

VOTO

O Senhor Ministro Edson Fachin: Acompanho o bem lançado relatório do e. Ministro Marco Aurélio, divergindo, no entanto, do seu voto.

Com a devida vênia, compreendo que o pedido, tal como deduzido, vai ao encontro do entendimento deste Tribunal quanto ao tema. Eis os seus termos:

“...seja julgado procedente o pedido, para ser declarada definitivamente a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos arts. 1º e 2º da Lei Complementar 588, de 14 de janeiro de 2013, do Estado de Santa Catarina, declarando que os prazos prescricionais neles estipulados não se aplicam aos processos administrativos da competência do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina direcionados ao ressarcimento de danos causados ao erário.” (eDOC 1, p. 14)

Os argumentos da inicial são de ofensa material ao art. 37, caput e § 5º, da CRFB.

A base constitucional do modelo de simetria para os Tribunais de Contas está prevista no art. 75 da CRFB: *“as normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios”*.

Ao interpretar esse dispositivo, o Supremo Tribunal Federal tem assentado que ser *“obrigatória a adoção, pelos Estados, do modelo federal de organização do Tribunal de Contas da União e do Ministério Público que perante ele atua. Aplicação do princípio da simetria”* (ADI 3.307, Rel. Ministra Cármen Lúcia, DJe 29.05.2009). Isso significa, por exemplo, que os Tribunais de Contas dos Estados devem adotar as mesmas regras de competência (ADI 3.077, Rel. Ministra Cármen Lúcia, DJe 01.08.2017); de iniciativa legislativa (ADI 4.643, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 03.06.2019); de execução de seus julgados (RE 223.037, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 02.08.2002).

Mais recentemente, quando se questionou a competência da Corte de Contas de um Estado para homologação das cotas do ICMS, o Plenário desta Corte afastou a alegação de violação do princípio da simetria, considerando que, no modelo federal (art. 161, par. único, da CRFB), havia previsão análoga para o Tribunal de Contas da União (ADI 825, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 27.06.2019). Embora a inconstitucionalidade tenha sido declarada por outra razão (violação da separação de poderes), o precedente ratifica a jurisprudência desta Corte, no sentido de reconhecer a vinculação dos Estados ao modelo federal, desde que haja previsão constitucional para tanto. À minguada de regra expressa para o modelo federal, tem os Estados competência para suplementar o modelo constitucional de controle externo.

No entanto, a própria interpretação do modelo constitucional por esta Corte alterou-se.

Inicialmente, o Tribunal reconhecia a imprescritibilidade das condenações impostas pelo Tribunal de Contas da União, forte no disposto no art. 37, § 5º, da CRFB (“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”):

“EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. BOLSISTA DO CNPq. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE RETORNAR AO PAÍS APÓS TÉRMINO DA CONCESSÃO DE BOLSA PARA ESTUDO NO EXTERIOR. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. I - O beneficiário de bolsa de estudos no exterior patrocinada pelo Poder Público, não pode alegar desconhecimento de obrigação constante no contrato por ele subscrito e nas normas do órgão provedor. II - Precedente: MS 24.519, Rel. Min. Eros Grau. III - Incidência, na espécie, do disposto no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, no tocante à alegada prescrição. IV - Segurança denegada.”

(MS 26210, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/2008, DJe-192 DIVULG 09-10-2008 PUBLIC 10-10-2008 EMENT VOL-02336-01 PP-00170 RTJ VOL-00207-02 PP-00634 RT v. 98, n. 879, 2009, p. 170-176 RF v. 104, n. 400, 2008, p. 351-358 LEXSTF v. 31, n. 361, 2009, p. 148-159).

Mais recentemente, no entanto, essa posição foi mitigada.

Quando da propositura da presente ação direta, o Supremo Tribunal Federal ainda não havia apreciado o RE 669.069, de relatoria do saudoso Min. Teori Zavascki, tema 666 do regime de repercussão geral. Nela o Tribunal debatia precisamente o alcance da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário prevista no art. 37, § 5º, da CRFB. Como se sabe, o Tribunal acabou por fixar a tese segundo a qual “ é *prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil*”.

Em seu brilhante voto, o saudoso Ministro assentou que:

“Em suma, não há dúvidas de que o fragmento final do § 5º do art. 37 da Constituição veicula, sob a forma da imprescritibilidade, uma ordem de bloqueio destinada a conter eventuais iniciativas legislativas displicentes com o patrimônio público. Esse sentido deve ser preservado. Todavia, não é adequado embutir na norma de imprescritibilidade um alcance ilimitado, ou limitado apenas pelo (a) conteúdo material da pretensão a ser exercida – o ressarcimento – ou (b) pela causa remota que deu origem ao desfalque no erário – um ato ilícito em sentido amplo. O que se mostra mais consentâneo com o sistema de direito, inclusive o constitucional, que consagra a prescritibilidade como princípio, é atribuir um sentido estrito aos ilícitos de que trata o § 5º do art. 37 da Constituição Federal, afirmando como tese de repercussão geral a de que a imprescritibilidade a que se refere o mencionado dispositivo diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos tipificados como de improbidade administrativa e como ilícitos penais.”

Posteriormente a esse julgamento, em ainda outras duas ações com repercussão geral, o Tribunal teve a oportunidade de novamente examinar o alcance do mesmo dispositivo constitucional em relação aos atos ilícitos de improbidade administrativa e das ações e procedimentos no âmbito do Tribunal de Contas da União.

No RE 852.475, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Red. para o acórdão Min. Edson Fachin, o Tribunal, examinado o tema 897, fixou a tese segundo a qual “ *são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa*”. No referido julgamento, o e. ministro Celso de Mello ressaltou que “ *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 ressarcí-lo". O acórdão foi assim ementado:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. 1. A prescrição é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais. 2. Há, no entanto, uma série de exceções explícitas no texto constitucional, como a prática dos crimes de racismo (art. 5º, XLII, CRFB) e da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CRFB). 3. O texto constitucional é expresso (art. 37, § 5º, CRFB) ao prever que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos na esfera cível ou penal, aqui entendidas em sentido amplo, que gerem prejuízo ao erário e sejam praticados por qualquer agente. 4. A Constituição, no mesmo dispositivo (art. 37, § 5º, CRFB) decota de tal comando para o Legislador as ações cíveis de ressarcimento ao erário, tornando-as, assim, imprescritíveis. 5. São, portanto, imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa. 6. Parcial provimento do recurso extraordinário para (i) afastar a prescrição da sanção de ressarcimento e (ii) determinar que o tribunal recorrido, superada a preliminar de mérito pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento por improbidade administrativa, aprecie o mérito apenas quanto à pretensão de ressarcimento.”

(RE 852475, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-058 DIVULG 22-03-2019 PUBLIC 25-03-2019).

Em abril de 2020, o Tribunal voltou ao tópico, examinando o tema 899 da sistemática da repercussão geral, RE 636.886, e assentou que “ *é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas* ”. A distinção em relação ao tema da improbidade administrativa foi justificada pelo e. Min. Alexandre de Moraes a partir de síntese que consta da respectiva ementa do julgado:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. EXECUÇÃO FUNDADA EM ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESCRITIBILIDADE. 1. A regra de

prescritibilidade no Direito brasileiro é exigência dos princípios da segurança jurídica e do devido processo legal, o qual, em seu sentido material, deve garantir efetiva e real proteção contra o exercício do arbítrio, com a imposição de restrições substanciais ao poder do Estado em relação à liberdade e à propriedade individuais, entre as quais a impossibilidade de permanência infinita do poder persecutório do Estado. 2. Analisando detalhadamente o tema da “prescritibilidade de ações de ressarcimento”, este SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL concluiu que, somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa – Lei 8.429/1992 (TEMA 897). Em relação a todos os demais atos ilícitos, inclusive àqueles atentatórios à probidade da administração não dolosos e aos anteriores à edição da Lei 8.429/1992, aplica-se o TEMA 666, sendo prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública. 3. A excepcionalidade reconhecida pela maioria do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no TEMA 897, portanto, não se encontra presente no caso em análise, uma vez que, no processo de tomada de contas, o TCU não julga pessoas, não perquirindo a existência de dolo decorrente de ato de improbidade administrativa, mas, especificamente, realiza o julgamento técnico das contas à partir da reunião dos elementos objeto da fiscalização e apurada a ocorrência de irregularidade de que resulte dano ao erário, proferindo o acórdão em que se imputa o débito ao responsável, para fins de se obter o respectivo ressarcimento. 4. A pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos reconhecida em acórdão de Tribunal de Contas prescreve na forma da Lei 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal). 5. Recurso Extraordinário DESPROVIDO, mantendo-se a extinção do processo pelo reconhecimento da prescrição. Fixação da seguinte tese para o TEMA 899: “É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”.

(RE 636886, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-157 DIVULG 23-06-2020 PUBLIC 24-06-2020).

Em seu voto, o e. Ministro Alexandre de Moraes bem explicita a distinção da aplicação da regra da imprescritibilidade relativamente às ações de competência do Tribunal de Contas:

“Entendo que, as razões que levaram a maioria da CORTE a estabelecer excepcional hipótese de imprescritibilidade, no tema 897, não estão presentes em relação **as decisões do Tribunal de Contas que**

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

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

(...)

A excepcionalidade reconhecida pela maioria do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no TEMA 897, portanto, não se encontra presente no caso em análise, uma vez que no processo de tomada de contas, o TCU não perquire nem culpa, nem dolo decorrentes de ato de improbidade administrativa, mas, simplesmente realiza o julgamento das contas a partir da reunião dos elementos objeto da fiscalização e apurada a ocorrência de irregularidade de que resulte dano ao erário, proferindo o acórdão em que se imputa o débito ao responsável, para fins de se obter o respectivo ressarcimento. Ainda que franqueada a oportunidade de manifestação da outra parte, trata-se de atividade eminentemente administrativa, sem as garantias do devido processo legal.

No procedimento instaurado pelo TCU, não se imputa a existência de ato de improbidade, nem tampouco se abre a possibilidade do fiscalizado defender-se, com todas as garantias do devido processo judicial, no sentido de eximir-se de dolo ou mesmo culpa.

De outro lado, a irregularidade identificada pelo TCU, assim como o indébito fiscal, pode configurar ato ilícito, porque contrários ao direito; mas a natureza jurídica de ilícito não é razão bastante para que se torne imprescritível a ação para a cobrança de crédito; uma vez que, não se apurou, mediante o devido processo legal com a presença de contraditório e ampla defesa a existência de ato doloso de improbidade administrativa.”

Em síntese, porque a imprescritibilidade é limitada aos “atos dolosos de improbidade administrativa” e porque os Tribunais de Contas não a

examinam, nem se lhe aplicam as garantias do contraditório em toda a sua extensão, não se estenderiam aos débitos oriundos de condenações das Cortes de Contas a cláusula constitucional da imprescritibilidade.

No caso, porém, os termos da norma impugnada são genéricos, em especial, o artigo 24-A e seu parágrafo primeiro:

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

§ 1º Findo o prazo previsto no caput deste artigo, o processo será considerado extinto, sem julgamento do mérito, com a baixa automática da responsabilidade do administrador ou responsável, encaminhando-se os autos ao Corregedor-Geral do Tribunal de Contas, para apurar eventual responsabilidade.

Assim, ainda que a responsabilidade seja certamente apenas a da tomada de contas, é preciso explicitar a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário fundadas em atos ilícitos tipificados como improbidade administrativa.

Desse modo, julgo parcialmente procedente o pedido, a fim de declarar a inconstitucionalidade do art. 24-A da Lei Complementar de Santa Catarina nº 202/2003, inserido pelo art. 1º da Lei Complementar 588, de 14 de janeiro de 2013, sem redução de texto, excluindo do seu campo de incidência procedimentos de competência do TCE/SC que visem ao ressarcimento de danos causados ao erário decorrentes de atos ilícitos tipificados como improbidade administrativa.

É como voto.