

O STF E A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO RESSARCITÓRIA DO TCE/MG



Daniel de Carvalho Guimarães

Procurador do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais. Especialista em Direito Tributário pela PUC Minas.

O objetivo deste artigo é interpretar o enunciado e o julgado do Supremo Tribunal Federal (STF) no tema 899 de repercussão geral relacionados à prescrição da pretensão ressarcitória no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE/MG).

A prescrição da pretensão ressarcitória estatal foi objeto de dois recentes julgamentos no STF em sede de repercussão geral.

O primeiro foi o RE 852475 (tema 897), com trânsito em julgado, cujo objeto foi a prescrição da pretensão ressarcitória de dano ao erário decorrente de ato de improbidade administrativa, tendo o STF assentado a tese de que são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, a saber:

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.¹

O STF apreciou o tema 899 no RE 636886 e concluiu que é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas, a saber:

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

¹ RE 852475 / SP - Pleno - Relator p/ Acórdão: Min. Edson Fachin - Julgamento: 08/08/2018 - DJe-058 de 25/03/2019.

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”.²

Por duas vezes seguidas, o STF debruçou-se sobre a exegese do art. 37, parágrafo 5º da Constituição de 1988, sobre o caráter de imprescritibilidade ou não das pretensões ressarcitórias de dano ao erário, e concluiu, coerentemente, em todas elas, que a ressalva final do dispositivo deve ser aplicada restritivamente apenas ao ressarcimento de dano ao erário decorrente de ato doloso de improbidade administrativa.

O primeiro aspecto a ser discutido é definir os limites da pretensão ressarcitória estatal sujeita à prescrição. Em outras palavras, indaga-se qual seria a pretensão ressarcitória prescritível na visão do STF.

Sobre o tema, há duas correntes. A primeira defende que o STF apenas estabeleceu que a pretensão ressarcitória na sua modalidade executória, ou seja, após a constituição do título executivo, acórdão do TCU condenatório transitado em julgado, sofreria os efeitos temporais da prescrição. Essa corrente utiliza o fundamento legal invocado pelo STF para reconhecer a prescrição, qual seja, o art. 40 da Lei nº 6.830/1980, que trata da prescrição na modalidade intercorrente, no curso do processo de execução fiscal. Para essa corrente, não se poderiam ampliar as hipóteses de prescritibilidade da pretensão ressarcitória além do processo de execução fiscal.

Nesse sentido, o STF não teria fixado prazo para a atuação do Tribunal de Contas, apenas para a execução judicial de seus julgados.

Outra corrente defende que a pretensão ressarcitória é a mesma ao longo de todo o decurso de tempo desde a ocorrência do suposto ato ilícito, passando pela fiscalização, apuração, condenação e formação do título extrajudicial, até a execução judicial do débito calculado como dano ao erário. Logo, não seria juridicamente possível diferenciá-la ontologicamente em pretensão ressarcitória e pretensão executória, para fins de fixação de regime jurídico distinto quanto à prescritibilidade.

² RE 636886/AL – Pleno – Relator Min. Alexandre de Moraes – Julgado em 20/04/2020 - Dje de 24/06/2020.

A pretensão estatal nasce com a ocorrência do ilícito e já começa a sentir os efeitos deletérios do tempo, de acordo com o regime jurídico da prescrição. O que existe ao longo do caminho, no caso dos Tribunais de Contas, é a fixação de marcos e espaços temporais de interrupção e suspensão da contagem do prazo prescricional, que representem a iniciativa dos agentes do controle externo em apurar os ilícitos e definir responsabilidades.

Para essa última corrente, não haveria como diferenciar, quanto à prescritibilidade ou imprescritibilidade, a pretensão ressarcitória estatal em dois momentos separados pela formação do título executivo extrajudicial, que é o acórdão do Tribunal de Contas, pois a pretensão seria a mesma, não se transmudaria com o avançar das fases.

Parece-nos que a segunda corrente reflete a imagem mais fiel do ordenamento jurídico, que trata de forma diferenciada as pretensões estatais controladoras, em seus aspectos punitivo e reparador, daquela outra relativa ao direito potestativo estatal de constituir o crédito tributário e à pretensão estatal de sua cobrança do sujeito passivo, regida por leis próprias e específicas, como o Código Tributário Nacional e a lei federal de execução fiscal.

O segundo aspecto é a possibilidade de o Tribunal de Contas reconhecer um fato como ato doloso de improbidade administrativa para fins de aplicação da tese da imprescritibilidade. Indaga-se se seria possível o Tribunal de Contas exercer pretensão ressarcitória imprescritível, caso os fatos sob o seu crivo pudessem ser qualificados, ainda que sem caráter de definitividade, como atos dolosos de improbidade.

A resposta deve ser negativa. A nosso ver, os julgados do STF, em especial aquele do tema 899, não deixam margem a essa possibilidade. O juízo acerca da qualificação dos atos como dolosos de improbidade administrativa pertence ao Poder Judiciário, que o fará seguindo regras materiais e processuais explicitadas na lei de improbidade administrativa, que não podem ser manejadas pelos Tribunais de Contas.

Caso eventualmente as situações de fato possam ser enquadradas como atos dolosos de improbidade e não haja mais prazo viável para o Tribunal de Contas exercer a pretensão ressarcitória deles decorrentes, a solução jurídica encontrada pelo STF é permitir a busca do ressarcimento perante o Poder Judiciário, tendo como causa de pedir o reconhecimento de uma situação fática como ato doloso de improbidade causador de dano ao erário.

Assim, nessa linha de raciocínio, a pretensão ressarcitória exercida pelos Tribunais de Contas sempre será prescritível.

Para reforçar essa compreensão sobre o teor do julgado do STF, frise-se que o caso concreto envolvia a imputação de dano ao erário a determinado particular que recebeu recursos públicos e não prestou contas de sua utilização nem após provocação da entidade conveniente. A Lei nº 8.429/1992 reconhece a conduta de deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo como ato de improbidade na forma do seu art. 11, VI.

Assim, caso a posição do STF fosse pela possibilidade de imprescritibilidade no âmbito dos Tribunais de Contas na hipótese de ato doloso de improbidade, o resultado do julgamento seria diverso, pois o STF poderia reconhecer que a conduta imputada ao devedor configuraria potencialmente ato doloso de improbidade e manter a cobrança, dando provimento ao recurso extraordinário da União. Não foi o que ocorreu.

O STF justificou a prescritibilidade do caso concreto com a visão mais abrangente, de que não caberia ao sistema Tribunal de Contas exercer esse tipo de juízo de adequação típica, sequer provisório, não se aplicando a ele qualquer hipótese de imprescritibilidade. Prova disso são decisões monocráticas do STF, por exemplo, no MS 37089 (Rel. Ricardo Lewandovski, julgado em 13/11/2020) e 35208 (Rel. Dias Toffoli,

julgado em 06/10/2020), bem como no ARE 1256622 (Rel. Gilmar Mendes, julgado em 20/07/2020).

O terceiro aspecto a ser examinado é a aplicabilidade do novo entendimento do STF no tempo.

Em nenhum dos julgados, houve o reconhecimento de modulação dos efeitos, devendo a tese ser aplicada de forma ampla aos casos em apreciação nos Tribunais de Contas, inclusive aos fatos ocorridos anteriormente às decisões em repercussão geral.

O ministro Gilmar Mendes, durante o julgamento do tema 899, elaborou em seu voto proposta de modulação dos efeitos em relação ao novo entendimento de imprescritibilidade apenas no caso de pretensão ressarcitória estatal decorrente de ato doloso de improbidade administrativa diante da jurisprudência anterior do STF que reconhecia a imprescritibilidade de forma geral a qualquer hipótese de pretensão ressarcitória estatal. Porém, sua proposta não contou com os votos necessários previstos na Lei nº 9.868/1999.

Considerando que os Tribunais de Contas aplicavam pacificamente o entendimento segundo o qual era imprescritível a pretensão ressarcitória de dano ao erário, seria possível cogitar a aplicação imediata do novo entendimento somente aos novos fatos jurídicos que pudessem ser qualificados como causadores de dano ao erário.

Porém, além da postura do STF de não efetuar a modulação dos efeitos da decisão, urge reconhecer que a história recente de Minas Gerais já retratou episódio semelhante, de inovação legislativa instituidora da prescrição e da decadência no âmbito do Tribunal de Contas, qual seja, a Lei Complementar estadual nº 120, de 15 de dezembro de 2011, o que acarretou a aplicação imediata da nova legislação aos fatos pretéritos, permitindo-se inclusive o reconhecimento de prescrição e decadência pelo decurso dos prazos legais em datas anteriores à vigência da então inovadora lei complementar.

Portanto, sobre esse terceiro ponto, deve ser reconhecida a aplicabilidade da tese da prescrição aos fatos pretéritos de maneira a influenciar no julgamento de todos os processos atualmente em tramitação nos Tribunais de Contas.

O quarto aspecto a ser examinado é qual o regime jurídico da prescrição deve ser adotado. O STF decidiu pela aplicabilidade de regra da lei federal de execução fiscal, sobre prescrição intercorrente, suscitada no processo em análise. Em âmbito federal, quanto ao Tribunal de Contas de União, não há legislação que cuide da prescrição da pretensão punitiva. O STF aplicou ao caso concreto o efeito da prescrição intercorrente pelo decurso do prazo de cinco anos a partir do dia seguinte ao fim da suspensão do processo de execução fiscal por um ano, por ausência de bens ou diligências executórias.

Porém, o STF não respondeu qual seria o regime jurídico de prescrição aplicável ao Tribunal de Contas da União, que até então aplicava o prazo de 10 anos residual previsto no Código Civil.

Considerando que nunca se cogitara no ordenamento jurídico anterior pela prescrição da pretensão ressarcitória do dano ao erário, não haverá normas que tratem dessa questão, devendo ser aplicadas aquelas que cuidem de situações jurídicas que se assemelhem àquelas que envolvam dano ao erário.

Nessa linha, o regime jurídico aplicável pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais deve ser aquele da prescrição da sua pretensão punitiva, pela similitude e até identidade das situações jurídicas reguladas pela norma, ilícitos passíveis de sanção, em relação àquelas que envolvam dano ao erário.

Por óbvio, o legislador pode regular essa pretensão ressarcitória de forma diversa, porém, enquanto não há distinção legal, o regime jurídico deve ser único para as pretensões estatais, quanto à punição de atos ilícitos e ao ressarcimento dos danos por eles causados.



Assim, quanto ao quarto aspecto, deverão ser aplicadas às situações jurídicas que envolvam dano ao erário de competência do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais as regras previstas na Lei Complementar estadual nº 102/2008 que cuidam da prescrição da pretensão punitiva.

Por fim, destaque-se a pendência de embargos declaratórios opostos pela Advocacia-Geral da União que levou à Corte questionamentos acerca desses aspectos aqui tratados e que podem ter desfecho diverso do aqui proposto caso tenham efeitos infringentes reconhecidos.

Em síntese, conclui-se que, até o momento, o STF decidiu que:

- a) a pretensão ressarcitória exercida pelos Tribunais de Contas é prescritível, independentemente do momento do seu exercício, seja no conhecimento e apuração dos fatos nos processos administrativos, seja na execução judicial do título decorrente de suas decisões;
- b) não se aplica a exceção reconhecida pela Corte ao ressarcimento decorrente de ato doloso de improbidade administrativa, pois os Tribunais de Contas não têm competência para conhecer, processar e aplicar as sanções previstas legalmente aos atos de improbidade administrativa;
- c) esse entendimento deve ser aplicado a todos os fatos em apuração nos Tribunais de Contas, anteriores ou posteriores à decisão do STF, pois não houve modulação dos efeitos;
- d) em Minas Gerais, o regime jurídico da prescrição da pretensão ressarcitória deve ser aquele já existente sobre a pretensão punitiva do Tribunal de Contas, contido na Lei Complementar estadual nº 102/2008.