

20/04/2020

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 636.886 ALAGOAS

RELATOR : **MIN. ALEXANDRE DE MORAES**
RECTE.(S) : **UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
RECDO.(A/S) : **VANDA MARIA MENEZES BARBOSA**
ADV.(A/S) : **GEORGHIO ALESSANDRO TOMELIN**
ADV.(A/S) : **MICHEL BERTONI SOARES**
ADV.(A/S) : **FERNANDA AMORIM SANNA**
ADV.(A/S) : **RAFAEL BONASSA FARIA**

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

RE 636886 / AL

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”*.

20/04/2020

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 636.886 ALAGOAS

RELATOR : **MIN. ALEXANDRE DE MORAES**
RECTE.(S) : **UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
RECDO.(A/S) : **VANDA MARIA MENEZES BARBOSA**
ADV.(A/S) : **GEORGHIO ALESSANDRO TOMELIN**
ADV.(A/S) : **MICHEL BERTONI SOARES**
ADV.(A/S) : **FERNANDA AMORIM SANNA**
ADV.(A/S) : **RAFAEL BONASSA FARIA**

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

RE 636886 / AL

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”*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual do Plenário, sob a Presidência do Senhor Ministro DIAS TOFFOLI, em conformidade com a certidão de julgamento, por unanimidade, apreciando o tema 899 da repercussão geral, acordam em negar provimento ao recurso extraordinário, mantendo-se a extinção do processo pelo reconhecimento da prescrição. Foi fixada a seguinte tese: *“É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”*, nos termos do voto do Relator. Os Ministros ROBERTO BARROSO, EDSON FACHIN e GILMAR MENDES acompanharam o Relator com ressalvas. Falaram: pela recorrente, a Dra. Izabel Vinchon Nogueira de Andrade, Secretária-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União, e, pela recorrida, o Dr. Georghio Alessandro Tomelin. Não participou deste julgamento, por motivo de licença médica no início da sessão, o Ministro CELSO DE

RE 636886 / AL

MELLO (art. 2º, § 5º, da Res. 642/2019).

Brasília, 20 de abril de 2020.

Ministro ALEXANDRE DE MORAES

Relator

20/04/2020

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 636.886 ALAGOAS

RELATOR : **MIN. ALEXANDRE DE MORAES**
RECTE.(S) : **UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
RECDO.(A/S) : **VANDA MARIA MENEZES BARBOSA**
ADV.(A/S) : **GEORGHIO ALESSANDRO TOMELIN**
ADV.(A/S) : **MICHEL BERTONI SOARES**
ADV.(A/S) : **FERNANDA AMORIM SANNA**
ADV.(A/S) : **RAFAEL BONASSA FARIA**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR): Trata-se de Recurso Extraordinário interposto em ação de execução de acórdão do Tribunal de Contas da União.

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região manteve sentença que reconheceu a prescrição e extinguiu o processo, nos termos da seguinte ementa (fl. 85):

“Tributário e Processual Civil. Execução fiscal. Prescrição. Possibilidade de reconhecimento de ofício. Lei 11.051/2004. Precedentes do STJ. Apelo Improvido.”

Ambos os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

No Recurso Extraordinário, a União sustenta, preliminarmente, a existência de repercussão geral da matéria, conforme estabelece o art. 543-A, § 2º, do CPC/1973, ao argumento de que a relevância da matéria excede o caso em exame, tendo, portanto, interesse geral.

Destaca a ofensa ao art. 37, § 5º, da CF/88, porque “não se aplica o art. 40, § 4º da lei n. 6830/80 (decretação de prescrição de ofício) às execuções de título extrajudicial propostas com supedâneo em acórdão do TCU que descortinam, em última análise, a existência do dever de ressarcimento ao erário” (fl. 143).

RE 636886 / AL

Requer, ao final, o provimento do Recurso Extraordinário.

Sem contrarrazões.

Em 30 de agosto de 2013, determinou-se a devolução dos autos à origem, com esteio no art. 543-B do CPC/1973, em face do reconhecimento da repercussão geral da matéria no RE 669.069 (Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tema 666, DJe de 26/8/2013).

Em 4 de abril de 2016, o Vice-Presidente do Tribunal *a quo* remeteu a causa novamente ao STF, uma vez que a matéria de que trata o paradigma da repercussão geral seria diversa da debatida neste apelo.

Entendendo que a tese firmada pelo Pleno desta CORTE no Tema 666 não era hábil a solucionar a presente controvérsia, os autos foram submetidos ao exame do Plenário Virtual, oportunidade em que se reconheceu a repercussão geral da matéria discutida no extraordinário, nos termos da seguinte 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. RE 636.886-RG, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJe de 15/6/2016.”

O tema do recurso piloto foi registrado nesta SUPREMA CORTE portando a seguinte numeração e teor:

“899 - Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas.”

O Tribunal de Contas da União requereu ingresso como *amicus curiae* (vol. 7 dos autos eletrônicos).

RE 636886 / AL

Por meio da decisão do vol. 23 dos autos eletrônicos, o saudoso Min. TEORI ZAVASCKI (a) deferiu o pedido; (b) decretou a suspensão de todas as demandas que versem questão idêntica no território nacional; e (c) encaminhou os autos à Procuradoria-Geral da República, para fins de parecer.

O TCU ofereceu alentada manifestação sobre o caso (vol. 35 dos autos eletrônicos).

A Procuradoria-Geral da República ofertou parecer no sentido do provimento parcial do recurso.

É o relatório.

20/04/2020

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 636.886 ALAGOAS

VOTO

O Senhor Ministro Alexandre de Moraes (Relator):

Em primeiro lugar, cumprimentos os Doutores Izabel Vinchon Nogueira de Andrade e Georghio Alessandro Tomelin, procuradores, respectivamente, da União Federal e da parte recorrida, Vanda Maria Menezes Barbosa, pelas excelentes sustentações orais enviadas por meio eletrônico.

Trata-se de Repercussão Geral reconhecida pelo Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, sob TEMA 899:

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

Ao reconhecer a existência de repercussão geral, a matéria foi submetida ao Pleno da CORTE, nos termos da seguinte 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. RE 636.886-RG, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJe de 15/6/2016.

Na presente hipótese é necessário, inicialmente, analisar o posicionamento dessa CORTE SUPREMA em relação a

RE 636886 / AL

imprescritibilidade ou não das ações de ressarcimento ao erário, decorrentes de ilícitos civis, inclusive os atentatórios à probidade da administração, em conformidade com o mandamento constitucional do § 4º do art. 37 da CF; para fins de aplicação de uma das TESES decididas pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

(a) TEMA 666, decidido em Repercussão Geral no RE 669.069 (Rel. Min. TEORI ZAVASCKI), com a seguinte TESE: *É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil ou*

(b) TEMA 897, decidido na Repercussão Geral no RE 852.475, Red. p/Acórdão: Min. EDSON FACHIN, com a seguinte TESE: *São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.*

A excepcional hipótese de imprescritibilidade proclamada pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL exige dois requisitos:

(1) prática de ato de improbidade administrativa devidamente tipificado na Lei 8.429/92; (2) presença do elemento subjetivo do tipo DOLO; conforme TESE, com a qual guardo reservas, que estabeleceu: São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa (TEMA 897 RE-RG 852475, Red. p/Acórdão: Min. EDSON FACHIN).

Em relação a todos os demais atos ilícitos não caracterizados como atos de improbidade ou atentatórios à probidade na administração praticados sem dolo, ou ainda, pretéritos à edição da Lei 8.429/1992, manteve-se a ampla possibilidade de ajuizamento de ações de ressarcimento, dentro do respectivo prazo prescricional, aplicando-se o TEMA 666, como decidido em Repercussão Geral no RE 669.069 (Rel. Min. TEORI ZAVASCKI), com a seguinte TESE:

É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil .

Em conclusão, nos termos das fundamentações e decisões Plenárias do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 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.

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.

O Tribunal de Contas da União é órgão auxiliar e essencial de orientação ao Poder Legislativo, embora a ele não subordinado, praticando atos de natureza administrativa, concernentes, basicamente, à fiscalização, com garantias de autonomia e autogoverno (COTRIM NETO). O Tribunal de Contas e o aperfeiçoamento do Estado de Direito. *Revista de Informação Legislativa* , Brasília: Senado Federal, ano 19, n o 76,

RE 636886 / AL

p. 153, out./dez. 1982; JOSÉ FERREIRA DE FREITAS. Tribunais de Contas e a Constituição Federal de 1988. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2, n.º 6, p. 80, jan./mar. 1994; FLÁVIO SÁTIRO FERNANDES. Prestação de contas: instrumento de transparência da Administração. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 32, n.º 127, p. 161, jul./set. 1995; VITOR ROLF LAUBÉ. Considerações acerca da conformação constitucional do Tribunal de Contas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 29, n.º 113, p. 307, jan./mar. 1992; JARBAS MARANHÃO. A Constituição de 1988 e o Tribunal de Contas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 30, n.º 119, p. 255, jul./set. 1993; JOSÉ LUÍS ANHAIA MELLO. O papel dos tribunais de contas e o desenvolvimento nacional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 7, n.º 28, p. 55, out./dez. 1970; LAFAYETTE PONDÉ. Controle dos atos da administração pública. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 35, n.º 139, p. 131, jul./set. 1998).

A Constituição Federal prevê, no art. 71, as funções do Tribunal de Contas da União, que deverá auxiliar o Congresso Nacional a exercer o controle externo e fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União (JOSÉ CRETILLA JÚNIOR. Naturezas das decisões do Tribunal de Contas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 24, n.º 94, p. 183, abr./jun. 1987; RICARDO LOBO TORRES. O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 31, n.º 121, p. 265, jan./mar. 1994; ANA HILDA DE ALMEIDA DONADIO. *Tribunal de contas : competência, ação fiscalizadora e princípios norteadores*. 1993. Dissertação (Mestrado) Fadusp, São Paulo. JOSAPHAT MARINHO. A função de controle do Congresso Nacional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 14, n.º 53, p. 17, jan./mar. 1977; ROSINETHE MONTEIRO SOARES. Fiscalização e controle do Executivo pelo Legislativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 26, n.º 101, p. 147,

RE 636886 / AL

jan./mar. 1989), estabelecendo em seu § 3º, que:

as decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

Essa norma foi disciplinada pela Lei 8.443/1992 - Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, que, nos seus artigos 23 e 24, dispõe:

Art. 23. A decisão definitiva será formalizada nos termos estabelecidos no Regimento Interno, por acórdão, cuja publicação no Diário Oficial da União constituirá:

III - no caso de contas irregulares:

b) título executivo bastante para cobrança judicial da dívida decorrente do débito ou da multa, se não recolhida no prazo pelo responsável;

Art. 24. A decisão do Tribunal, de que resulte imputação de débito ou cominação de multa, torna a dívida líquida e certa e tem eficácia de título executivo, nos termos da alínea b do inciso III do art. 23 desta Lei.

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

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

Na mesma linha, JOSÉ CRETILLA JUNIOR acrescenta que:

“as decisões do Tribunal de Contas não são decisões judiciais, porque ele não julga. Não profere julgamento nem de natureza cível, nem de natureza penal. As decisões proferidas dizem respeito à regularidade intrínseca da conta, e não sobre a responsabilidade do exator ou pagador ou sobre a imputação dessa responsabilidade” (*Manual de Direito Administrativo* . 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 49).

Compartilha desse entendimento JOSÉ AFONSO DA SILVA, para quem a expressão julgamento das contas (art. 71, II, da CF/88) não corresponde à função jurisdicional,

pois [o TCU] não julga pessoas nem dirime conflitos de interesses, mas apenas exerce um julgamento técnico de contas. (Curso de Direito Constitucional Positivo. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 755).

Após a conclusão da tomada de contas, com a apuração do débito imputado ao jurisdicionado, a decisão do TCU formalizada em acórdão terá eficácia de título executivo e será executada conforme o rito previsto na Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/1980), por enquadrar-se no conceito de dívida ativa não tributária da União, conforme estatui o art. 39, § 2º, da Lei 4.320/1964 :

Art. 39. Os créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária, serão escriturados como receita do exercício em que forem arrecadados, nas respectivas rubricas orçamentárias. (Redação dada pelo Decreto Lei nº 1.735, de 1979).

§ 1º - Os créditos de que trata este artigo, exigíveis pelo transcurso do prazo para pagamento, serão inscritos, na forma da legislação própria, como Dívida Ativa, em registro próprio, após apurada a sua liquidez e certeza, e a respectiva receita será escriturada a esse título. (Incluído pelo Decreto Lei nº 1.735, de

1979)

§ 2º - Dívida Ativa Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas, e Dívida Ativa não Tributária são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multa de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, alugueis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de subrogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais. (Incluído pelo Decreto Lei nº 1.735, de 1979)

§ 3º (...)

§ 4º - A receita da Dívida Ativa abrange os créditos mencionados nos parágrafos anteriores, bem como os valores correspondentes à respectiva atualização monetária, à multa e juros de mora e ao encargo de que tratam o art. 1º do Decreto-lei nº 1.025, de 21 de outubro de 1969, e o art. 3º do Decreto-lei nº 1.645, de 11 de dezembro de 1978. (Incluído pelo Decreto Lei nº 1.735, de 1979)

Por sua vez, a Lei de Execução Fiscal contempla a execução das dívidas tributárias e não tributárias, classificando-as como Dívida Ativa dos entes da Federação, nos seguintes termos:

Art. 1º - A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.

Art. 2º - Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle

dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

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

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

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

De outro lado, a irregularidade identificada pelo TCU, assim como o indébito fiscal, pode configurar ato ilícito, porque contrários ao direito;

RE 636886 / AL

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.

O reconhecimento da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas significa grave ferimento ao Estado de Direito, que exige, tanto no campo penal, como também na responsabilidade civil, a existência de um prazo legal para o Poder Público exercer sua pretensão punitiva, não podendo, em regra, manter indefinidamente essa possibilidade, sob pena de desrespeito ao devido processo legal.

As exceções à prescritibilidade estão única e exclusivamente previstas na Constituição Federal, no campo punitivo penal, nos incisos XLII e XLIV do artigo 5º:

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

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

O devido processo legal, 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 restringir a liberdade ou a propriedade individual, entre elas, certamente, a estipulação de prazos fatais para o exercício das pretensões em juízo, na hipótese da prática de atos ilícitos ou irregulares.

O reconhecimento de imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas conflita com a garantia do devido processo legal, que configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade e propriedade quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor,

RE 636886 / AL

dentro de regras procedimentais previamente estabelecidas e que consagrem a plenitude de defesa e impeçam o arbítrio do Estado. Como salientado pelo Decano desta SUPREMA CORTE, Ministro CELSO DE MELLO, ao analisar o poder persecutório do Estado, *a própria exigência de processo judicial representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado* (1ª Turma, HC 73.338/RJ).

A tese da *imprescritibilidade*, conforme ressaltado pela Ministra CÁRMEN LÚCIA, em voto no julgamento do RE 669.069/MG, prejudica o integral exercício do *direito de defesa*:

“Eu estou acompanhando, Presidente, e, como já foi afirmado, até mesmo o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, insuperável administrativista brasileiro, vinha sustentando até a 26ª edição do seu Curso de Direito Administrativo, a tese da imprescritibilidade, que ele, então, mudou e apresenta argumentos muito ponderáveis e aproveitáveis por nós, neste julgamento, exatamente para aquilo que ele chamou de "imprescritibilidade limitada". Ou seja, a Constituição teria adotado apenas para os casos específicos listados, como já foi aqui ponderado por muitos dos eminentes Pares que me antecederam. E, naquela ocasião, também esse foi um tema de discussão do 6º Congresso Mineiro de Direito Administrativo, e se registrou, na conclusão daquele Congresso, que essa tese de imprescritibilidade esbarraria no direito de defesa, que é muitíssimo caro ao sistema constitucional. Primeiro, porque não é do homem médio guardar, além de um prazo razoável, e hoje, até por lei, não se exige isso, a documentação necessária para uma eventual defesa.

(...)

O Professor Celso Antônio lembra que o prazo prescricional haverá de respeitar necessariamente o que é possível para um homem médio se defender. E bastaria este argumento para se ver que não se teria, em qualquer ato, a possibilidade de pleno exercício do direito de defesa. A Constituição se interpreta sistematicamente, garantindo os

princípios fundamentais, um dos quais é exatamente este.

Não seria razoável que, considerando-se as mesmas condutas geradoras tanto de responsabilidade civil como, eventualmente, de responsabilidade penal, *houvesse* imprescritibilidade implícita de uma única sanção pela prática de um ilícito civil e *não houvesse* na esfera penal, que é de maior gravidade.

Em face da segurança jurídica, portanto, nosso ordenamento jurídico afasta a imprescritibilidade das ações civis patrimoniais, quanto mais, na presente hipótese onde o título executivo foi formado perante a Corte de Contas, sem a realização do devido processo legal perante órgão do Poder Judiciário.

Nesse sentido, como bem destacado pelo Ministro MARCO AURÉLIO, nos debates no julgamento e no voto do RE 669.069/MG, o *sistema revela a incidência da prescrição contra ações patrimoniais*:

“De início, o sistema revela a incidência da prescrição contra ações patrimoniais. Por que teria o § 5º do artigo 37 a parte final do parágrafo o alcance de revelar imprescritíveis as ações patrimoniais de regresso do Poder Público contra o servidor, surgindo a incongruência apontada por Vossa Excelência? A ação de improbidade está submetida aos cinco anos, considerada a projeção, presente o término do exercício da função ou do próprio mandato.

(...)

Já adiantaria, inclusive, ponto de vista, porque há um sistema, e nunca soube de ação patrimonial imprescritível. Já adiantaria, se a matéria for essa. Por isso, observei que indagaria ao Plenário a questão prévia: o que estamos a julgar? Se a tese for essa, vou sustentar e já agora na linha, inclusive, da melhor doutrina, Celso Antônio Bandeira de Mello, ele próprio evoluiu que há prescrição e o quinquênio precisa ser observado, que a cláusula final do § 5º do artigo 37 da Constituição Federal não encerra a imprescritibilidade das ações decorrentes de ato que possa ser rotulado como de

improbidade administrativa, mesmo porque, quando o legislador quis, cogitou como ressaltado pelo ministro Dias Toffoli da imprescritibilidade, fazendo-o quanto ao racismo, a atos de grupos armados contra o Estado. Não o fez nesse campo, campo que diz respeito vou afirmar a uma questão patrimonial. (...)

O que se tem na Constituição Federal? O constituinte foi explícito quanto às situações jurídicas que afastam a prescrição, instituto voltado a preservar bem maior, a segurança jurídica. Ele o fez e isso já foi ressaltado nesta assentada, principalmente no voto-vista do ministro Dias Toffoli nos incisos XLII e XLIV do artigo 5º. E ousou dizer que o fez de forma limitada, apenas no campo penal, não no campo cível, não no campo patrimonial. E tem-se alusão à imprescritibilidade do crime de racismo, também do crime praticado por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Presidente, repito mais uma vez: prescrição, como a decadência, que atinge o próprio direito, não simplesmente a pretensão, visa ter-se preservado esse bem que está agasalhado pela Carta de 1988, que é a segurança jurídica. Se formos, Presidente, ao Código Civil, veremos, por exemplo, que, não havendo norma que preveja expressamente, para a situação concreta, prazo prescricional, esse prazo é de dez anos. Veremos também que o prazo para a ação de reparação por ato ilícito é de três anos. A preocupação maior que se teve na redução dos prazos prescricionais, considerado o Código Civil pretérito e o atual, foi enorme. Teria o Estado o direito eterno, inclusive contra os herdeiros, de a qualquer tempo, mesmo estruturado em termos de representação processual e ciente do prejuízo, ingressar em Juízo para obter a reparação do dano? Não, porque isso implicaria, como dito por Marçal Justen Filho, um direito de ação eterno e, pior, no campo patrimonial”.

A questão principal, portanto, é o reconhecimento de que não há previsão constitucional expressa de imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas.

RE 636886 / AL

A simples leitura da expressão *ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento*, prevista no § 5º do art. 37 da CF, em sua literalidade, por si só, não permite a afirmação de ter sido adotada a imprescritibilidade de qualquer ação de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas.

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

O ordenamento jurídico adota o *princípio da prescritibilidade* como essencial à segurança jurídica das relações em sociedade, como salientado pelo Ministro DIAS TOFFOLI, em voto no julgamento do RE 669069/MG:

“Também devo destacar que a prescritibilidade das pretensões consiste em regra universal e foi adotada, no sistema jurídico brasileiro, como corolário dos princípios da segurança jurídica e da paz social, os quais estão entalhados na Carta da República. Daí poder-se concluir que a imprescritibilidade das ações só pode ser uma opção da própria Constituição, como ocorreu na eleição das ações penais relativas à prática de racismo (art. 5º, inciso XLII, CF) ou à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional ou o Estado democrático (art. 5º, inciso XLIV, CF). Também foi garantida constitucionalmente a imprescritibilidade do direito estatal sobre seus bens imóveis, dispondo-se que são insuscetíveis de usucapião os imóveis públicos urbanos ou rurais (arts. 183, § 3º e 191, parágrafo único, da CF)”.

Por isso, o afastamento excepcional de sua aplicação conduz à necessidade de interpretação restritiva do texto constitucional, por se constituir em uma ressalva destoante dos tradicionais princípios jurídicos que não socorrem quem fica inerte (*dormientibus non succurrit jus*); ainda mais se tratando, como na presente hipótese, de ressarcimento ao erário

RE 636886 / AL

fundada em decisão de Tribunal de Contas, que nem ao menos analisou o dolo ou culpa do agente.

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

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

Porém, quando da apresentação do Projeto de Constituição (B) da Comissão de Sistematização, foi acolhida a emenda de Plenário 2P02039-9 que excluía essa expressão clara e incisiva **QUE SERÃO IMPRESCRITÍVEIS**, tendo sido, conseqüentemente, expurgada do texto, conforme se verifica pela leitura de seu § 5º do art. 38 (correspondente ao atual § 5º do art. 37).

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

A título exemplificativo, importante lembrar que o Projeto de Constituição A também dispunha sobre a não incidência da prescrição no curso do contrato de trabalho e até dois anos de sua cessação (art. 7º, XXVI). Posteriormente, a Emenda de Plenário 2P02038-1 inseria no dispositivo a expressão imprescritibilidade (art. 8º, XXVI). Porém, da mesma maneira que nas hipóteses de ações de ressarcimento, prevaleceu a consagração da segurança jurídica com a adoção pelo Projeto de Constituição B da incidência da prescrição com a adoção de prazos variados (art. 8º, XXIX), posteriormente, simplificada e tornada definitiva

RE 636886 / AL

no atual texto (art. 7º, XXIX).

Repita-se que o legislador constituinte somente reservou a imprescritibilidade para os crimes de racismo e ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

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

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

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

Na sustentação oral da Doutora Izabel Vinchon Nogueira de Andrade, a União traz dados de fato referentes à tramitação dos processos no Tribunal de Contas da União, sugerindo que o acolhimento da tese da prescritibilidade afetará a cobrança de expressivas quantias devidas ao Erário.

Em primeiro lugar, cabe ao Tribunal de Contas, em particular, e a todos os agentes políticos, de modo geral, envidar esforços para que haja

RE 636886 / AL

a redução do tempo dos processos na referida Corte. Penso não ser legítimo o sacrifício de direitos fundamentais dos indivíduos, como forma de compensar a ineficiência da máquina pública.

Em segundo lugar, conforme detalhei no início deste voto, o Direito oferece um caminho, para as objeções suscitadas pela Nobre Procuradora: exurgindo elementos consistentes da atuação consciente e dolosa, no sentido de má gestão e de dilapidação do patrimônio público, abre-se a possibilidade de ajuizamento da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, na qual (a) os acusados terão plenas oportunidades de defesa e (b) a condenação ao ressarcimento, comprovado o agir doloso, será imprescritível, na forma da jurisprudência desta CORTE.

NO CASO CONCRETO, Vanda Maria Menezes Barbosa, na qualidade de presidente da Associação Cultural Zumbi, deixou de prestar contas de recursos recebidos do Ministério da Cultura para fins de aplicação no projeto Educar Quilombo.

Por essa razão, o Tribunal de Contas da União, no julgamento de Tomada de Contas Especial, condenou-a a restituir aos cofres públicos os valores recebidos por meio do Convênio 14/88.

Instada a cumprir a obrigação, a parte não a adimpliu, o que ensejou a propositura de execução de título executivo extrajudicial pela União.

A sentença reconheceu a ocorrência de prescrição e extinguiu o processo.

A União apelou, tendo o Tribunal Regional Federal da 5ª Região mantido a decisão de 1º grau nos termos da seguinte ementa (fl. 109, Vol. 1):

EMENTA: Tributário e Processual Civil. Execução fiscal. Prescrição. Possibilidade de reconhecimento de ofício. Lei 11.051/2004. Precedentes do STJ. Apelo improvido.

Na sentença, o contexto fático dos autos foi delineado no seguinte sentido (fl. 86, Doc. 4):

No caso dos autos, a execução fiscal fora ajuizada há bastante tempo e o despacho de arquivamento provisório data de mais de cinco anos atrás, sem que até a presente data tenham sido encontrados bens passíveis de constrição. Assim, estando os autos arquivados (sem baixa) há mais de cinco (05) anos e não havendo, neste intervalo de tempo, notícia de qualquer diligência concreta efetuada pelo exeqüente tendente a obter a satisfação de seu crédito, torna-se imperativo o reconhecimento da prescrição intercorrente. E tal se dá porque, como bem afirmou o Juiz Élcio Pinheiro de Castro, no Superior Tribunal de Justiça, em decisão proferida na AC nº 2000.70.09.000728-3/PR, publicada no DJ de 21 de junho de 2000, Seção II, pág. 987, "(...) quando se verifica que, promovida a ação de cobrança, o feito é arquivado por mais de cinco anos sem notícia da exeqüente ter promovido nos autos as diligências necessárias ao andamento do processo, não há como afastar a incidência do disposto no art. 174, § único do CTN, aplicável aos créditos tributários. Logo, caracterizada a inércia prolongada da Fazenda Pública, que não promoveu os atos de efetiva execução, deve-se decretar a prescrição, com a extinção do feito, compatibilizando-se a providência com aquele dispositivo do CTN, que é lei complementar. E não há que se falar em impossibilidade de ofício da prescrição pelo juiz, mormente quando não é localizado o devedor, do contrário estar-se-ia compactuando com uma execução por tempo indefinido, o que é inadmissível em nosso ordenamento jurídico".

Alega a União, com base no § 5º do art. 37 da CF, que não se aplica o art. 40, § 4º, da Lei 6.830/1980 (decretação de prescrição de ofício) às execuções de título extrajudicial propostas com supedâneo em acórdão do TCU, ante a imprescritibilidade de tais créditos que descortinam, em última análise, a existência do dever de ressarcimento ao erário, tese diametralmente oposta à demonstrada no presente voto.

Diante de todo o exposto, **VOTO PELO DESPROVIMENTO** do

RE 636886 / AL

Recurso Extraordinário, mantendo-se a extinção do processo pelo reconhecimento da prescrição, com a fixação da seguinte TESE: “*É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas*”.