vista que a decisão do TCU, proferida em 2002, apenas havia ressaltado a possibilidade de requisição de serviços técnicos. Contudo, posteriormente, decidiu não ser preciso a requisição, facultando às partes a produção de provas que julgassem necessárias, na forma estabelecida pelo RITCU. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.³

Como características da TCE, importante destacar que constitui um procedimento formal que exige a devida autuação em processo específico, designação de uma comissão ou tomador de contas, notificação dos responsáveis e documentação de todos os procedimentos e medidas adotadas. Além disso, é um procedimento que segue rito próprio, disciplinado, no âmbito federal, pela IN 71/2012 do TCU com as alterações da IN 76/2016, e constitui medida de exceção, somente devendo ser instaurado após esgotadas todas as medidas administrativas internas que visem ao ressarcimento do prejuízo.

Finalmente, a Tomada de Contas Especial não deve ser confundida com um Processo Administrativo Disciplinar ou Sindicância, uma vez que a primeira visa a integridade dos recursos públicos, não se destinando à apuração e ao acatamento da disciplina e às normas administrativas de conduta dos agentes públicos. Além disso, a TCE é julgada pelo Tribunal

³ MS 26936 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 03/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-231 DIVULG 17-11-2015 PUBLIC 18-11-2015.

de Contas da União e não pela autoridade administrativa disciplinar do órgão ou entidade. Quanto aos seus efeitos, na TCE a decisão do Tribunal de Contas referente à imputação de débito ou multa tem força de título executivo, enquanto que em PADs ou Sindicâncias, a recomposição do Erário se subordina à discussão no âmbito administrativo.

A Instrução Normativa 71/2012 do TCU, com as alterações promovidas pela IN 76/2016, dispõe em seu Art. 6º, II que a instauração da TCE será dispensada quando houver transcorrido prazo superior a dez anos, salvo determinação em contrário do Tribunal de Contas da União, *in verbis*:

Art. 6º Salvo determinação em contrário do Tribunal de Contas da União, fica dispensada a instauração da tomada de contas especial, nas seguintes hipóteses:

I - o valor do débito for inferior a R\$ 100.000,00, considerando o modo de referenciação disposto no § 3º deste artigo (NR) (Instrução Normativa nº 76, de 23/11/2016, DOU de 12/12/2016);

II - houver transcorrido prazo superior a dez anos entre a data provável de ocorrência do dano e a primeira notificação dos responsáveis pela autoridade administrativa competente;

§ 1º A dispensa de instauração de tomada de contas especial de valor inferior ao estabelecido no inciso I do caput não se aplica aos casos em que a soma dos débitos de um mesmo responsável atingir o referido valor (AC)(Instrução Normativa nº 76, de 23/11/2016, DOU de 12/12/2016).

§ 2º. A dispensa de instauração de tomada de contas especiais, conforme previsto no inciso I do caput, não exige a autoridade administrativa de adotar outras medidas administrativas ao seu alcance ou requerer ao órgão jurídico pertinente as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis, com vistas à obtenção do ressarcimento do débito apurado, inclusive o protesto, se for o caso (AC)(Instrução Normativa nº 76, de 23/11/2016, DOU de 12/12/2016).

§ 3º Para fins da aplicação do inciso I do caput, deverá proceder-se do seguinte modo (AC)(Instrução Normativa nº 76, de

23/11/2016, DOU de 12/12/2016):

I - no caso de o fator gerador do dano ao erário ser anterior à data de vigência desta instrução normativa, o valor original deverá ser atualizado monetariamente até a data de vigência desta instrução normativa;

II - no caso de o fato gerador do dano ao erário ser posterior à data de vigência desta instrução normativa, o valor a ser comparado com o valor-referência definido no inciso I deste artigo será o valor original do débito, sem atualização monetária.

Segundo o Manual de Tomada de Contas da Controladoria Geral da União⁴, a contagem do tempo se inicia com a data fixada para apresentação da prestação de contas (nos casos de omissão ou da não comprovação da aplicação dos recursos) e, nos demais casos de ressarcimento ao erário, da data do evento, quando conhecida, ou da data de ciência do fato pela Administração.

Deve-se atentar, contudo, que o disposto no Art. 6º da IN 71/2012 não diz respeito a prazo de prescrição, até mesmo porque, prazos prescricionais somente podem ser estabelecidos através de Lei, e a Instrução Normativa não é lei em sentido formal, mas sim regulamento interno instituído pelo próprio TCU. Assim, o disposto na IN 71/2012, Art. 6º, constitui permissivo para não instauração de TCE nos casos especificamente apresentados nos incisos I e II, mas que não impede a sua instauração, caso o Tribunal assim determine. Nesse sentido, é a parte inicial do Art. 6º que afirma “salvo determinação em contrário do Tribunal de Contas da União, fica dispensada a instauração da tomada de contas especial”, ou seja, se houver determinação do TCU a tomada de contas deve ser instaurada, ainda que configurada as hipóteses dos incisos I e II.

De acordo com o entendimento da própria Corte de Contas, a dispensa

⁴ Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/auditoria-e-fiscalizacao/avaliacao-da-gestao-dos-administradores/tomadas-de-contas-especiais/manual>>. Acesso em:

estabelecida pelo Art. 6º, inciso II se justifica em razão do prejuízo que o longo tempo decorrido desde a ocorrência do fato danoso acarretaria à ampla defesa dos envolvidos. No entanto, esse prejuízo deve ser avaliado em cada caso, de acordo com os elementos disponíveis, a fim de se verificar se houve, de fato, prejuízo ao pleno exercício da defesa. Verificando o Tribunal que o contraditório e a ampla defesa podem ser exercidas, ainda que ultrapassados os 10 anos, poderá ser excepcionada a dispensa e instaurada a TCE. Nesse sentido, seguem alguns enunciados do TCU:

A dispensa de instauração de Tomada de Contas Especial (TCE) quando decorridos dez anos entre a data provável de ocorrência do dano e a primeira notificação dos responsáveis não é regra absoluta, mas uma faculdade, em que é avaliada a razoabilidade de se prosseguir a investigação do caso concreto, sopesando a disponibilidade da documentação necessária para tanto, dentre outros aspectos.⁵

O transcurso do lapso de dez anos para dispensa de instauração da tomada de contas especial, apesar de admitido em tese, precisa ser avaliado em confronto com os elementos disponíveis em cada caso, com o objetivo de verificar se houve, de fato, prejuízo ao pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.⁶

Ultrapassada essa questão acerca do prazo para dispensa para instauração da TCE, prevista na Instrução Normativa 71/2012 do TCU, digna de nota dada à necessidade de se fazer a diferenciação com a prescrição, passa-se à análise do entendimento daquela Corte de Contas a respeito dos prazos prescricionais para instauração de TCE.

Da análise dos julgados do Tribunal de Contas da União, observa-se

5 TCU, Acórdão 2223/2014, Plenário, Relator José Múcio Monteiro, Sessão em 27/08/2014.

6 TCU, Acórdão 6018/2015, Segunda Câmara, Relator Marcos Bemquerer Costa, Sessão 25/08/2015.

que a Corte possui entendimentos distintos a respeito da prescrição da pretensão punitiva, relativa à aplicação de sanções no âmbito do Tribunal, e da prescrição para ressarcimento do débito.

Com efeito, o entendimento consolidado no TCU, a respeito do prazo para pretensão punitiva, é de que se aplica, neste caso, as regras gerais de prescrição do Código Civil, e não o prazo prescricional previsto nas normas que regulamentam a ação punitiva da Administração no uso do poder disciplinar, tal como a prevista na Lei 9.873/99, ou na Lei 9.784/99. A questão foi objeto de uniformização no Acórdão 1.441/2016, no qual o Plenário decidiu que a pretensão punitiva se subordina ao prazo geral de prescrição indicado no Art. 205 do Código Civil, que é de 10 anos, contado da data de ocorrência da irregularidade sancionada, nos termos do Art. 189 do Código Civil, sendo este prazo interrompido pelo ato que ordenar a citação, a audiência ou a oitiva do responsável. Conforme o mesmo Acórdão, a ocorrência desta espécie de prescrição será aferida, independentemente de alegação da parte, em cada processo no qual haja intenção de aplicação das sanções previstas na Lei 8.443/1992.

Com relação ao prazo para instauração da TCE, visando o ressarcimento do débito, entende o TCU que a pretensão é imprescritível, conforme interpretação do Art. 37, IX da Constituição Federal, e da súmula 282 do TCU. Mesmo com o tema relativo ao alcance da imprescritibilidade estando pendente de julgamento pelo Supremo, observa-se que o TCU mantém o seu entendimento pela não prescrição da pretensão de ressarcimento por danos à Fazenda Pública, conforme os recentes Acórdãos n.º 13592/2016⁷, n.º 7607/2016⁸ e 3082/2016⁹, dentre outros.

7 TCU, Acórdão 13592/2016, Segunda Câmara, Relator Marcos Bemquerer, Sessão 06/12/2016.

8 TCU, Acórdão 7607/2016, Primeira Câmara, Relator José Múcio Monteiro, Sessão 06/12/2016.

9 TCU, Acórdão 3082/2016, Plenário, Relator Bruno Dantas, Sessão 30/11/2016.

3. A IMPRESCRITIBILIDADE DO RESSARCIMENTO AO ERÁRIO E O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O prazo de prescrição para o Estado exercer sua pretensão para o ressarcimento de danos que causem lesão ao erário é tema polêmico, que não encontrou, até o presente momento, posição unânime na doutrina ou jurisprudência firmada pelos Tribunais. As discussões versam acerca da adequada interpretação do conteúdo disciplinado no Art. 37, §5º da Constituição Federal, que 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.”

Inicialmente, a interpretação dada pela maioria da doutrina acerca desta norma constitucional, desde a promulgação da Carta, foi no sentido de que as ações de ressarcimento ao erário não se submetiam à prescrição, uma vez que, após afirmar que a lei estabelecerá os prazos prescricionais para ilícitos que causem prejuízos ao erário, a parte final do parágrafo ressalva as ações de ressarcimento. Nesse sentido, seguem trechos de algumas doutrinas publicadas sobre o assunto:

A prescritebilidade é princípio geral de 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 imprescritebilidade 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, os 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. Essa mesma orientação tem sido acolhida pelo STJ, servindo como exemplo o posicionamento exarado no julgamento do REsp 894.539/PI.¹⁰

A prescrição da ação de improbidade está disciplinada no artigo 23, que distingue duas hipóteses: pelo inciso I, a prescrição ocorre cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; para os que exercem cargo efetivo ou emprego, o inciso II estabelece que a prescrição ocorre no mesmo prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público. 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 dos danos.¹¹

Nos últimos anos, entretanto, foi constatado que alguns autores que outrora se filiaram ao entendimento pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, após reflexão mais aprofundada, reviram a posição antes adotada para concluir que se aplica a prescrição para a pretensão de ressarcimento ao erário. Celso Antônio Bandeira de Melo é um exemplo, conforme se observa do excerto abaixo destacado:

Até a 26ª edição deste Curso, admitimos que, por força do § 5º do Art. 37, de acordo com o qual os prazos de prescrição para ilícitos

10 GASPARINI, D. **Direito administrativo**. 16.ed. São Paulo: Saraiva: 2011. p. 254-255.

11 DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 789-790.

causados ao erário serão estabelecidos por lei, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento, estas últimas seriam imprescritíveis. É certo que aderíamos a tal entendimento com evidente desconforto, por ser óbvio o desacerto de tal solução normativa.

(...)

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 de 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 penais.¹²

Márcia Pelegrini, em artigo cujo tema é “A Prescrição da Pretensão Ressarcitória do Estado”¹³ aponta em seu estudo a mudança de entendimento de outros doutrinadores sobre essa questão, tais como Fábio Medina Osório e Lúcia Valle Figueiredo, além de demonstrar que outros doutrinadores, como Ada Pellegrini Grinover, manifestam o entendimento pela prescritibilidade da pretensão ressarcitória do Poder Público.

Com relação à jurisprudência dos Tribunais pátrios, apesar de inicialmente vacilante, consolidou-se o entendimento de que as ações de ressarcimento ao erário são imprescritíveis, uma vez que o STF,

12 MELO, C. A.B. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 1064.

13 PELEGRINI, M. **A prescrição da pretensão ressarcitória do Estado** - Exegese do Art. 37, §5º da Constituição Federal e aplicabilidade no exercício da função controladora exercida pelos Tribunais de Contas. Fórum Administrativo - Direito Público. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 09.

no julgamento do Mandado de Segurança n. 26.210, a despeito de terem sido aventadas distintas teses pelos ministros, adotou a tese da imprescritibilidade da pretensão ressarcitória. O citado precedente passou a ser aplicado internamente no Supremo Tribunal Federal, como no RE n.º 578.428/RS-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe 14.11.2011; RE n.º 646.741/RS-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe 22.10.2012; e AI n.º 712.435/SP-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe 12.4.2012, consolidando-se o entendimento do Tribunal no sentido da imprescritibilidade das ações de ressarcimento de dano ao erário.

Esse julgado tornou-se importante *leading case*, tendo influenciado posicionamentos mais uniformes tanto em órgãos do Poder Judiciário quanto no Tribunal de Contas da União, que acabaram acatando a tese da imprescritibilidade em observância à interpretação constitucional realizada pelo Supremo. Não obstante, em alguns Tribunais a questão da imprescritibilidade é debatida e apreciada em sentidos diversos, sobretudo quanto ao seu alcance, no que diz respeito à natureza das pretensões que são acobertadas pela imprescritibilidade.

Recentemente, no entanto, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 669.069/MG pelo STF, reconhecida a repercussão geral do tema (Tema 666¹⁴), o entendimento anterior que vinha sendo exarado em favor da imprescritibilidade voltou a ser debatido, reacendendo importantes questões acerca da abrangência do comando do Art. 37, §5º constitucional. Tratou-se de Recurso Extraordinário interposto contra decisão proferida pelo TRF 1ª Região, que reconheceu estar prescrita a ação de ressarcimento de danos materiais promovida com fundamento em acidente de trânsito.

14 DJe de 03/08/2013, Tema 666: imprescritibilidade das ações de ressarcimento por danos causados ao erário, ainda que o prejuízo não decorra de ato de improbidade administrativa.

Submetido ao STF, recebeu da Corte, crivo positivo quanto à existência de repercussão geral, tendo o Ministro Relator Teori Zavascki reconhecido que há, no plano doutrinário e jurisprudencial, acirrada divergência de entendimentos, fundamentados, basicamente em três linhas interpretativas: (a) a imprescritibilidade aludida no dispositivo constitucional alcança qualquer tipo de ação de ressarcimento ao erário; (b) a imprescritibilidade alcança apenas as ações por danos ao erário decorrentes de ilícito penal ou de improbidade administrativa; (c) o dispositivo não contém norma apta a consagrar imprescritibilidade alguma.

Iniciado o julgamento do RE em novembro de 2014, o Ministro Relator emitiu voto no sentido de que a ressalva contida na parte final do parágrafo 5º do artigo 37 da Constituição Federal, que remete à lei a fixação de prazos de prescrição para ilícitos que causem prejuízos ao erário, mas excetua respectivas ações de ressarcimento, deve ser entendida de forma estrita. Segundo ele, uma interpretação ampla da ressalva final conduziria à imprescritibilidade de toda e qualquer ação de ressarcimento movida pelo erário, mesmo as fundadas em ilícitos civis que não decorram de culpa ou dolo.

O Ministro observou que no ordenamento jurídico brasileiro, a prescritibilidade, além de regra, é fator importante para a segurança e estabilidade das relações jurídicas e da convivência social. Portanto, segundo ele, a ressalva constitucional da imprescritibilidade não se aplica a qualquer ação, mas apenas às que busquem o ressarcimento, decorrentes de sanções por atos de improbidade administrativa e ilícitos penais contra a Administração Pública. O Ministro considerou que uma interpretação ampla dessa regra levaria a resultados incompatíveis com o sistema, entre os quais, o de tornar imprescritíveis ações de ressarcimento por simples atos culposos. Por estas razões, o Ministro Teori Zavascki negou provimento ao recurso, e propôs fixar como tese de repercussão geral que a imprescritibilidade a que se refere o parágrafo 5º do artigo 37

da Constituição diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos ao erário decorrentes de atos tipificados como improbidade ou ilícitos penais.

O Ministro Luís Roberto Barroso, ao proferir o seu voto, concordou com o voto do relator, porém, considerando não estar a Corte em condições de sistematizar o tema, haja vista que a questão da improbidade ou ilícito penal não foi objeto do processo, e, portanto, não passou pelo contraditório, sugeriu a fixação da seguinte tese: “é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”. Após debates entre alguns ministros da Corte, acompanharam integralmente o relator os Ministros Rosa Weber e Luiz Fux, votando o Ministro Roberto Barroso pelo provimento do recurso, mas afirmando a tese mais restritiva mencionada. O Ministro Dias Toffoli pediu vista do recurso, suspendendo o julgamento.

Em fevereiro de 2016, o Tribunal retomou o julgamento do recurso e, debatendo o tema da imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário, firmou a tese de repercussão geral no sentido de que “é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”. Em seu voto-vista, o Ministro Dias Toffoli entendeu que não se discutia, neste feito, a prescritibilidade ou não das pretensões sancionatórias pela prática de atos de improbidade ou ilícitos penais, portanto, não havia como se debater sobre todo o conteúdo jurídico do Art. 37, §5º da CF, porque a análise desse e de outros temas deveriam ser aprofundados com o desenvolvimento de pontos de vista sobre esses assuntos nas instâncias originárias. Assim, a despeito de votar também pelo não provimento do apelo, divergiu parcialmente do relator ao sugerir a tese de que “não se aplica à ação de reparação por danos causados por acidente de trânsito a imprescritibilidade a que se refere o Art. 37, §5º da Constituição Federal”. Finalmente, restou vencedora, por maioria, a tese sugerida pelo Ministro Barroso de que “é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”.

Ante todo o exposto, verifica-se que, inicialmente, o tema de repercussão geral 666 teve, de fato, por objeto, o alcance da imprescritibilidade da pretensão ao ressarcimento ao erário prevista no Art. 37, §5º da CF, conforme ementa e trecho da decisão que reconheceu a repercussão geral:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA RESSALVA FINAL PREVISTA NO ARTIGO 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Apresenta repercussão geral o recurso extraordinário no qual se discute o alcance da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário prevista no artigo 37, § 5º, da Constituição Federal.

Trecho da decisão que admitiu a repercussão geral:

3. Questiona-se, à luz do § 5º do artigo 37, da Constituição Federal, o sentido e o alcance a ser dado à ressalva final do dispositivo, 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”.

4. A questão transcende os limites subjetivos da causa, havendo, no plano doutrinário e jurisprudencial, acirrada divergência de entendimentos, fundamentados, basicamente, em três linhas interpretativas: (a) a imprescritibilidade aludida no dispositivo constitucional alcança qualquer tipo de ação de ressarcimento ao erário; (b) a imprescritibilidade alcança apenas as ações por danos ao erário decorrentes de ilícito penal ou de improbidade administrativa; (c) o dispositivo não contém norma apta a consagrar imprescritibilidade alguma. É manifesta, assim, a relevância e a transcendência dessa questão constitucional.

5. Diante do exposto, manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão suscitada.

Entretanto, no julgamento do Recurso Extraordinário, os Ministros concluíram que a ação apenas tratava de ressarcimento de dano civil causada por acidente de trânsito, não envolvendo, portanto, improbidade administrativa ou ilícito penal, de modo que essa questão não foi objeto de contraditório neste processo. Ou seja, a Corte não foi exposta aos diferentes argumentos acerca da imprescritibilidade ou não nos casos de improbidade e ilícito penal, vez que esses não constituíam objeto da ação, tendo sido apreciado pelo Tribunal Regional inferior apenas como *obiter dictum*¹⁵.

Assim, o Supremo Tribunal Federal, ao concluir o julgamento do RE 669.069/MG, não se posicionou acerca do completo alcance do Art. 37, §5º da CF, apenas tendo deliberado que para os casos de ilícito civil há prescrição para pretensão de ressarcimento pela Administração Pública.

Destaca-se que a Corte também não se manifestou sobre o alcance do que consistiria ilícito civil. Nos debates travados entre os ministros, o relator Teori Zavascki indagando sobre o que seria ilícito civil, obteve do ministro Luís Roberto Barroso a resposta de que “é o que não é penal nem administrativo”, mas essa questão não foi objeto de decisão.

Interpostos Embargos de Declaração no RE 669.069/MG¹⁶, o Plenário entendeu pela rejeição dos aclaratórios, tendo o relator informado que nos debates travados por ocasião do julgamento do RE, ficou clara a opção do Tribunal de considerar como ilícito civil os de natureza semelhante à

15 *Obiter dictum*: refere-se àquela parte da decisão considerada dispensável, que o julgador disse por força da retórica e que não importa em vinculação para os casos subsequentes. Referem-se aos argumentos expendidos para completar o raciocínio, mas que não desempenham papel fundamental na formação do julgado. São verdadeiros argumentos acessórios que acompanham o principal - ratio decidendi (razão de decidir). Neste caso, a supressão do excerto considerado *obiter dictum* não prejudica o comando da decisão, mantendo-a íntegra e inabalada.

16 RE 669069 ED, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 16/06/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-136 DIVULG 29/06/2016 PUBLIC 30/06/2016.

do caso concreto em exame, a saber: ilícitos decorrentes de acidente de trânsito. Segundo o Ministro¹⁷:

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. Ficou expresso nesses debates, reproduzidos no acórdão embargado, que a prescritibilidade ou não em relação a esses outros ilícitos seria examinada em julgamento próprio.

Para fins de análise da prescrição no âmbito da Tomada de Contas Especial o julgamento do RE 669.069/MG pelo STF não traz maiores esclarecimentos, uma vez que o Supremo não se manifestou sobre a prescrição para ressarcimento de danos ao erário decorrente de ilícito administrativo. Com efeito, a TCE é instrumento que serve ao TCU para apuração de dano ao erário decorrente de ato de administração de bens e valores públicos, de modo que o ilícito praticado pelo agente nessa condição não se enquadra como ilícito civil, mas como ilícito administrativo.

O Tribunal de Contas da União já teve oportunidade de se manifestar sobre o julgamento da Repercussão Geral 666, fixando o entendimento de que a tese exarada pelo Supremo no RE 669.069/MG não alcança prejuízos que decorram de ilícitos administrativos. Nesse sentido, os Acórdãos 2910/2016-Plenário, 5928/2016-Segunda Câmara e 5939/2016-Segunda Câmara, esse último, cuja ementa a seguir está destacada:

Enunciado: A tese fixada pelo STF no RE 669.069 (Repercussão Geral 666), que trata da incidência da prescrição nos débitos com a União decorrentes de ilícitos civis (prazo prescricional de cinco anos), não alcança prejuízos que decorram de ilícitos administrativos, como a não comprovação da regular gestão de

17 RE 669069 ED, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 16/06/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-136 DIVULG 29/06/2016 PUBLIC 30/06/2016.

recursos públicos, que são imprescritíveis.¹⁸

Não obstante, o julgamento do Tema 666 não tenha produzido impactos no entendimento sobre o prazo de prescrição para instauração da TCE como poderia se ter imaginado, dado a inicial inclinação da Corte Suprema de analisar a completa abrangência do Art. 37, § 5º, releva destacar que outros dois temas foram recentemente reconhecidos com repercussão geral, pelo STF, relacionados à imprescritibilidade de ressarcimento ao erário. São eles o Tema 897 e 899, cujas ementas abaixo estão colacionadas:

Ementa: ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRITIBILIDADE (ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. 1. Possui repercussão geral a controvérsia relativa à prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário, em face de agentes públicos, em decorrência de suposto ato de improbidade administrativa. 2. Repercussão geral reconhecida.¹⁹

Ementa: ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EXECUÇÃO FUNDADA EM ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRITIBILIDADE (ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. 1. Possui repercussão geral a controvérsia relativa à prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas. 2. Repercussão geral reconhecida.²⁰

18 TCU, Segunda Câmara, Relator Marcos Bemquerer, Acórdão 5939/2016, Sessão 17/05/2016.

19 RE 852475 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 19/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 25/05/2016 PUBLIC 27/05/2016.

20 RE 636886 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 02/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 14/06/2016 PUBLIC 15/06/2016.

O Tema 897 discute exatamente a prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos em decorrência de suposto ato de improbidade administrativa. Espera-se que a Corte se pronuncie acerca da prescrição para ressarcimento quando o dano ao erário decorre de ato ou omissão enquadrado como improbidade, nos termos da Lei 8.429/92. Pondera-se que, caso o STF aprecie o tema somente com relação aos casos em que há Ação Civil Pública ajuizada para condenação do agente em ato de improbidade, a tese poderá não ter impactos sobre o prazo para processamento de TCE, pois, como já afirmado, a TCE não tem por objetivo a imposição de sanção administrativa ou política, mas sim a reposição do prejuízo. Logo, eventual análise restritiva por parte do Tribunal, que diga respeito somente à ação que impõe condenação por improbidade administrativa poderá não estender efeitos ao estudo da prescrição da TCE.

Já com relação ao Tema 899, este especificamente trata da pretensão de ressarcimento fundada em decisão de Tribunal de Contas. A matéria fática que deu origem ao recurso refere-se à condenação, pelo TCU, em ressarcimento de recursos públicos por não prestação de contas de valores repassados através de convênio. O relator do Recurso, que neste caso também era o Ministro Teori Zavaski, reconhece que o Supremo já assentou a imprescritibilidade de pretensão de ressarcimento ao erário em caso análogo ao presente, mas que, tendo em vista a manifestação de juízes da Corte em sentido contrário, quando do julgamento do RE 669.069/MG, incumbe submeter novamente à análise do Plenário do Supremo. Tendo em vista o falecimento do Ministro Teori Zavascki, a relatoria do recurso deverá ficar a cargo do próximo Ministro que assumir a vaga na Corte, ou poderá ser redistribuída para outro Ministro, caso a Presidente do STF vislumbre excepcional necessidade.

O julgamento do Tema 899 pelo Supremo trará importante impacto

para o procedimento da Tomada de Contas Especial. Caso o STF entenda que é prescritível a condenação em ressarcimento decorrente de decisão de Cortes de Contas, além de haver o impacto em milhares de processos de TCE que estão em tramitação em diversos órgãos e entidades da Administração Federal e Estadual, também a atuação dos Tribunais de Contas deverão ser ajustadas, a fim de conseguir jurídica e operacionalmente dar cabo à instauração dos procedimentos de TCE antes que a prescrição fulmine essa pretensão. Ademais, diversas questões jurídicas relacionadas ao prazo de prescrição, seu termo inicial, suspensão e interrupção deverão ser objeto de análise, julgamento e uniformização, para que se tenha tranquilidade e segurança jurídica no julgamento das TCEs.

4. A RECENTE DECISÃO DA PRIMEIRA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ACERCA DA PRESCRIÇÃO PARA INSTAURAÇÃO DA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL

Enquanto o Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, competindo a guarda da Constituição Federal, e, precipuamente, o julgamento de ações e recursos que versem sobre a aplicação de dispositivos da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça é a Corte responsável por uniformizar a interpretação da legislação federal em todo o Brasil.

O Superior Tribunal de Justiça detém competência, portanto, para apreciar os recursos que debatam matérias envolvendo a aplicação de leis federais, razão pela qual esse Tribunal em diversas ocasiões julgou matérias envolvendo Tomada de Contas Especiais e as normas que regulamentam o processo administrativo federal. Com relação ao alcance do Art. 37, §5º da CF, o STJ não detém competência para julgamento da questão.

Em julgado do ano de 2009, a Segunda Turma do Tribunal entendeu que é imprescritível a instauração de TCE para apuração de danos causados ao erário e ressarcimento do prejuízo, em decorrência lógica da imprescritibilidade de ressarcimento ao erário reconhecida pelo STF:

ADMINISTRATIVO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. DANO AO ERÁRIO. RESSARCIMENTO. IMPRESCRITIBILIDADE. MULTA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL.

ART. 1º DA LEI 9.873/1999. INAPLICABILIDADE.

1. A pretensão de ressarcimento por prejuízo causado ao Erário é imprescritível. Por decorrência lógica, tampouco prescreve a Tomada de Contas Especial no que tange à identificação dos responsáveis por danos causados ao Erário e à determinação do ressarcimento do prejuízo apurado. Precedente do STF.

2. Diferente solução se aplica ao prazo prescricional para a instauração da Tomada de Contas no que diz respeito à aplicação da multa prevista nos arts. 57 e 58 da Lei 8.443/1992. Em relação à imposição da penalidade, incide, em regra, o prazo quinquenal.

3. Inaplicável à hipótese dos autos o disposto no Art. 1º da Lei 9.873/1999, que estabelece que, nos casos em que o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal. Isso porque a instância de origem apenas consignou que as condutas imputadas ao gestor público não caracterizavam crime, sendo impossível depreender do acórdão recorrido a causa da aplicação da multa. Dessa forma, é inviável, em Recurso Especial, analisar as provas dos autos para verificar se a causa da imputação da multa também constitui crime (Súmula 7/STJ).

4. Recursos Especiais parcialmente providos para afastar a prescrição relativamente ao ressarcimento por danos causados ao Erário.²¹

21 Resp 894.539/PI, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2009, DJe 27/08/2009.

Entretanto, recentemente a Primeira Turma do Tribunal entendeu que o procedimento de Tomada de Contas Especial não equivale a uma Ação de Ressarcimento ao Erário, razão pela qual não incide a regra do Art. 37, §5º da CF que trata da imprescritibilidade. Segundo a Corte, apenas a Ação de Ressarcimento ao Erário ajuizada perante o Poder Judiciário é imprescritível, de modo que para instauração de TCE incide o prazo prescricional de 5 anos, aplicado por analogia aos arts. 1º do Decreto 20.910/32 e 1º da Lei 9.873/99. A seguir, a ementa do julgamento:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PROCESSO DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. VIOLAÇÃO A INSTRUÇÃO NORMATIVA. EXAME INCABÍVEL EM SEDE DE APELO ESPECIAL.

ARTS. 31 E 57, DA LEI 8.443/92, 471 DO CPC, 884 DO CC, 26, VI, E 27, § 1º, DA LEI 9.784/99. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. TESE DE PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA OU FALHA NA PRESTAÇÃO DE CONTAS. IMPUTAÇÃO DO DÉBITO E APLICAÇÃO DE SANÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE HIPÓTESE DE IMPRESCRITIBILIDADE. LACUNA LEGISLATIVA. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO POR ANALOGIA. APLICAÇÃO DO PRAZO QUINQUENAL. DECURSO. OCORRÊNCIA.

1. As instruções normativas não integram o conceito de lei federal para fins de controle em sede de recurso especial. Precedentes.
2. O Tribunal de origem não emitiu juízo de valor sobre os arts. 31 e 57 da Lei 8.443/92, 471 do CPC, 884 do CC, 26, VI, e 27, § 1º, da Lei 9.784/99, carecendo o recurso especial, no ponto, do requisito do prequestionamento. Incidência da súmula 282/STF.
3. “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” (§ 5º do Art. 37 da CF).
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, conseqüentemente, 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

juízo de 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, ressalvando-se a via judicial para o pleito de eventual ressarcimento.²²

O STJ entende que, nos termos das decisões do STF, a Ação de Ressarcimento ao Erário é imprescritível²³. Além disso, uma vez que o alcance do disposto no Art. 37, §5º da CF é matéria constitucional, não cabe ao STJ julgar o alcance da norma constitucional em seus julgamentos. No entanto, conforme destacado acima, a Primeira Turma apreciou a matéria relativa ao prazo de prescrição para instauração de TCE, decidindo que para instauração desse procedimento não incide a regra constitucional do Art. 37, §5º da CF, mas sim as normas que regulam o procedimento administrativo, ou seja, arts. 1º do Decreto 20.910/32 e 1º da Lei 9.873/99.

Entendeu a Primeira Turma que diversamente do exercício do direito de ação na Ação de Ressarcimento ajuizada perante o Judiciário, a aplicação de multa e condenação em ressarcimento promovida pelo TCU revela exercício do seu poder/dever de velar pelas contas públicas, mediante

22 REsp 1480350/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 12/04/2016.

23 ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL. REPARAÇÃO DE DANOS AO ERÁRIO. APURAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS. EX-VEREADORES. VALORES RECEBIDOS A MAIOR. IMPRESCRITIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E STJ. 1. Diante da jurisprudência consolidada no STF e STJ, a pretensão de ressarcimento ao erário, independentemente de se tratar ou não de ato de improbidade administrativo, é imprescritível. 2. Recurso especial provido. (REsp 1350656/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 17/09/2013).

atuação administrativa. Nesse último caso, o ônus da prova do adequado e regular emprego das verbas públicas é imputado, como não poderia ser diferente, ao responsável pela utilização dos valores repassados pela União. Assim, a não comprovação da adequada aplicação dos recursos públicos traduz, apenas por presunção, a ocorrência de prejuízo ao erário e, conseqüentemente, a imputação do débito e multa ao gestor falho ou faltoso. A contrário senso, no caso da Ação de Ressarcimento, imprescritível, o ônus da prova do efetivo prejuízo ao erário incumbe a quem pleiteia o ressarcimento, perante o Poder Judiciário.

Assim, sob o argumento de que estaria analisando matéria infraconstitucional relativa à natureza do procedimento de Tomada de Contas Especial, a Corte avançou em tema de competência do Supremo. Afinal, não se pode olvidar que a parte final do Art. 37, §5 não fala em Ação de Ressarcimento ao Erário como um tipo de ação única a ser ressalvado da prescritibilidade, mas sim em “ações de ressarcimento”, podendo-se incluir dentre estas, a ação de ressarcimento decorrente de julgamento de processo de TCE.

5. CONCLUSÃO

O tema sobre a prescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário, e o alcance do disposto no Art. 37, §5º da Constituição Federal está reaceso e ardente na comunidade jurídica, haja vista as últimas decisões do Supremo acerca do alcance da então tese de imprescritibilidade reconhecida por aquela Corte.

O reconhecimento de repercussão geral para as questões relacionadas à prescrição da pretensão de danos causados ao erário espraia seus efeitos sobre diversas outras questões do Direito Administrativo relacionado ao controle de contas e recursos públicos. Com relação à Tomada de Contas Especial não seria diferente. O impacto que eventual mudança

de entendimento, por parte dos Tribunais brasileiros, sobre a prescrição para pretensão de ressarcimento ao erário decorrente de julgamento de TCEs ou procedimentos administrativos pelas Cortes de Contas do país produzirá um efeito devastador com relação aos diversos processos em tramitação. Além disso, eventual reconhecimento da prescrição para esses casos trará por consequência a necessidade de debates sobre as medidas jurídicas e operacionais necessárias para se evitar a consumação da prescrição em diversos casos ainda pendente de apuração pelos órgãos e entidades da Administração Pública.

Deve-se atentar, no entanto, que não é somente o fato da eventual incapacidade operacional ou logística para apuração e processamento de investigações ou TCEs que justifica a imprescritibilidade da pretensão ressarcitória, mas, sobretudo, o princípio republicano e o entendimento de que os prejuízos causados ao erário, são, em última análise, um desfalque a toda a sociedade brasileira. Espera-se que esse último argumento seja levado em consideração pelos Tribunais quando da análise dessas questões, pois, ainda que se argumente em favor da segurança jurídica para justificar eventual tese de prescrição das ações de ressarcimento ao erário, não se pode admitir uma segurança jurídica que beneficia apenas ao causador do dano em prejuízo de toda uma comunidade de pessoas que contribuem patrimonialmente para uma estrutura financeira que garanta os direitos mínimos de todos os cidadãos.

Finalmente, conclui-se que enquanto não houver o julgamento e a pacificação dessas questões pelo Supremo Tribunal Federal, órgão competente para a análise das questões constitucionais, as Cortes de Contas do país, assim como está fazendo o TCU, deverão continuar seguindo pelo entendimento já consagrado da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 dez. 2016.

_____. Tribunal de Contas da União. **Instrução Normativa 71, de 28 de novembro de 2012**. Dispõe sobre a instauração, a organização e o encaminhamento ao Tribunal de Contas da União dos processos de tomada de contas especial. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/fiscalizacao-e-controle/prestacao-de-contas/tomada-de-contas-especial/legislacao-e-normativos-infralegais/instrucoes-e-decisoes-normativas.htm>>. Acesso em: 22 fev. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. **Instrução Normativa 76, de 23 de novembro de 2016**. Altera a Instrução Normativa - TCU n. 71, de 28 de novembro de 2012, que dispõe sobre a instauração, a organização e o encaminhamento ao Tribunal de Contas da União dos processos de tomadas de contas especial. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/fiscalizacao-e-controle/prestacao-de-contas/tomada-de-contas-especial/legislacao-e-normativos-infralegais/instrucoes-e-decisoes-normativas.htm>>. Acesso em: 22 fev. de 2017.

_____. Controladoria Geral da União. Secretaria de Controle Interno da Controladoria Geral da União. **Manual de Tomada de Contas Especial**. Publicado em 17/03/2014 por ASCOM, última modificação 21/08/2014. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/auditoria-e-fiscalizacao/avaliacao-da-gestao-dos-administradores/tomadas-de-contas-especiais/manual>>. Acesso em: 22 fev. de 2017.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GASPARINI, D. **Direito administrativo**. 16.ed. São Paulo: Saraiva: 2011.

MELO, C. A. B. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2011.

PELEGRINI, M. A prescrição da pretensão ressarcitória do Estado - Exegese do Art. 37, §5º da Constituição Federal e aplicabilidade no exercício da função controladora exercida pelos Tribunais de Contas. **Fórum Administrativo - Direito Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

