



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

N.º 88/2018 – AJC/SGJ/PGR
Sistema Único n.º 59032/2018

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 636.886/AL

RECORRENTE: União
RECORRIDA: Vanda Maria Menezes Barbosa
RELATOR: Ministro Alexandre de Moraes

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 899. PRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO FUNDADA EM DECISÃO DE TRIBUNAL DE CONTAS.

1. São imprescritíveis as pretensões de ressarcimento ao erário fundadas em decisão de Tribunal de Contas por dano patrimonial decorrente de relações jurídico-administrativas ou resultante de atos de improbidade administrativa, cuja decisão há de impor-se e prevalecer, como regra, independentemente da interpretação dada aos fatos pelo Poder Judiciário.

– Parecer pelo provimento parcial do recurso extraordinário.

I

Trata-se de recurso extraordinário fundado no art. 102–III–a da Constituição e representativo do Tema 899 da Repercussão Geral: prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas.

A irrisignação da União é contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5.^a Região, em ação de execução de título condenatório do Tribunal de Contas da União, que reconheceu a prescrição do crédito, e, mantendo os termos da sentença, extinguiu o processo, em suposta ofensa ao art. 37–§5.º da Constituição.¹

A União apoia-se na jurisprudência dominante da Suprema Corte, “*materializada no julgamento do MS 26.210*”, para afirmar que a aplicação do art. 40–§4.º da Lei 6.830/1980,

¹ “Ementa: Tributário e Processual Civil. Execução fiscal. Prescrição. Possibilidade de reconhecimento de ofício. Lei 11.051/2004. Precedentes do STJ. Inexistência de omissão. Apelo improvido.”

A orientação foi mantida no julgamento dos embargos de declaração subsequentes, aos quais negou-se provimento.

com a redação dada pela Lei 11.051/2004 – que trata da declaração da prescrição tributária de ofício da execução de título extrajudicial –, redonda em abstração do texto constitucional quando ocorre em processo de execução de título condenatório de Corte de Contas, que visa ao ressarcimento do erário em razão de ilícitos.

Certificada a não apresentação de contrarrazões, o recurso extraordinário teve trânsito inicialmente obstado na Suprema Corte, decisão posteriormente superada pelo reconhecimento da repercussão geral, em pronunciamento assim ementado:

ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EXECUÇÃO FUNDADA EM ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRITIBILIDADE (ART. 37, §5.º, 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. (DJe 14 jun. 2016.)

Habilitou-se como *amicus curiae* o Tribunal de Contas da União e determinou-se a suspensão do processamento de demandas análogas no território nacional.

Vieram os autos à Procuradoria-Geral da República para parecer.

II

O recurso merece provimento.

O debate cinge-se à existência, ou não, de legitimidade constitucional no reconhecimento de prescrição em processo de execução de título condenatório expedido por Corte de Contas, com a finalidade de obter o ressarcimento do erário em virtude de **infração ao regime de direito público ou caracterizada como improbidade**.

A solução está na exata compreensão do alcance da norma constante do §5.º do art. 37 da Constituição, cujo conteúdo é interpretado, segundo orientação firmada pela Suprema Corte no julgamento do Recurso Extraordinário 669.069², de forma integrada e sistemática com o *caput* e os §§4.º e 5.º do mesmo dispositivo.

Eis, no essencial, o que se extrai das citadas normas:

² Relator Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, Repercussão Geral, DJe 27 abr. 2016.
RECURSO EXTRAORDINÁRIO 636.886/AL

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **legalidade, impessoalidade, moralidade**, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: *(Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998)* [...]

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

§5.º **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** [ênfase acrescida].

Com efeito, a questão não se confunde com a apreciada no Tema 666, da Repercussão Geral, cujo processo paradigma foi o RE 669.069 e a tese conclusiva foi pela prescritibilidade da ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil, em sentido estrito.

O Tema 666 da Repercussão Geral não abrangeu causas referentes a atos de improbidade administrativa ou cometidos no âmbito de relações jurídicas de caráter administrativo, mas apenas atos danosos ao erário que violem exclusivamente normas de Direito Privado.³ Esclarecedoras, neste ponto, foram as palavras do Ministro Teori Zavascki, no exame dos embargos de declaração:

3. Nos debates travados na oportunidade do julgamento ficou clara a opção do Tribunal de considerar como ilícito civil os de natureza semelhante à do caso concreto em exame, a saber: ilícitos decorrentes de acidente de trânsito. 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.

Por isso mesmo, recentemente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral de dois temas relacionados à prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário: (a) Tema 897 – “Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos por ato de improbidade administrativa”; e (b) Tema 899 – “Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”. Desse modo, se dúvidas ainda houvesse, **é evidente que as pretensões de ressarcimento decorrentes de atos tipificados como ilícitos de improbidade administrativa, assim como aquelas fundadas em decisões das Cortes de Contas, não foram abrangidas pela tese fixada no julgado embargado** [DJe 29 jun. 2016 – ênfase acrescida]⁴.

³ “*CONSTITUCIONAL E CIVIL. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, §5.º, DA CONSTITUIÇÃO. 1. É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento*” (Relator Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, Repercussão Geral, DJe 27 abr. 2016).

⁴ “*PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. DANO DECORRENTE DE ILÍCITO CIVIL. PRESCRITIBILIDADE. SENTIDO ESTRITO DA EXPRESSÃO ‘ILÍCITO CIVIL’, DELIMITADO PELO ACÓRDÃO EMBARGADO. FIXAÇÃO DO TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. MODULAÇÃO DE EFEITOS DA TESE FIRMADA NO ACÓRDÃO EMBARGADO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE MOTIVO RELEVANTE DE INTERESSE SOCIAL OU DE SEGURANÇA JURÍDICA. REDISCUSSÃO DE QUESTÕES DECIDIDAS. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS*” (RE 669.069 ED, Relator RECURSO EXTRAORDINÁRIO 636.886/AL

Sabe-se, porém, da estreita relação entre esta matéria e o Tema 897 da Repercussão Geral, que analisa a prescritibilidade, ou não, da pretensão de ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa.

Nestes termos, requer-se, primeiramente, o julgamento conjunto dos Temas 897 e 899 da Repercussão Geral, na forma do art. 55–3.º do Código de Processo Civil, prevenindo-se a prolação de decisões conflitantes ou contraditórias, mesmo na ausência de conexão entre os processos.

Como se passa a expor, ambos os temas revelam a imprescritibilidade como salvaguarda da *res publica* à luz dos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade.

III

Em caráter prefacial, a matéria versada detém reflexos diretos no campo das atribuições constitucionais do Ministério Público, em especial da função institucional de proteção do patrimônio público e social (art. 129–III da Constituição e art. 1.º–VIII da Lei 7.347/1985 – Lei da Ação Civil Pública).

O Ministério Público é instituição permanente à qual incumbe, entre outras relevantes tarefas, a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis. A proteção do patrimônio público refere-se, dentro desse plexo maior de atribuições de fiscalização e proteção, ao conjunto de bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico, arqueológico, turístico ou ambiental, como se depreende da leitura da Carta Magna e da aproximação do §1.º do art. 1.º da Lei 4.717/1965 (Lei de Ação Popular).

Incumbe, ainda, ao *parquet*, como guardião permanente da ordem jurídico-democrática, controlar as condutas atentatórias aos princípios constitucionais da administração pública, entre os quais está o princípio da moralidade (art. 37–*caput* da Constituição), do qual é corolário a probidade administrativa.

Portanto, para além da condenação dos agentes públicos e/ou de terceiros à recomposição do patrimônio público lesionado moral ou materialmente, é função precípua do Ministério Público preservar a higidez da administração pública.

Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, *DJe* 29 jun. 2016).
RECURSO EXTRAORDINÁRIO 636.886/AL

Diante disso, requer-se intimação de todos os atos decisórios desse processo paradigmático para manifestação da Procuradoria-Geral da República, e, eventualmente, impugnação na via recursal.

IV

Quando se trata da prescribibilidade das ações de ressarcimento ao erário fundadas em título originário de Corte de Contas, é necessário distinguir entre a imposição de débito em processos de contas ordinárias e nas Tomadas de Contas Especiais – TCEs, figurando as últimas como instrumento central para recomposição do dano patrimonial ao erário em atos de gestão.

Ambos os procedimentos apuram infrações ao direito público que, no plano federal, ad-vêm como imposição de controle do art. 71 da Constituição, do qual se extrai:

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

II – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; [...]

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

§3.º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

A jurisdição do Tribunal de Contas da União abrange, por exemplo, consoante previsão no art. 5.º da Lei 8.443/1992, **atos de qualquer agente, servidor ou não**, que: 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; que dê causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário; tenha o dever de prestar contas ou cujos atos estejam legalmente sujeitos à sua fiscalização; responda pela aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a estado, ao Distrito Federal ou a município.

As situações descritas ilustram a multiplicidade de casos em que há a possibilidade de imputação do dano, na via extrajudicial, por controle externo de Corte de Contas, em ra-

ção da malversação, do desvio, da não aplicação de recursos públicos, de omissão ou irregularidade no dever de prestar contas ou por dano estrito ao erário, à luz das normas de direito público.

São hipóteses que não se referem a danos civis, na acepção estrita, mas de infrações oriundas de relações de direito administrativo, majoritariamente localizadas no campo da gestão de recursos públicos, cujo procedimento apuratório, por excelência, na grande maioria dos casos, é a tomada de contas especial.

Exige o art. 8.º da Lei Orgânica do TCU, a título exemplificativo, a instauração de tomada de contas especial, para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano:

Art. 8.º Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, na forma prevista no inciso VII do art. 5.º desta Lei, da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário, a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária [...].

O controle de contas é instrumento concretizador dos princípios contidos no art. 37–*caput* da Constituição, segundo o qual a administração pública sujeita-se, entre outros, aos princípios básicos da legalidade, moralidade e impessoalidade.

Seria uma completa abstração constitucional cogitar da prescribibilidade das condutas atentatórias à moralidade administrativa, como já defendido no parecer ofertado no RE 852.475 – paradigma do Tema 897 da Repercussão Geral.

A mesma conclusão deve ser adotada para as condutas apuradas pelas Cortes de Contas. Na generalidade dos casos, por se tratarem de infrações de natureza pública, são imprescritíveis as pretensões de ressarcimento ao erário fundadas em decisão de Tribunal de Contas por dano patrimonial ao erário, principalmente as identificadas no exercício de atos de gestão, que, em última análise, representam a responsabilização extrajudicial por atos de improbidade administrativa.

Em suma, no cerne dos atos investigados pelas Cortes de Contas estão majoritariamente caracterizadas infrações às normas que regem as relações de direito administrativo. Além disso, são incontáveis os casos de potencial malversação – em sentido lato –, pelos gestores ou responsáveis, de recursos públicos.

Quando se trata de condenação da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação de recursos repassados mediante convênio, contrato de repasse ou instrumento congênere, do desfalque, desvio ou desaparecimento de dinheiros, bens ou valores públicos, ou da prática de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano à Administração Pública, é ainda mais evidente a ofensa ao núcleo de proteção da moralidade – ir-restringível no nível infraconstitucional, a abarcar todo e qualquer desvio ao dever geral de probidade; da impessoalidade – materializada no favorecimento de poucos em detrimento da coletividade; da legalidade estrita – instituída pelo regime jurídico de direito público.

Globalmente, vê-se, na convalidação desses atos pelo decurso do tempo, grave mácula ao ideal republicano e à democracia.

Aliás, a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário resultantes da execução de títulos condenatórios do Tribunal de Contas da União sempre foi a orientação do Supremo Tribunal Federal quanto à exegese do art. 37–§5.º da Constituição. Esse fato está representado no julgamento dos Mandados de Segurança 24.519⁵ e 26.210⁶, referentes ao ressarcimento ao erário por bolsistas do CNPq. Neste último, mencionou o Ministro Ricardo Lewandowski, ao votar, que

No que tange à alegada ocorrência de prescrição, incide, na espécie, o disposto no art. 37, §5.º, da Constituição de 1988, [...].

Considerando ser a Tomada de Contas Especial um processo administrativo que visa a identificar responsáveis por danos causados ao erário, e determinar o ressarcimento do prejuízo apurado, entendo aplicável ao caso sob exame a parte final do referido dispositivo constitucional. [...]

Ademais, não se justifica a interpretação restritiva pretendida pela impetrante, segundo a qual apenas os agentes públicos estariam abarcados pela citada norma constitucional, uma

⁵ “MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. AFASTAMENTO DE OUTROS PRECEITOS LEGAIS. IMPOSSIBILIDADE. CONSTITUCIONAL. AUTONOMIA DAS INSTITUIÇÕES DE PESQUISA CIENTÍFICA E TECNOLÓGICA [ART. 207, *CAPUT* E §2.º DA CB/88]. LEGITIMIDADE DE SUAS RESOLUÇÕES. FUNÇÃO REGULAMENTAR. OBRIGAÇÃO DE RETORNO DO BENEFICIÁRIO DE BOLSA DE ESTUDOS NO EXTERIOR COM FINANCIAMENTO PÚBLICO IMEDIATAMENTE APÓS O PERÍODO DE CONCESSÃO. REGRESSO APÓS ONZE ANOS. AFASTAMENTO DA RESPONSABILIDADE DE RESSARCIMENTO DO ERÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. [...] 4. O retorno do impetrante ao Brasil onze anos após o encerramento do benefício não afasta – ante a existência de preceito regulamentar que determinava o regresso imediatamente após o término do período de concessão da bolsa, sob pena de devolução integral dos valores recebidos – sua responsabilidade pelo ressarcimento do erário. 5. Segurança denegada.” (MS 24.519, Relator Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, *DJ* 2 dez. 2005.)

⁶ “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, §5.º, da Constituição Federal, no tocante à alegada prescrição. IV – Segurança denegada.” (MS 26.210, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Plenário, *DJe* 9 out. 2008.)

vez que, conforme bem apontado pela Procuradoria-Geral da República, tal entendimento importaria em injustificável quebra do princípio da isonomia.

Com efeito, não fosse a taxatividade do dispositivo em questão, o ressarcimento de prejuízos ao erário, a salvo da prescrição, somente ocorreria na hipótese de ser o responsável agente público, liberando da obrigação os demais cidadãos. Tal conclusão, à evidência, sobre mostrar-se iníqua, certamente não foi desejada pelo legislador constituinte.⁷

Nessa linha, o Tribunal de Contas da União editou a Súmula 282, com o seguinte enunciado: “*As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis*”.

Recentemente, o Ministro Edson Fachin, vencido no julgamento do Recurso Extraordinário 669.069 (Tema 666 da Repercussão Geral, também fundamentado na violação do cerne do art. 37–§5.º, parte final, da Carta Magna), sustentou a tese da maior amplitude da imprescritibilidade das ações de ressarcimento.

Da fundamentação por ele apresentada é possível inferir que o entendimento alcança as ações de ressarcimento de danos decorrentes de infração ao regime jurídico de direito público, especialmente nos casos de malversação de recursos. Confira-se:

O texto constitucional é expresso ao prever a ressalva da imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário. Não nomeia, elenca, particulariza e nem restringe a natureza dos ilícitos que geram danos e que, assim, podem ensejar o ressarcimento dos danos ao erário. Basta haver dano. Se houver dano, desde que seja dano fruto de ato ilícito – repiso, sem que o texto constitucional elenque, particularize ou restrinja a natureza do ilícito –, poderá haver ação de ressarcimento, sem que incida sobre essa pretensão qualquer prazo prescricional. Basta, à luz do comando constitucional, a existência de ilícito que a ele cause prejuízo para que seja possível ação de ressarcimento, sem que sobre a pretensão nela veiculada incida qualquer prazo prescricional.

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

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

⁷ Tangenciando o tema vertente, há também o RE 629.241, relativo a execução de acórdão do TCU: “Trata-se de recurso extraordinário (art. 102, III, *a*, da Constituição Federal) interposto de acórdão proferido por Tribunal Regional Federal cuja ementa possui o seguinte teor: ‘Processual Civil. Apelação cível. Embargos à execução de acórdão do TCU. Alegação de invalidade do título em face da prescrição. Afastamento. Aplicação do parág. 5.º do art. 37 da Carta Magna. Recurso improvido. 1. À luz da diretriz estampada no parág. 5.º do art. 37 da Carta Magna, as ações que visam à recomposição do patrimônio público são imprescritíveis. 2. Precedentes desta Corte Regional, do que é exemplo a AC 404.602-AL, Rel. Des. Federal Marcelo Navarro, DJU 09.05.07, p. 641. 3. Apelação improvida’. (fls. 82) Alega-se violação do disposto no art. 37, §5.º, da Constituição Federal. O recurso não merece seguimento. O Plenário desta Corte, no julgamento do MS 26.210 (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 10.10.2008), fixou orientação no sentido da imprescritibilidade das ações de ressarcimento de danos ao erário. Confira-se, também, o RE 608.831-AgR (Rel. Min. Eros Grau, DJe de 25.06.2010). Dessa orientação não divergiu o Tribunal *a quo*. Do exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário”. (Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJe 9 out. 2010.)

[RE 669.069, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, Plenário, *DJe* 27 abr. 2016 – ênfase acrescida].

A diretriz é em tudo aplicável às condenações de Tribunais de Contas.

O Poder Constituinte, ao estabelecer a hipótese de imprescritibilidade do §5.º do art. 37, não fez ressalvas sobre o tipo de ações de ressarcimento alcançadas por essa regra. Não cabe, portanto, ao legislador nem ao intérprete fazê-lo. Não há razões para, fazendo distinção não prevista – ou, melhor, vedada –, afirmar que os títulos condenatórios das Cortes de Contas, principalmente os relativos à malversação de recursos públicos em sentido amplo, são alcançados pela prescrição.

A proteção do patrimônio público em face das tentativas de colonização por interesses privados é consagrada no comando de imprescritibilidade advindo do art. 37–§5.º, que protege o erário de forma independente e autônoma.

A máxima tutela dos bens e valores públicos em sede constitucional contra o ilícito, seja qual for sua natureza e independentemente do número de instâncias e esferas em que possa ser investigado, é corolário da compreensão do erário como ponto sensível para o qual convergem não apenas recursos estritamente econômicos, mas, por incontáveis vezes, interesses de natureza transindividual – muitos deles identificados pelas Cortes de Contas.

A Procuradoria-Geral da República já se manifestou, no mencionado RE 669.069, no sentido de ser a imprescritibilidade do ressarcimento de danos ao erário opção expressa do Constituinte para maximizar a proteção do patrimônio público⁸.

Somada à proteção do patrimônio público está a proteção do **regime jurídico de direito público** e, ainda, da **proibição administrativa**, corolário da moralidade.

Tem-se, nesses dois parâmetros, fator determinante para estabelecer a necessária distinção entre a prescritibilidade das ações de reparação de danos ao erário decorrentes de ilícito civil, objeto do RE 669.069, das condutas punidas por Cortes de Contas, majoritariamente decorrentes do mau uso ou da não demonstração da correta aplicação de recursos públicos e, portanto, configuradoras de improbidade administrativa.

⁸ Consta da ementa do parecer ofertado pelo *Parquet*: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 666. AÇÕES DE RESSARCIMENTO POR DANOS CAUSADOS AO ERÁRIO, AINDA QUE O PREJUÍZO NÃO DECORRA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 37, §5.º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. PRESCRIÇÃO. A imprescritibilidade do ressarcimento de danos ao erário é opção do constituinte para maximizar a proteção do patrimônio público. Previsão constitucional expressa. Impossibilidade de mitigação do preceito. Exegese consentânea com os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. Precedentes. Parecer pelo provimento do recurso extraordinário, para que se reconheça a imprescritibilidade da ação de ressarcimento de danos ao erário e se julgue procedente o pedido de ressarcimento da União no evento lesivo sob exame, corrigido monetariamente e acrescido dos juros legais”.

Com efeito, é preciso refletir sobre o amplo alcance de atos albergados, na vigência da Constituição de 1988, como improbidade administrativa. Esses atos podem ser identificados no cotejo com os princípios que encabeçam o art. 37 da Carta Magna e dão contornos indiscutivelmente cruciais para o funcionamento da democracia.

Referem-se à improbidade administrativa “*as formas típicas específicas de ferimento ao bem jurídico ‘moralidade administrativa’*” que trazem prejuízos materiais ou morais à administração pública. Toda ação “*desvestida de honestidade, de bom caráter, de boas intenções, de honradez, de justiça e de retidão*”⁹, que tenha aptidão para afrontar a gestão da coisa pública é ato de improbidade e, nessa qualidade, passível de enquadramento na disciplina da imprescritibilidade de que cogita o §5.º do art. 37 da Constituição. Portanto, o âmbito de incidência da improbidade administrativa não tem limitações do ponto de vista das diretrizes que imantam a ordem constitucional brasileira.

As figuras legais classificadas como improbidade administrativa estão em expansão, e, hoje, podem ser identificadas não apenas na Lei 8.429/1992, mas também no Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), na Lei das Eleições (Lei 9.504/1997) e – ressalte-se – na Lei Orgânica do TCU (Lei 8.443/1992).

A imprescritibilidade representa garantia da coletividade à restituição do que lhe foi indevidamente subtraído; exatamente por isso, no tocante às condenações das Cortes de Contas – muitas por atos qualificados como atos de improbidade, reiterar-se –, a tutela conjunta dos interesses é reclamada pela ordem constitucional.

O dano ao patrimônio público é o resultado, dando o Poder Constituinte preponderância não a ele, mas à forma como é gerado, no caso: por infração ao direito público e ofensa ao dever geral de probidade – ilustrável nas situações de omissão no dever de prestar contas, não comprovação da aplicação de recursos repassados mediante convênio, contrato de repasse ou instrumento congêneres; desfalque, desvio ou desaparecimento de dinheiros, bens ou valores públicos; prática de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano à Administração Pública.

Daí a possibilidade – ou, melhor, necessidade – de permitir que se dê prosseguimento à ação de execução do título condenatório oriundo do Tribunal de Contas da União, a fim de que se alcance a reparação do dano ao erário, de natureza imprescritível.

⁹ GOMES, José Jairo. Apontamentos sobre a improbidade administrativa. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e; SILVA FILHO, Nívio de Freitas; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). *Improbidade administrativa: 10 anos da Lei n. 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 239 e 245.

Em última análise, como já esclarecido, a condenação por atos de gestão indevida de recursos públicos imposta pelas Cortes de Contas nada mais é do que a responsabilização – extrajudicial – por atos de improbidade administrativa.

Na malversação de recursos públicos são violados não apenas as normas de serviço interno e o direito de um indivíduo determinado, mas o bem comum.

Fiel a esta compreensão, há de se concluir que “o desrespeito ao princípio da moralidade administrativa faz instaurar situações de inconstitucionalidade”¹⁰ e não se deve admitir que inconstitucionalidades desse jaez se convalidem com o transcurso do tempo, sobretudo quando a razão para tal for inércia da administração.

A imprescritibilidade não é um prêmio à administração pública inerte, muito embora disso se trate, na visão de José Afonso da Silva.¹¹

Abrem-se, aqui, parênteses para lembrar que os Tribunais de Contas, em especial o Tribunal de Contas da União, não são oniscientes e pode ocorrer, por exemplo, que, somente na alternância no comando do órgão ou da entidade lesada pela prática de ato de improbidade ou por mora justificada em outros fatores – como as sucessivas tentativas de obter esclarecimentos sobre o destino de recursos faltantes –, venham a ter a informação e o conhecimento necessários para a tomada de contas especial, procedimento que busca apurar fatos, quantificar danos e viabilizar o ressarcimento do erário¹².

Em hipóteses tais, a depender do tempo transcorrido, nada restaria a fazer para proteger o interesse público, caso escoado o prazo prescricional.

¹⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Jus Podivm, 2012. p. 962.

¹¹ “A prescricibilidade, como forma de perda da exigibilidade de direito, pela inércia de seu titular, é um princípio geral de direito. Não será, pois, de estranhar que ocorram prescrições administrativas sob vários aspectos, quer quanto às pretensões de interessados em face da Administração, quer quanto às desta em face de administrados. Assim, é especialmente em relação aos ilícitos administrativos. Se a Administração não toma providência à sua apuração e à responsabilização do agente, a sua inércia gera a perda de seu *ius persequendi*. É o princípio que consta do art. 37, §5.º, que dispõe: ‘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’. Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo se prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (*dormientibus non securret ius*). Deu-se assim à Administração inerte o prêmio da imprescritibilidade na hipótese considerada.” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 682-683.)

¹² Lei 8.443/1992, art. 8.º: Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, na forma prevista no inciso VII do art. 5.º desta Lei, da ocorrência de desfalcamento ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário, a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, deverá imediatamente adotar providências com vistas à instauração da tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano.

A complexidade dos fatos é narrada pelo Tribunal de Contas da União, que ingressou nos autos como *amicus curiae*. Segundo o TCU, a tomada de contas

13. É, pois, um processo que deve ser instaurado pelo órgão da Administração Pública Federal competente (art. 8.º da Lei n. 8.443/92), podendo também ser instaurado diretamente pelo próprio TCU.

14. Sendo infrutíferas as medidas adotadas pelos órgãos instauradores da TCE para a recomposição do dano perpetrado ao erário, deve necessariamente ser o processo remetido à Corte Federal de Contas, que detém a competência privativa para processar e julgar definitivamente o processo de contas, nos termos do art. 71, incisos II e VI, da Constituição Federal. [...]

16. De tal peculiaridade – instauração pelo órgão tomador das contas e posterior envio ao TCU – se constata de plano o desafio constante imposto à Corte Federal de Contas no sentido de processar e julgar as tomadas de contas especiais em um prazo razoável, sem, contudo, olvidar da necessária observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, inclusive com oportunidades recursais previstas na legislação de regência, resguardando-se de forma equilibrada o interesse público na recomposição do dano perpetrado ao erário e a necessária celeridade em um processo que passa, na grande maioria dos casos, pelo órgão tomador de contas e pelo controle interno, para apenas então desaguar no Tribunal de Contas da União. [...]

19. Portanto, quaisquer discussões acerca da imposição de um prazo prescricional para o exercício da pretensão **indenizatória** da União mediante decisões proferidas pelo TCU em sede de tomadas de contas especiais deve levar em conta o fato de que tais processos não estão inteiramente sob o controle da Corte de Contas, tendo em vista a atuação do órgão tomador de contas e do controle interno, devendo se submeter ainda a toda a processualística exigida pela Constituição Federal e pela legislação de regência. [...]

24. Nesse contexto, veja-se que eventual mudança de entendimento jurisprudencial a fim de se considerar prescritível a pretensão de ressarcimento fundada em acórdãos do TCU impacta igualmente os órgãos da União, em sua atribuição de instaurar as tomadas de contas especiais, impedindo que vultosos volumes de recursos federais eventualmente malversados tenham sua devida apuração pelo órgão repassador, bem como o Tribunal de Contas da União, que poderá ver prescritas milhares de TCEs, com prejuízos bilionários aos cofres federais [...].

25. Note-se, por fim, que após regular processo administrativo, com obediência ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, o débito pode ser quitado na própria esfera administrativa, sem necessidade de intervenção judicial, contribuindo-se para a redução da litigiosidade no Judiciário, permitindo a recomposição do dano na esfera do controle externo, inclusive com possibilidade de parcelamento do débito, conforme previsto no art. 26 da Lei n. 8.443/92. [...]

32. Dessa maneira, discussões sobre uma eventual mudança de jurisprudência a fim de se considerar prescritíveis as pretensões de ressarcimento ao erário fundadas em acórdãos do TCU não podem prescindir da realidade fática das tomadas de contas especiais, que tramitam por significativo tempo nos órgãos de origem até serem enviadas à Corte de Contas.

Sobre o uso do termo “ação”, inscrito na parte final do §5.º do art. 37 (“*ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento*”), e sua incidência sobre os ilícitos objeto da atuação do

TCU, inserem-se, com acerto, os atos investigados pelos Tribunais de Contas em TCEs dentro do espectro da imprescritibilidade, com apoio no conceito amplo de improbidade:

65. [...] [o vocábulo] não pode ser compreendido como tão somente alusivo a “ação” judicial.

66. De fato, esse vocábulo “ação” tem a acepção mais ampla, constituindo-se em toda atividade estatal, inclusive a de controle administrativo, que venha a ser levada a efeito para ressarcir o erário de algum ilícito, que não cível, na forma que recentemente assentou o C. STF mediante o julgamento do RE 669.069. [...]

78. É, portanto, diante disso, que se entende deixar assente que o **CONCEITO** de “**improbidade**” contido no §4.º do art. 37 da Constituição Federal não se presta apenas a dar sustentação às **DEFINIÇÕES** descritas na Lei n.º 8.429/1992 – reconhecida como Lei da Improbidade – e na **lei da Ação Civil Pública** [...].

82. Ora, isso, a nosso ver, não esgota o **CONCEITO** de **ato de improbidade**.

83. Pois, como se viu acima, a simples menção a improbidade, pura e simples, levada a efeito na Constituição Federal (§4.º do art. 37), já conduz todos ao **discernimento mínimo** contido no Dicionário Aurélio de que é tudo aquilo contrário à “qualidade de probó”; de “integridade de caráter”; de “honradez”; e de “pundonor”. [...]

93. De qualquer sorte, o que se pretende desde o início [...] é deixar claro que, além das **definições** estabelecidas na Lei n.º 8.429/1992 não esgotarem o **conceito** de improbidade administrativa, é **possível a outros órgãos, notadamente as Cortes de Contas, utilizarem essas definições para a adoção de medidas de suas alçadas**.

94. A propósito, há igualmente que convir que **muitas dessas definições estabelecidas na Lei n.º 8.429/1992 podem ser igualmente extraídas da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União – Lei n.º 8.443/1992** (interessante mencionar que a primeira é de 2 de junho de 1992 e a segunda, de 16 de julho de 1992 – pretendeu-se, acredita-se, desde logo ao advento da Constituição Federal de 1988 **dar uma aplicação mais concreta aos princípios insculpidos no caput do art. 37 daquela Carta**).

95. De fato, merece convir no momento que o inciso III do art. 16 da mencionada Lei n.º 8.443/1992 estabelece, sem tecer maiores minúcias, as causas que dão ensejo ao julgamento das contas pela irregularidade. Veja-se:

“Art. 16. As contas serão julgadas: [...]

III – irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:

- a) omissão no dever de prestar contas;
- b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;
- c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico;
- d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos”.

95. Ora, o que são esses fatos enumerados no transcrito inciso III da Lei 8.443/1992? Não se configuram igualmente como atos de improbidade em sentido amplo? **Certamente**.

96. Aliás, a “*omissão no dever de prestar contas*” é tão grave que, em determinadas hipóteses, constitui-se igualmente em crime, tipificado pelo inciso VII do art. 1.º do Decreto-Lei n.º 201, de 27/2/1967, cuja pena varia, na hipótese, de três meses a três anos [...].

110. Em suma e em conclusão: de todo o exposto no presente tópico resulta que não se pode afastar o Tribunal de Contas da União da compreensão de que este órgão, de igual modo como ocorre com os legitimados a propor as ações judiciais próprias, de-

têm competência para coibir os atos de improbidade repudiados pelo art. 37 da Constituição Federal e, para tanto, a imprescritibilidade de sua atuação concernente ao ressarcimento do erário também deve ser preservada, como vem sendo entendido precedentemente pelo C. STF desde o advento do MS 26.210. [...]

122. Do exposto, a adoção da tese da prescritibilidade representará um grande incremento de processos no Poder Judiciário e a desconsideração da estrutura e da expertise dos Tribunais de Contas. São consequências nefastas, em um cenário de sobrecarga dos tribunais judiciais.

O caso apresenta suposto conflito entre a máxima preservação do patrimônio público, do regime de direito público e da moralidade administrativa, de um lado, e a preservação da segurança jurídica do agente público, servidor ou não, em face da ação ressarcitória do Estado, do outro.

Ocorre que, na ponderação entre os dois valores, no momento da elaboração do texto constitucional, o Poder Constituinte fez sua opção, não extinguindo um ou outro interesse, mas determinando a fixação de prazos prescricionais para punição de ilícitos e ressaltando as respectivas ações de ressarcimento, especialmente com relação à improbidade administrativa, em qualquer de suas formas, por omissão ou comissão.

A segurança jurídica, sob a perspectiva do indivíduo, foi indubitavelmente prestigiada com a determinação de se estabelecerem, por meio de lei, prazos prescricionais para as sanções em sentido estrito decorrentes da prática de atos lesivos ao patrimônio público, mas a moralidade se destaca quando a Constituição requer, independentemente da aplicação de penalidade civil, penal ou administrativa, que **as ações em face do agente responsável pelo dano causado com infração ao regime de direito público não prescreveriam.**

Logo, o conflito é meramente aparente, porquanto o Constituinte, ao excepcionar a imprescritibilidade do ressarcimento de danos causados ao patrimônio público econômico, “*perpetuando o dever de restituir a quem violou a moralidade administrativa e a ética pública*”¹³, não deixou de homenagear a segurança jurídica, titularizada, contudo, pela sociedade, não pelo particular. Fez, assim, prevalecer o interesse público em face do interesse particular daquele que deixa de demonstrar a reta aplicação dos recursos públicos que recebeu em confiança da Administração.

Na ponderação entre a segurança jurídica do indivíduo (que teria, depois do escoamento de prazo prescricional, de devolver o que não lhe pertence ao Estado) e a segurança jurídica da coletividade (de poder, a todo momento, recuperar o que lhe foi subtraído de manei-

¹³ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 480.

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

Trata-se da proteção do que é de todos, em face do permanente risco de colonização do público pelos interesses privados dos agentes estatais ou daqueles em colaboração com o Poder Público.

Há aguda preocupação com os potenciais efeitos sistêmicos do julgamento do presente recurso, em especial com a possibilidade, ainda que descabida, de fixação de tese, pela Suprema Corte, na sistemática da repercussão geral, no sentido da prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas.

Conduzidos sob a regra constitucionalmente fixada e o entendimento até então predominante no sentido da imprescritibilidade, estão em jogo diversos procedimentos preparatórios e ações ressarcitórias que decorrem de infrações ao regime de direito público, aqui incluídos os atos de má gestão da coisa pública.

Cumpre, ainda, observar que os Tribunais de Contas, como órgãos de função constitucional e competência técnica, têm condição e legitimidade para declarar, de forma autônoma e independente, a improbidade ou a lesão ao regime jurídico-administrativo. Portanto, o mérito da decisão há de impor-se e prevalecer, como regra – e ressalvadas situações teratológicas –, independentemente da interpretação dada aos fatos pelo Poder Judiciário.

Note-se que a execução do título condenatório deve ser reputada imprescritível independentemente do agente causador do dano, seja ele servidor público ou não, porquanto a regra da imprescritibilidade existe para proteção do patrimônio público em face de todos, não apenas dos agentes públicos. Nada mais consentâneo com o princípio da isonomia.¹⁴

A Procuradoria-Geral da República permanece convicta da imprescritibilidade constitucional de todas as ações de ressarcimento ao erário, sejam ou não associadas a danos decorrentes de relações de direito administrativo, o que conduziria ao provimento total do recurso.

¹⁴ Nessa linha, também o voto do Ministro Edson Fachin, no julgamento do RE 669.069, quando afirma que “o art. 37, §5.º, é cristalino ao estabelecer a prescrição dos atos ilícitos como regra, independentemente da qualidade do agente, quer seja ou não ele agente estatal (servidor público)”. Sustenta, acertadamente, que o texto constitucional, ao se referir ao termo “agente” de forma lata, genérica, pretendeu não fossem aqueles que praticam atos danosos isentos da ação de ressarcimento, “independentemente da sua qualidade de agente, independentemente da natureza do ilícito que tenham praticado”.

Contudo, curvando-se à interpretação fixada pela Suprema Corte no Recurso Extraordinário 669.069, opina pelo provimento parcial do recurso extraordinário e, considerada a sistemática da repercussão geral e os efeitos do presente julgamento em relação aos demais casos que tratem ou venham a tratar do Tema 899, propõe a fixação da seguinte tese:

São imprescritíveis as pretensões de ressarcimento ao erário fundadas em decisão de Tribunal de Contas por dano patrimonial decorrente de relações jurídico-administrativas ou resultante de atos de improbidade administrativa, cuja decisão há de impor-se e prevalecer, como regra, independentemente da interpretação dada aos fatos pelo Poder Judiciário.

Brasília, 8 de junho de 2018.

Luciano Mariz Maia
Vice-Procurador-Geral da República
no exercício do cargo de Procurador-Geral da República