

A PRESCRITIBILIDADE DAS PRETENSÕES RESSARCITÓRIAS E PUNITIVAS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS¹

Gustavo Mendonça Rodarte¹

SUMÁRIO

Introdução. 1. Tribunais de Contas no Brasil: natureza jurídica, jurisdição e competência. 2. Os processos de controle externo: classificação, conceitos e natureza. 3. A prescrição administrativa. 3.1 A prescritibilidade da pretensão ressarcitória do Estado. 4. A aplicabilidade da prescrição administrativa nos processos de controle externo. Conclusão.

RESUMO

Visando certificar se o instituto da prescrição seria aplicável aos processos perante os Tribunais de Contas, ao abordar a natureza jurídica dessas instituições no Brasil, constata-se que as Cortes de Contas possuem natureza administrativa, o que lhes atrai os preceitos do Direito Administrativo. Verificou-se também que a função controladora dos Tribunais de Contas é desempenhada mediante processos de controle externo, que decorrem do princípio republicano, que é o fundamento que impõe aos governantes o dever de prestar contas de seus atos. Nesses processos, as Cortes de Contas promovem o ressarcimento de dano ao erário e aplicação de penalidades aos agentes responsáveis, cujas decisões têm eficácia de título executivo, daí as suas pretensões ressarcitórias e punitivas. Apesar da doutrina e jurisprudência serem majoritárias no sentido de que a pretensão ressarcitória do Estado é imprescritível, pela interpretação do art. 37, §5º da Constituição, vê-se que doutrinadores estão revisando seus posicionamentos admitindo a prescritibilidade, ou que a imprescritibilidade seria apenas para os danos decorrentes de improbidade ou crimes, tendo o STF afirmado recentemente que é prescritível o ressarcimento de dano ao erário oriundo de ilícito civil. Assim, demonstramos que tanto a pretensão ressarcitória como a pretensão punitiva dos Tribunais de Contas estão sujeitas a aplicação da prescrição. Desse modo, vê-se ainda não ser adequada a aplicação analógica no prazo de dez anos do Código Civil, como vem ocorrendo no âmbito do Tribunal de Contas da União, mas sim o prazo prescricional previsto na Lei de Improbidade Administrativa a ambas as espécies de pretensão.

Palavras-chave: Tribunal de Contas. Controle Externo. Dano ao erário. Sanção. Prescrição.

¹ Artigo Científico apresentado como Trabalho de Conclusão de Curso, da Pós-graduação *Lato Sensu* em Controle Externo e Governança Pública, pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 71, § 3º, atribuiu eficácia de título executivo às decisões dos Tribunais de Contas que resultassem em imputação de débito ou multa. Por outro lado, garantiu a todos a observância dos princípios da segurança jurídica, do devido processo legal e da razoável duração dos processos, tanto no processo judicial quanto no âmbito administrativo, conforme dispõe o seu art. 5º, *caput*, e incs. LV e LXXVIII.

Considerando que todos os que, de algum modo, gerenciam recursos públicos estão sujeitos a terem suas contas prestadas, no exercício da atividade de controle externo, os Tribunais de Contas desempenham papel relevante seja na fiscalização, seja no julgamento dessas prestações de contas, o qual poderá culminar com uma decisão que cause um gravame a tais responsáveis, como o é a imputação de débito² ou multa pela prática de atos ilícitos. Daí a necessidade de as Cortes de Contas observarem os referidos princípios constitucionais nos seus processos de controle externo, de modo a garantir os direitos fundamentais.

Nesse contexto, indaga-se: sofreria a atividade dos Tribunais de Contas, por meio de seus respectivos processos de controle externo, alguma limitação de atuação frente ao transcurso de tempo decorrido entre o momento da prática de ato ilícito e a consequente prolação de decisão de mérito responsabilizando o agente? Ou ainda: uma vez tendo o Tribunal de Contas questionado a licitude de algum ato de gestão, haveria a necessidade de observar algum prazo para que aquele se manifestasse conclusivamente sobre a questão?

Essa questão guarda íntima relação com o princípio da segurança jurídica, sobretudo quanto ao instituto da prescrição administrativa, assim entendida, em uma de suas vertentes, como a perda da pretensão ressarcitória ou punitiva do poder público em decorrência de sua inércia no transcurso de um prazo determinado. Desse modo, vê-se que a função da prescrição é a de estabilização das relações jurídicas consolidadas pelo fator tempo.

Como espécie de questão prejudicial de mérito, o reconhecimento da prescrição no âmbito dos processos dos Tribunais de Contas impediria adentrar-se à análise do mérito propriamente dito, no plano fático-jurídico, resultando, assim, na resolução do processo com julgamento do mérito, bem como o seu consequente arquivamento.

² Nos processos dos Tribunais de Contas, dá-se o nome de *débito*, o dano quantificado em valores monetários.

De outro modo, saber se realmente há a possibilidade de aplicar-se o instituto da prescrição no âmbito dos Tribunais de Contas e qual seria esse prazo, implicaria, por via reflexa, numa eventual redução no quantitativo de processos que tenham sido autuados há vários anos e que ainda não obtiveram uma decisão de mérito, sendo que há atualmente uma intensa discussão sobre a matéria no âmbito dos Tribunais de Contas do Brasil.

Desse modo, verifica-se o quão relevante é o tema escolhido. Sob a ótica social, haveria a possibilidade de estabilização de relações jurídicas, consolidadas pelo transcurso do tempo. Do ponto de vista político, há intensa discussão sobre a matéria no âmbito dos Tribunais de Contas, pois acarretaria uma possível redução no quantitativo de processos em tramitação nessas instituições. Por fim, quanto ao aspecto acadêmico, o tema atualmente começa a ser debatido em alguns trabalhos e artigos de pós-graduação.

1. OS TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL: NATUREZA JURÍDICA, JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA.

A Constituição da República Federativa do Brasil³ dedicou toda uma seção para tratar do tema, a qual intitulou de “Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária”, disposta nos seus arts. 70 a 75⁴.

Essa fiscalização, conforme prevista no art. 70, *caput* da Carta Republicana⁵, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder, para, em seguida, completar no art. 71, que o “controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União”, finalizando com o art. 75⁶, o qual prevê, para todas as Cortes de Contas dos outros entes federativos, a aplicação das normas dessa seção, no que couber, quanto à organização, composição e fiscalização.

³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: mar. 2017.

⁴ Constituição Republicana. Título IV. Capítulo I. Seção IX DA FISCALIZAÇÃO CONTÁBIL, FINANCEIRA E ORÇAMENTÁRIA. (*Ibid.*)

⁵ “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.” (*Ibid.*)

⁶ “Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.” (*Ibid.*)

Em suma, de acordo com esses dispositivos constitucionais, os Tribunais de Contas no Brasil têm o seu modelo basicamente regulado pela Carta Republicana. Daí que ter o Tribunal de Contas da União como instituição paradigma em matéria de fiscalização como objeto do que aqui será abordado, em tudo se aplica ao restante dos Tribunais de Contas do Brasil.

Mas discorrer sobre Tribunais de Contas, é falar também sobre a função de controle ou a função de fiscalização do Estado. Não aquela que este exerce sobre o particular, mas a que ele opera sobre si próprio, o que invariavelmente acaba por nos remeter à função administrativa de Estado. Em outras palavras, é em um primeiro momento necessário compreender que o nosso Estado é regido pelo princípio da separação dos poderes, assim como o é todas as grandes democracias contemporâneas.

Segundo a Teoria da Separação dos Poderes, formulada por Montesquieu, em 1748, com vistas a limitar a violência e o abuso do poder real, em pleno apogeu do Estado Monárquico Absolutista Francês, o Poder do Estado deveria ser exercido separadamente por meio de suas três funções básicas: o legislativo, o executivo e o judiciário, cada qual desempenhadas por órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Assim, *e.g.*, um juiz não pode criar as leis, pois ao fazê-lo quando julga um cidadão pode facilmente incorrer em medidas arbitrárias.

Restaria, então, à função estatal legislativa, a de criar, inovando na ordem jurídica, as normas abstratas e gerais a que todos, inclusive o próprio Estado, se subordinam, bem como a de nelas previr sanções no caso de seu descumprimento. À função executiva ou administrativa, a de dar cumprimento efetivo, concretude às normas, administrando a coisa pública. E por fim, à função judiciária, a de ser intérprete e a guardiã das normas, aplicando-as ao caso concreto para dirimir os conflitos de interesse.

Todavia, o exercício de cada uma dessas funções estatais (Poderes) totalmente estanques uma das outras, como apregoada pela teoria de Montesquieu, mostrou-se de difícil aplicação prática⁷, havendo a necessidade de seu abrandamento, o que ocorreu com a

⁷ “No entanto, a independência absoluta de cada Poder geraria situações de impasse. Se cada Poder fosse absolutamente independente, seria difícil promover uma atuação harmônica entre eles. Surgiriam conflitos insuperáveis, especialmente porque é inviável que cada Poder exercite um único tipo de função. Por isso, a separação de poderes conduz à autonomia relativa, em que cada um dos poderes exercita preponderantemente, mas não exclusivamente, um tipo de função. Ressalte-se que nenhum dos poderes é titular exclusivo de cada uma das funções nem cada uma das funções é desempenhada exclusivamente por um dos poderes. Ou seja, cada Poder é investido de uma função principal, mas desempenha acessoriamente outras funções.” (JUSTEN

formulação da Teoria dos Freios e Contrapesos (*checks and balances*), pela doutrina norte-americana, de modo que os poderes passaram a ter uma maior interpenetração entre si⁸. Com isso, passou-se a admitir que um Poder pudesse exercer, além da função que lhe é predominante ou típica, as funções atípicas ou predominantes nos outros Poderes, porém de modo mais restrito. Desse modo, não somente o Poder Executivo exerce a função administrativa, que é ínsita à sua natureza, porém também os outros Poderes a exercem, só que de forma atípica, como explica Lenio Luiz Streck:

A palavra *poder* comporta duas significações: os órgãos estatais, sentido orgânico ou subjetivo – Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário -, e as funções a serem desempenhadas, sentido funcional ou objetivo – atividade executiva ou administrativa, atividade legislativa ou normativa e atividade jurisdicional. Como é sabido, cada órgão não exerce, exclusivamente, uma única função, em correspondência nominal. *E. g.*, o poder legislativo não pratica apenas atividade normativa. Diz-se, então, **função típica**, aquela correspondente, por excelência ou basicamente, ao órgão e **função atípica**, aquela exercida pelo órgão em caráter extravagante, pois que relativa, a princípio ou propriamente a outro órgão, ou como meio para o desempenho de função clássica ou prioritária, caráter instrumental. Exemplo de função atípica do executivo, de índole excepcional, é a edição de medidas provisórias (art. 62 da CF). **Exemplo de função atípica do judiciário**, via para aperfeiçoar a sua atuação final, principal ou essencial, é a organização da sua estrutura, funcionamento, que engloba, p. ex., a eleição dos seus órgãos diretivos, a estipulação de competências, a realização de concursos para o provimento de cargos de juiz e demais servidores – autonomia administrativa (art. 96 e 99 da CF).⁹ (grifo nosso)

A separação de poderes foi prevista expressamente como princípio em nossa Carta Republicana no seu art. 2º, mas também de forma orgânica, ao estabelecer as competências exclusivas para cada um dos poderes constituídos. Desse modo, todo e qualquer abrandamento ao princípio deve também estar expressamente regrado em norma constitucional, pois sendo a separação dos poderes a regra constitucional, qualquer exceção a ela deve estar veiculada por norma constitucional, sob pena de eventual ingerência de um poder no outro ser reconhecida como inconstitucional.¹⁰

FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 89.)

⁸ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 11. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Método, 2007. p. 324

⁹ STRECK, Lenio L. Comentário ao artigo 2º. In: CANOTILHO, J.J.; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; _____ (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 145.

¹⁰ Exemplo disso, é o seguinte julgado, nos termos do trecho do voto do relator: “o dispositivo legal ora fustigado ao estipular que os **atos de aposentação** de membros e servidores **dos Poderes Constituídos e Órgãos Autônomos**, depois de concedidos pela autoridade competente, são **encaminhados à GOIASPREV para verificação da regularidade**, em patente **violação à autonomia administrativa dos referidos Poderes**

Uma vez que a função administrativa pressupõe o exercício de atividade financeira para que o Estado atinja a sua finalidade estabelecida constitucional ou legalmente, é necessário que paralelamente a essa atividade seja exercida a função de controle, ou seja, a atividade de verificar se os dispêndios financeiros efetuados pelo Estado estão em conformidade com o disposto nas normas.

Historicamente, a função de controle está ligada ao órgão que desempenha a função legislativa, pois se a este cabe editar leis que autorizam o Poder Executivo a arrecadar (leis tributárias) e a despender (leis orçamentárias) recursos financeiros, nada mais legítimo que àquele mesmo órgão caiba a competência de fiscalizá-los. Esse é o ensinamento de Fernando Facury Scaff e de Luma Cavaleiro de Macedo Scaff, como se observa na seguinte transcrição

Historicamente, uma das primeiras funções atribuídas ao Poder Legislativo enquanto órgão de atuação estatal foi a de fiscalizar a atuação do Poder Executivo. Na verdade, isso remonta à Magna Carta, de 1215, quando os nobres sitiaram a Realeza, obrigando-a a prestar contas de seus atos e, como corolário, a pedir autorização para aquela Assembleia de Nobres feudal para realizar certos atos de arrecadação de fundos (poder-se-ia chamar de tributos) ou para a realização de certos gastos (como, por exemplo, realizar gastos com o casamento de sua filha).¹¹

Por essa razão, é que o Poder Legislativo além de inovar na ordem jurídica, também tem como função típica a de fiscalizar a execução da atividade financeira do Estado, a qual se denomina comumente de fiscalização financeira e orçamentária. Essa fiscalização está prevista no art. 70 da Constituição Republicana, que dispõe que será exercida pelo controle externo e pelo controle interno.

Genericamente, diz-se que um controle é externo se ele é exercido por um poder ou órgão autônomo sobre outro. Já o controle interno é o que está inserido na própria estrutura

e **Órgãos**, padece de vício de **inconstitucionalidade material**, uma vez que afronta a autonomia administrativa conferida ao Ministério Público do Estado de Goiás, ao Tribunal de Contas do Estado, ao Tribunal de Contas dos Municípios e à Defensoria Pública nos termos dos artigos 115, 80, *caput*, e 120, § 3º da Constituição do Estado de Goiás, os quais reproduzem, respectivamente, no que interessa à espécie, as normas dos artigos 2º e 134, § 2º da Constituição da República.” (GOIÁS. Tribunal de Justiça. Corte Especial. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade* nº 381901-66.2015.8.09.0000 (201593819013), Requerente: Procurador-Geral de Justiça, Requeridos: Assembleia Legislativa e Governador do Estado, Relator Desembargador Nicomedes Borges, Goiânia, GO, 27 de janeiro de 2016, DJ-1991 pub. em 17 de março de 2016. Disponível em: <http://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/showacord.php?nmfile=TJ_2580760520108090051%20_2013043020130522_112118.PDF>. Acesso em: mar. 2017.

¹¹ SCAFF, Fernando F.; SCAFF, Luma Cavaleiro M. Comentário ao artigo 70. In: CANOTILHO, J.J.; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1166.

deste poder ou órgão. No caso da fiscalização financeira e orçamentária, o controle externo no Brasil tem como seu titular o Congresso Nacional, ou seja, o Poder Legislativo, porém é um controle exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas.

Diante da redação do art. 71 da Constituição da República, é muito comum a menção de que o Tribunal de Contas é um órgão auxiliar do Poder Legislativo, apesar do texto constitucional em momento algum afirmar isso, e de não ser assim considerado pela doutrina majoritária¹². A ideia de órgão auxiliar, como posta por alguns autores, leva a um equivocado entendimento de que haveria uma relação de hierarquia e subordinação entre o Tribunal de Contas e o Poder Legislativo, que não há, é certo, em relação a qualquer dos poderes constituídos.¹³

Também não há hierarquia entre o Tribunal de Contas da União e os Tribunais de Contas dos outros entes federados. Cada qual com a sua respectiva competência, a depender da origem dos recursos públicos envolvidos. Assim, o que atrairá a competência fiscalizatória do Tribunal de Contas da União é saber se o recurso público aplicado tem origem federal. Do mesmo modo, ficará a cargo dos Tribunais de Contas estaduais, se houver aplicação de recursos públicos dos Estados ou dos Municípios, caso não exista Tribunal de Contas na estrutura destes, ou órgão estadual de Tribunais de Contas Municipais¹⁴. Para tanto, não é relevante se o agente responsável é público ou particular, se ele está vinculado ao ente federal ou estadual. Haverá, portanto, a possibilidade de um agente público estadual estar sob a “jurisdição” do TCU, se a ele for confiada a aplicação de recursos federais. A isso, é que se deve entender o que comumente denomina-se de “jurisdição” das Cortes de Contas.¹⁵

No que concerne às competências do Tribunal de Contas da União, previstas no art. 71 da Constituição Republicana – CR, têm-se que as suas decisões podem resultar em decisões de natureza declaratória (art. 71, III da CR), condenatória/ressarcitória (art. 71, II e VI da CR)

¹² Segundo Valdecir Pascoal, o Tribunal de Contas não tem qualquer relação de subordinação com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, citando Alfredo Buzaid, Carlos Ayres Britto, Celso Antônio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles, José Cretella Jr. e Odete Medauar. (PASCOAL, Valdecir Fernandes. *Direito Financeiro e Controle Externo: teoria, jurisprudência e 400 questões*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 140)

¹³ *Ibid.*

¹⁴ No Estado de Goiás, há o Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás, órgão da esfera estadual com “jurisdição” sobre os recursos públicos municipais.

¹⁵ *Ibid. op. cit.*, p. 139.

e punitiva (art. 71, VIII da CR)¹⁶. No que tange à competência condenatória/ressarcitória, os Tribunais de Contas podem, diante da ocorrência de dano, imputar débito aos seus responsáveis, visando o ressarcimento do erário. Quanto à competência punitiva, havendo ou não dano ao erário, os Tribunais de Contas aplicam sanções aos responsáveis, nos casos de ilícitos administrativos tipificados em suas Leis Orgânicas.

Feita essa digressão, pode-se passar à questão de se saber a natureza jurídica do Tribunal de Contas. Sobre o tema, há basicamente na doutrina duas correntes de pensamento. A primeira corrente diz que os Tribunais de Contas têm natureza jurisdicional, de acordo com o ensinamento de Seabra Fagundes, a seguir transcrito:

o julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis por bens ou dinheiros públicos, o que implica investi-lo no parcial exercício da função judicante. Não bem pelo emprego da palavra julgamento, mas sim pelo sentido definitivo da manifestação da corte, pois se a regularidade das contas pudesse dar lugar a nova apreciação pelo Poder Judiciário, o seu pronunciamento resultaria em mero e inútil formalismo. Sob esse aspecto restrito [...], a Corte de Contas decide conclusivamente. Os órgãos do Poder Judiciário carecem de jurisdição para examiná-lo.¹⁷

Nesse mesmo sentido, são: Pontes de Miranda e Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. Para justificar que os Tribunais de Contas teriam natureza jurisdicional, essa parcela da doutrina promove a interpretação gramatical e literal dos vocábulos “tribunal” e “julgar”, bem como a

¹⁶ “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*; III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II; [...] 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; [...] VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as *sanções* previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, *multa* proporcional ao dano causado ao erário;” (grifo nosso) (BRASIL. Constituição (1988). op. cit.)

¹⁷ FAGUNDES, Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 142. *apud* GAROFANO, Rafael Roque. *Segurança jurídica no exercício da função de controle – a prescritibilidade das pretensões punitivas e ressarcitórias dos Tribunais de Contas*. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves. Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coords.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 784.

atribuição de eficácia de título executivo às suas decisões, previstos na norma constitucional. Entretanto, esses autores compõem a doutrina minoritária no Brasil.

De outro lado, a doutrina majoritária entende que os Tribunais de Contas não têm natureza jurisdicional, mas sim natureza administrativa, uma vez que no Brasil não foi acolhido o contencioso administrativo, e sim o princípio da inafastabilidade do controle do poder jurisdicional previsto no art. 5º, inc. XXXV da Constituição Republicana. Ainda quando vigia a Constituição de 1946, sobre o assunto, já ensinava Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:

o tribunal de contas só possui função administrativa de acompanhar a execução orçamentária e [de] apreciar as contas dos responsáveis por dinheiros e bens públicos. Com isso se não diminuiu o relevo do Tribunal de Contas, ao contrário se projeta na sua específica função de implantar a moralidade pública, de ordem administrativa, na fiscalização do orçamento [...] Esse órgão, apesar de exercer função administrativa, repita-se, a efetiva em caráter autônomo.¹⁸

A distinção que se faz entre o sistema de jurisdição una (inafastabilidade do judiciário) e o contencioso administrativo, é a de que neste último, adotado na França entre outros países europeus, há expressa vedação constitucional do Poder Judiciário de intervir nas decisões administrativas, enquanto naquele sistema a Administração Pública se submete à jurisdição comum, e é sistema adotado no Brasil.

Complementando esses ensinamentos, Odete Medauar explica que: “os vocábulos *tribunal* e *julgar contas*, usados ao se tratar desse agente controlador, não implicam a natureza jurisdicional de suas funções.”¹⁹ Sustentam, ainda, a inexistência de função jurisdicional das Cortes de Contas, José Cretella Júnior, Hely Lopes Meirelles, Eduardo Lobo Botelho Gualazzi, Celso Antônio Bandeira de Mello, José Afonso da Silva, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, entre outros.

Essa tese dominante na doutrina foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança nº 23.550/DF, de 04 de abril de 2001, no qual restou assentada a natureza administrativa das funções de controle dos Tribunais de Contas, em que pesem ser de um “colorido quase-jurisdicional”, ao afirmar que se lhes devem aplicar

¹⁸ MELLO, Oswaldo A. Bandeira de. *Tribunais de Contas: natureza, alcance e efeitos de suas funções*. RDP. p. 18. *apud* GAROFANO, *op. cit.*, p. 785.

¹⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 10. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: RT, 2006. p. 389-390.

subsidiariamente a Lei de Processo Administrativo Federal, Lei nº 9.784/99, conforme demonstra o seguinte trecho da ementa:

I. Tribunal de Contas: competência: contratos administrativos (CF, art. 71, IX e §§ 1º e 2º). [...]. II. Tribunal de Contas: processo de representação [...] Decisão pelo TCU de um processo de representação [...] de] licitante vencedora, sem que a essa sequer se desse ciência de sua instauração: nulidade. Os mais elementares corolários da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa são a ciência dada ao interessado da instauração do processo e a oportunidade de se manifestar e produzir ou requerer a produção de provas; de outro lado, **se se impõe a garantia do devido processo legal aos procedimentos administrativos comuns**, a fortiori, é irrecusável que **a ela há de submeter-se o desempenho de todas as funções de controle do Tribunal de Contas, de colorido quase - jurisdicional**. A incidência imediata das garantias constitucionais referidas dispensariam previsão legal expressa de audiência dos interessados; de qualquer modo, **nada exclui os procedimentos do Tribunal de Contas da aplicação subsidiária da lei geral de processo administrativo federal (L. 9.784/99), [...]**²⁰

Portanto, por não existir no Brasil o contencioso administrativo, a grande maioria da doutrina pátria entende que os Tribunais de Contas exercem atividades de controle atinentes à função administrativa do Estado, têm, assim, natureza administrativa, e sobre eles devem ser aplicados as normas e preceitos de Direito Público, sobretudo os de Direito Administrativo.

2. OS PROCESSOS DE CONTROLE EXTERNO: CLASSIFICAÇÃO, CONCEITOS E NATUREZA.

A fim de exercer as suas competências estabelecidas no art. 71 da Constituição da República, e para fins eminentemente didáticos, pode-se afirmar que os Tribunais de Contas o fazem basicamente por meio de duas espécies de procedimentos ou processos: a) processos de contas; e b) processos de fiscalização²¹, aos quais se podem genericamente denominar de

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 23.550 Distrito Federal*, Tribunal Pleno, Impetrante: Poli Engenharia Ltda, Impetrados: Presidente do TCU e outro, Relator Ministro Marco Aurélio, Relator para Acórdão: Ministro Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 04 de abril de 2001. DJ de 31 de outubro de 2001. p. 6. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85979>>. Acesso em: mar./2017.

²¹ Pode-se extrair essa classificação diretamente do Título II da Lei Orgânica do TCU, “JULGAMENTO E FISCALIZAÇÃO”. (BRASIL. *Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992*. Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8443.htm>. Acesso em: mar. 2017.)

processos de controle de externo.²² Processos esses de natureza administrativa, diante de igual natureza que tem a função de controle das Cortes de Contas, como visto acima.

Assim, podemos conceituar processos de contas como aqueles que têm por objetivo evidenciar a boa e regular aplicação de recursos públicos por parte dos agentes responsáveis pela sua gestão, quanto aos aspectos da legalidade, legitimidade e economicidade.²³ Esses processos decorrem diretamente do princípio republicano, um dos pilares do Estado Democrático de Direito, do qual emerge a obrigatoriedade de prestar contas dos recursos públicos aplicados pelos agentes do Estado, conforme ensina Benjamin Zymler:

[...] decorre imediatamente do princípio fundamental da ordem constitucional brasileira que torna obrigatória a prestação de contas da Administração Pública (art. 34, VII, “d”), como decorrência da forma republicana de governo. Na República não há espaço para monarcas ou soberanos que se situem acima das leis, devendo aquele que lida com a *res publica* estar obrigado a comprovar a regularidade de sua gestão, por meio da devida prestação de contas.^{24 25}

São espécies de processo de contas: a) prestação de contas do Chefe do Poder Executivo; b) as tomadas e prestação de contas dos gestores públicos; e c) a tomada de contas especial. Em relação à prestação de contas do Chefe do Poder Executivo, também chamada de contas de governo, o Tribunal de Contas não realiza o seu julgamento, em razão da natureza desempenhada por aquele governante, que não promove atos de gestão, os quais são exercidas por seus auxiliares, mas sim de governança pública. Apenas neste processo, a competência do Tribunal de Contas limita-se a emitir um parecer técnico (art. 71, inc. I da CR), e para isso

²² A Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Goiás prevê expressamente essa classificação: “Art. 45. No exercício do controle externo, os processos no Tribunal de Contas do Estado obedecem à seguinte classificação: I - *processos de contas*: a) prestação de contas do Governador; b) prestação de contas; c) tomada de contas; d) tomada de contas especial; II - *processos de fiscalização*: a) atos de pessoal sujeitos a registro; b) inspeção e auditoria; c) levantamento, acompanhamento e monitoramento; d) denúncia; e) representação. f) demais processos relacionados à competência do Tribunal de Contas do Estado.” (GOIÁS. Lei nº 16.168/2007. Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Goiás. Disponível em: <http://www.gabinetecivil.goias.gov.br/leis_ordinarias/2007/lei_16168.htm> Acesso em: mar. 2017.

²³ “Art. 194. Os processos de tomada ou prestação de contas ordinária conterão os elementos e demonstrativos especificados em ato normativo, que *evidenciem a boa e regular aplicação dos recursos públicos* e, ainda, a observância aos dispositivos legais e regulamentares aplicáveis. Art. 207. As contas serão julgadas regulares quando *expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável.*” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Resolução nº 155/2002. Regimento Interno do Tribunal de Contas da União (republicado). Boletim do TCU Especial. Brasília: Ano XLVIII, nº 1, em 2 jan. 2015. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24D7BC0B4014D7E1FB1A622B4>>. Acesso em: mar. 2017.)

²⁴ ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 412.

²⁵ Essa é a ideia do significado do vocábulo inglês *accountability*, ainda sem tradução para o português, que expressa o dever que os governantes têm de prestar de contar aos órgãos controladores e aos cidadãos, com a máxima transparência dos seus atos e de suas relações, em razão do cargo, e passíveis de responsabilização.

realiza fiscalizações com base em escopo próprio, que será levado à consideração do parlamento, a quem compete, por fim, realizar o julgamento (art. 49, IX da CR). De um modo geral, o objetivo desse processo é verificar o grau de cumprimento de normas constitucionais, leis orçamentárias (Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual), bem como a responsabilidade na gestão fiscal. Não há, portanto, nessa espécie de processo de contas, qualquer possibilidade de condenação em débito decorrente de dano ao erário, nem de aplicação das sanções previstas na Lei Orgânica do Tribunal de Contas, como a imputação de multa, por exemplo. O julgamento promovido pelo parlamento nesse caso é eminentemente político, e pode eventualmente debelar um processo de *impeachment* do governante.

É com relação às tomadas e prestação de contas²⁶ anuais dos gestores públicos, também chamadas de contas de gestão, que atrai sobre elas a competência ordinária de julgamento pelos Tribunais de Contas, prevista no art. 71, inc. II da Constituição da República.²⁷

O referido dispositivo contém também, em sua parte final, o fundamento para o julgamento da tomada de contas especial, outra espécie de processo de contas, quando dispõe sobre “as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário”.

Essa espécie de processo de contas objetiva, de acordo com o art. 8º da Lei nº 8.443/92²⁸, a apuração dos fatos que causaram prejuízos ao erário, a identificação dos responsáveis e a quantificação do dano decorrente de: a) omissão no dever de prestar contas; b) não comprovação da aplicação dos recursos repassados pelo Estado; c) ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos; e d), prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao erário.

²⁶ Conforme a sistemática adotada pelo Decreto-lei nº 200/67, as contas são diferenciadas em tomadas de contas ou prestação de contas a depender da vinculação do gestor, se a órgão da administração direta, ou se a entidade da administração indireta, respectivamente.

²⁷ “Art. 71. [...] 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;” (grifo nosso) (BRASIL. Constituição (1988). op. cit.)

²⁸ BRASIL. Lei nº 8.443/92. Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8443.htm> Acesso em: mar. 2017.) Norma semelhante está prevista nas Leis Orgânicas dos Tribunais de Contas do País. Na LOTCE de Goiás, a Lei nº 16.168/2007, a tomada de contas especial é regrada nos arts. 62 a 65.

A tomada de contas especial deve ser instaurada ordinariamente pela autoridade administrativa competente na sua esfera de gestão, sob pena de responder solidariamente com o agente causador do dano. Porém, no caso de negligência da autoridade administrativa, a instauração pode ser determinada pelo Tribunal de Contas, que fixará prazo para o cumprimento de sua decisão. Finalizada a instrução perante o órgão ou entidade da Administração Pública, a tomada de contas especial deve passar pelo respectivo órgão de controle, para sua manifestação, antes de ser encaminhada ao Tribunal de Contas para o julgamento final.²⁹

Além disso, a Corte de Contas, diante da verificação de ocorrência de dano ao erário em qualquer procedimento ou processo de fiscalização, ordenará a sua conversão em tomada de contas especial³⁰ e determinará a citação dos responsáveis para recolher o débito e/ou apresentar alegações de defesa, podendo, ainda, ao final, aplicar sanção de multa proporcional do dano.³¹

Verifica-se, assim, que as Cortes de Contas detêm competência para promover o ressarcimento do dano ao erário, quando condena o responsável à imputação de débito, o que é realizado não somente por meio do julgamento da tomada de contas especial, mas também por meio das contas de gestão, diante do que prevê o art. 12 da Lei nº 8.443/92.³²

Ressalta-se que essa modalidade de ressarcimento de dano ao erário é, em regra, decorrente de um ilícito administrativo, que tem tratamento semelhante ao dano decorrente de ilícito civil, não o sendo, pois, de improbidade administrativa ou de crime, cuja apuração está

²⁹ “Art. 9º Integrarão a tomada ou prestação de contas, inclusive a tomada de contas especial, dentre outros elementos estabelecidos no Regimento Interno, os seguintes: I - relatório de gestão; II - relatório do tomador de contas, quando couber; III - *relatório e certificado de auditoria*, com o parecer do dirigente do órgão de controle interno, que consignará qualquer irregularidade ou ilegalidade constatada, indicando as medidas adotadas para corrigir as faltas encontradas; IV - pronunciamento do Ministro de Estado supervisor da área ou da autoridade de nível hierárquico equivalente, na forma do art. 52 desta Lei.” (*Ibid.*)

³⁰ “Art. 47. Ao exercer a fiscalização, se configurada a ocorrência de desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário, o Tribunal ordenará, desde logo, a conversão do processo em tomada de contas especial, salvo a hipótese prevista no art. 93 desta Lei.” (*Ibid.*)

³¹ “Art. 57. Quando o responsável for julgado em débito, poderá ainda o Tribunal aplicar-lhe multa de até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao Erário.” (*Ibid.*)

³² “Art. 12. Verificada irregularidade nas contas, o Relator ou o Tribunal: I - definirá a responsabilidade individual ou solidária pelo **ato de gestão** inquinado; II - se houver **débito**, ordenará a **citação** do responsável para, no prazo estabelecido no Regimento Interno, apresentar defesa ou recolher a quantia devida; III - se **não houver débito**, determinará a **audiência** do responsável para, no prazo estabelecido no Regimento Interno, apresentar razões de justificativa.” (*Ibid.*)

na esfera de competência exclusiva do Poder Judiciário, portanto, fora da alçada dos Tribunais de Contas.

Assim, a questão de se saber se essa pretensão de ressarcimento de dano ao erário pelos Tribunais de Contas está, ou não, sujeita a prazo prescricional, bem como qual norma se aplica, por analogia. As Leis Orgânicas dos Tribunais de Contas, nem qualquer outra lei, não preveem prescrição para esses casos, em razão de que prevalece na doutrina e na jurisprudência nacional a tese de que, de um modo geral, as ações de ressarcimento por dano ao erário seriam imprescritíveis, segundo a interpretação que se extrai da parte final do disposto no art. 37, § 5º da Constituição Republicana. Questão essa que se tentará responder ao longo deste estudo.

De outro lado, têm-se os processos de fiscalização, cujo objetivo é fazer valer de forma ativa a função controladora dos Tribunais de Contas a fim de determinar medidas corretivas e de subsidiar o julgamento dos processos de contas de gestão e de governo³³. De um modo geral, as contas estão sujeitas a julgamento e a fiscalização, a apreciação do Tribunal. Nas palavras de Benjamin Zymler, Ministro do TCU:

“[...] tem-se que, ao final, os processos derivados de inspeção ou auditoria são apensados, quando cabível, às contas anuais dos gestores principais. Tal fato atesta o caráter subsidiário e acessório dos processos de fiscalização em relação aos processos de contas.”³⁴

Assim, os processos de fiscalização prestam-se a verificar se os atos de gestão pública estão em conformidade com a legislação aplicável, a legitimidade e sua economicidade (fiscalização de regularidade), bem como o exame da qualidade dos serviços públicos prestados de acordo com os critérios de eficácia, eficiência e efetividade (fiscalização operacional).

Verificada a ocorrência de irregularidade, o Tribunal de Contas determinará a adoção de medidas corretivas com fixação de prazo para seu cumprimento e, não elidido o fundamento da impugnação daquela ou descumprimento da determinação, sustará a execução do ato impugnado e aplicará ao agente responsável a sanção de multa³⁵, mas não sem antes

³³“Art. 41. Para assegurar a eficácia do controle e para instruir o julgamento das contas, o Tribunal efetuará a fiscalização dos atos de que resulte receita ou despesa, [...]”(Ibid.)

³⁴ ZYMLER, *op. cit.*, p. 413.

³⁵ “Art. 45. Verificada a ilegalidade de ato ou contrato, o Tribunal, na forma estabelecida no Regimento Interno, assinará prazo para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, fazendo

observar as garantias do devido processo legal. Portanto, em relação ao mérito dos processos de fiscalização de atos e contratos, o Tribunal de Contas da União poderá aplicar aos agentes responsáveis a sanção de multa prevista no art. 58, incs. II e III da Lei nº 8.443/92.³⁶

Constata-se, com isso, a existência da pretensão punitiva dos Tribunais de Contas, tanto nos processos de contas como nos processos de fiscalização. Do mesmo modo, há de incidir a aplicação de eventual prescrição dessa pretensão em função do seu não exercício em determinado prazo. De um modo geral, o tema não é tratado especificamente na legislação das Cortes de Contas. Alguns Tribunais de Contas do País vêm promovendo alterações em suas Leis Orgânicas para prever expressamente a prescrição de sua pretensão punitiva nos processos de controle externo, sendo a do Tribunal de Contas do Estado de Goiás o primeiro a dispor em sua Lei Orgânica.³⁷ Entretanto, não é esse o caso do Tribunal de Contas da União, que vêm aplicando por analogia o prazo de dez anos previsto no art. 205 do Código Civil de 2002. Entendemos que a aplicação dessa norma não é a mais adequada, como se verá a seguir.

3. A PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA.

A Prescrição é instituto antigo previsto desde a época do Direito Romano, e visa a estabilização das relações jurídicas consolidadas pelo fator tempo, diante da inércia do titular do direito em promovê-lo.

indicação expressa dos dispositivos a serem observados. § 1º No caso de ato administrativo, o Tribunal, se não atendido: I - sustará a execução do ato impugnado; II - comunicará a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; III - aplicará ao responsável a multa prevista no inciso II do art. 58 desta Lei. § 2º No caso de contrato, o Tribunal, se não atendido, comunicará o fato ao Congresso Nacional, a quem compete adotar o ato de sustação e solicitar, de imediato, ao Poder Executivo, as medidas cabíveis.”(BRASIL. Lei nº 8.443/92. *op. cit.*)

³⁶ “Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por: [...] II - ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial; III - ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao Erário;” (*Ibid.*)

³⁷ “[...] a exemplo da inovação adotada pelo Tribunal de Contas do Estado de Goiás, que inseriu em sua Lei Orgânica um Capítulo específico prevendo a prescritibilidade das matérias afetas à sua competência no prazo quinquenal, o que inspirou outras Cortes, como as dos Estados de Sergipe, Minas Gerais, Mato Grosso do Sul e Espírito Santo.” (ZELINSKI, Renata Brindaroli. O instituto da prescrição e sua aplicabilidade no âmbito dos Tribunais de Contas. *R. dig. Trib. Contas Est. Paraná*, Curitiba, n. 5, p. 70, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://www1.tce.pr.gov.br/multimidia/2013/10/flipbook/251591/files/assets/seo/page70.html>> Acesso em: jan. 2017.)

A prescrição é um dos corolários do princípio da segurança jurídica previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição, que se constitui em um dos princípios basilares do Estado de Direito, ao lado dos institutos da decadência, dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Conforme os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho, sobre os fundamentos da prescrição:

O fundamento da prescrição administrativa é o mesmo da prescrição comum: o princípio da segurança e da estabilidade das relações jurídicas. [...] o direito não pode ficar à mercê de eternas pendências, provocando uma situação de instabilidade no grupo social. O tempo é necessário para proporcionar essa estabilização. Desse modo, se o titular de um direito fica inerte para exercê-lo, surge, em certo prazo, situação oposta que passa a impedi-lo do exercício. Ou seja, a inércia do titular do direito cria situação favorável a terceiros, que acabam por se beneficiar daquela situação de inércia. É a essa situação que se denomina prescrição. Em consequência, no direito administrativo também é preciso assegurar a estabilidade dessas relações, sobretudo entre a Administração e o administrado, daí a criação da prescrição administrativa. Esse é o fundamento do instituto.³⁸

A existência do instituto da prescrição administrativa não é consenso na doutrina administrativista, embora seja o posicionamento majoritário. E mesmo entre estes que a consideram, também não chegam a um consenso quanto ao seu conceito.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenwald admitem-na em sede de direito administrativo, a chamada prescrição administrativa:

No âmbito das relações com o Poder Público, é possível vislumbrar duas diferentes possibilidades prescricionais: *i*) a prescrição que ocorre no interior das relações administrativas (que pode ser chamada de *prescrição administrativa propriamente dita*); e *ii*) a prescrição da pretensão de exigir determinado comportamento em juízo (podendo ser intitulada *prescrição judicial*). A prescrição administrativa – que pode ocorrer em benefício da Administração Pública ou do particular – submete-se aos prazos previstos na própria legislação específica.³⁹

Ao discorrer sobre o tema, Marçal Justen Filho rejeita a tese da prescrição administrativa, que para ele configuraria a hipótese de decadência, já que seria a perda de um direito material, enquanto a prescrição seria a perda do direito de ação, como se pode perceber nas seguintes palavras:

³⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 903.

³⁹ ROSENWALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil: Teoria Geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 570.

A eventual perda de direitos em virtude da ausência tempestiva do seu exercício no relacionamento direto entre Administrativa e particular não configura hipótese de prescrição. Assim se passa porque não se trata da ausência do direito de ação, mas do não exercício de direitos e poderes de direito material. Portanto, trata-se de hipótese de decadência, não de prescrição.⁴⁰

Por sua vez, Maria Sylvia Zanella Di Pietro trata do tema sob distintas acepções, conceituando-a como a perda de todo prazo previsto no âmbito da legislação do Direito Administrativo

Em diferentes sentidos costuma-se falar em prescrição administrativa: ela designa, de um lado, a perda do prazo para recorrer de decisão administrativa; de outro, significa a perda do prazo para que a Administração reveja os próprios atos; finalmente, indica a perda do prazo para aplicação de penalidades administrativas.⁴¹

Em verdade, esse dissenso reflete a antiga polêmica sobre o conceito de prescrição que existia tanto entre os civilistas quanto os processualistas, quando ainda vigia o Código Civil de 1916, porque não trazia neste qualquer menção à sua conceituação, chegando a confundir com o instituto da decadência. Diferentemente do que ocorreu com o advento do Código Civil de 2002, que trouxe o seu conceito no art. 189, dispondo que “violado o direito, nasce para o titular **a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição**, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.” (grifo nosso)

Em sintonia com essa contemporânea concepção, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenwald conceituam a prescrição como sendo “a perda de uma pretensão de reparação de um direito violado, em razão da inércia do seu titular, durante o lapso temporal estipulado pela lei.”^{42 43}

A ideia de que a prescrição é a perda do direito de ação leva à interpretação equivocada, como a exposta por Justen Filho, de que ela não se aplicaria ao direito administrativo, pois seria um instituto do direito processual judicial. Portanto, tem-se que a

⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 1265.

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 803.

⁴² ROSENWALD, *op. cit.* p. 557.

⁴³ Esse é o sentido veiculado na exposição de motivos do Código Civil de 2002. Veja-se: [...] Ainda a propósito da prescrição, há um problema terminológico digno de especial ressaltado. Trata-se de saber se prescreve a ação ou a pretensão. Após amadurecidos estudos, preferiu-se a segunda solução, por ser considerada a mais condizente com o Direito Processual contemporâneo, que de há muito superou a teoria da ação como simples projeção de direitos subjetivos.” (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: mar. 2017.)

prescrição não atinge o direito de ação⁴⁴ e nem o direito material em si⁴⁵, porém atinge a pretensão.

No que diz respeito à pretensão punitiva do Estado, há extensa legislação esparsa do Direito Administrativo que prevê prazos prescricionais de cinco anos, não havendo, portanto, qualquer dúvida da sua aplicação contra o Estado.

Como acima explicitado, a pretensão punitiva dos Tribunais de Contas já encontra guarida, em alguns casos, nas suas respectivas Leis Orgânicas, prevendo o prazo prescricional de cinco anos, que é um prazo constante no Direito Administrativo.

Todavia, em relação à pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União, uma vez que não há previsão expressa sobre o tema na legislação do TCU, este não admite a aplicação, por analogia, da prescrição administrativa, assim entendida como aquela prevista nas normas de Direito Administrativo. Porém, o TCU admite a aplicação, por analogia, da prescrição comum de dez anos prevista no art. 206 do Código Civil.

No entanto, entendemos que a aplicação de regra prevista no Código Civil não é a mais adequada, tendo em vista que esse diploma legal rege as relações jurídicas entre particulares. Resta, então, saber se é adequada, ou não, a aplicação de tal norma e qual o prazo, tendo em vista que não há previsão expressa sobre o tema na legislação do TCU.

3.1 A prescritibilidade da pretensão ressarcitória do Estado

A questão da prescritibilidade, ou não, da pretensão ressarcitória do Estado passa invariavelmente pela interpretação do art. 37, §5º da Constituição da República, que diz o seguinte

Art. 37. [...] §5º 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**. (grifo nosso)⁴⁶

⁴⁴ O direito de ação, como um direito público, abstrato e autônomo, não é atingido por qualquer prazo, pois assegurado pela Constituição da República como um direito fundamental, no seu art. 5º, inc. XXXV. O titular de um direito violado pode bater às portas do judiciário por meio da ação, com vistas a obter, ou não, uma tutela jurisdicional.

⁴⁵ Nesse caso, opera-se a decadência, também chamada de caducidade, que é a perda do próprio direito (potestativo) pelo seu não exercício em determinado prazo. Somente os direitos passíveis de violação, ou seja, os direitos subjetivos, decorrentes de uma prestação, de uma relação obrigacional estão sujeitos a prescrição.

⁴⁶ BRASIL. Constituição (1988). op. cit.

O entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência nacional⁴⁷ é de que o referido dispositivo constitucional contém a regra de que toda e qualquer pretensão ressarcitória do Estado é imprescritível. O seu texto começa dispondo que a lei irá prever os prazos prescricionais dos ilícitos que causem prejuízo ao erário. No entanto, tal interpretação, segundo os juristas, é extraída da parte final do texto do dispositivo: “ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.” O fundamento desse entendimento seria o princípio da indisponibilidade do interesse público, além da interpretação gramatical.

Desse modo, a tese ganhou considerável força ao ser a questão submetida pela primeira vez ao crivo da mais alta Corte do País. O Supremo Tribunal Federal – STF, no julgamento do Mandado de Segurança nº 26.210/DF, de 09 de setembro de 2008, entendeu pela imprescritibilidade, como se vê da respectiva ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. BOLSISTA DO CNPq. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE RETORNAR AO PAÍS APÓS TÉRMINO DA CONCESSÃO DE BOLSA PARA ESTUDO NO EXTERIOR. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. **INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO**. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. I - O beneficiário de bolsa de estudos no exterior patrocinada pelo Poder Público, não pode alegar desconhecimento de obrigação constante no contrato por ele subscrito e nas normas do órgão provedor. II - Precedente: MS 24.519, Rel. Min. Eros Grau. III - **Incidência**, na espécie, do disposto no **art. 37, § 5º, da Constituição Federal**, no tocante à alegada prescrição. IV – Segurança denegada.⁴⁸

Desde então, as decisões dos tribunais vêm aplicando com mais ênfase a tese da imprescritibilidade sobre os ressarcimentos decorrentes de ilícito civil, inclusive os Tribunais de Contas, no âmbito dos seus processos.

Desta feita, e paralelamente a essa produção jurisprudencial quase unânime nas decisões, viu-se proliferar trabalhos acadêmicos em crítica à referida tese, dispondo que o que há é uma interpretação gramatical errônea e generalizada daquele dispositivo constitucional, não sendo poucos os argumentos que defendem a tese da prescritibilidade da pretensão de

⁴⁷ CARVALHO, Gustavo Marinho de. *A prescritibilidade da pretensão ressarcitória do Estado*. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coords.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 771.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 26.210 Distrito Federal*, Tribunal Pleno, Impetrante: Tania Costa Tribe, Impetrado: Tribunal de Contas da União, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 4 de setembro de 2008. DJe-192 publicado em 10 de outubro de 2008, v. 2336-1, p. 170. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=553769>> Acesso em: mar. 2017.

ressarcimento do Estado, e dá-se isso porque, em momento algum, a norma fala expressamente em imprescritibilidade. Portanto, vejamos a seguir quais são esses argumentos.

O primeiro deles decorre de uma interpretação histórica. Nunca antes na história do Direito brasileiro houve a previsão de imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento do Estado, até o advento do texto do art. 37, §5º da Constituição da República, em 1988.

Segundo já o ensinamento de Câmara Leal, o princípio da prescritibilidade das ações propostas pelo Estado contra os administrados é antiquíssimo no âmbito da doutrina e da legislação. O art. 9º do Decreto nº 857, de 12 de novembro de 1851, já trazia o prazo prescricional de 40 anos, que sempre o foi a regra no Direito brasileiro

A prescrição de 40 anos posta em vigor pelo citado art. 20 da Lei de 30 de novembro de 1841, com referência ao Capítulo 210 do Regimento da Fazenda, a respeito da dívida ativa da Nação, opera a completa desoneração dos devedores da Fazenda Nacional do pagamento de dívidas, que incorrem na mesma prescrição, de maneira que, passados os 40 anos, não pode haver contra eles penhora, execução, ou outro qualquer constrangimento.⁴⁹

Pontes de Miranda, em seu tratado de direito privado, anotava que o Regimento da Fazenda, de 17 de outubro de 1516, em seu Capítulo 210, já previa o prazo prescricional para a pretensão de ressarcimento do Estado, o qual também era fixado em quarenta anos.⁵⁰

Passando aos argumentos da interpretação teleológica, aquela que busca extrair a real intenção do legislador constituinte, vê-se que é aqui que se deu o início da celeuma.

Ao se realizar uma análise da evolução redacional do dispositivo constitucional em comento, durante os trabalhos da Assembleia Constituinte, conforme demonstrado por Sergio Andréa Ferreira, vislumbra-se que realmente houve várias tentativas de fixar-se a imprescritibilidade das pretensões que visassem ressarcir os danos causados ao erário, como se pode observar pelos textos de duas emendas ao anteprojeto

São **imprescritíveis** os ilícitos praticados por qualquer agente, servidor público ou não, que causem prejuízo. (Emenda de maio de 1987, grifo nosso)

A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário,

⁴⁹ CARVALHO, *op. cit.*, p. 770.

⁵⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsi, 1955. v. 6. p. 327. *apud* CARVALHO, *op. cit.*, p. 775.

ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento, **que serão imprescritíveis**. (Emenda de setembro de 1987, grifo nosso)⁵¹

Segundo explica Gustavo Marinho de Carvalho, aquele autor, já nos anos de 1991, foi um dos primeiros a defender a tese da prescritibilidade das pretensões ressarcitórias do Estado, e que ao analisar a redação dos textos primitivos da Constituinte

assevera que inicialmente a imprescritibilidade referia-se a todos os ilícitos que causassem prejuízos ao erário público (administrativos, penais e civis); posteriormente a imprescritibilidade foi expressamente limitada às ações de ressarcimento e, por fim, *a referência à imprescritibilidade foi eliminada do texto do art. 37, § 5º da Constituição Federal*, o que o leva a concluir que as ações de ressarcimento são *prescritíveis*.⁵²

Diante disso, vejamos, a seguir, o argumento utilizado pela Comissão de Sistematização da Constituinte de 1988 para a rejeição das emendas que tentavam emplacar a tese da imprescritibilidade:

Quanto à imprescritibilidade, já tivemos oportunidade de refutá-la, pois a sua existência no ordenamento jurídico justifica-se como instrumento estabilizador do direito. A fixação do termo inicial, a partir do restabelecimento da ordem democrática, por si, já serve para afastar a impunibilidade que, na atualidade, é uma constante.⁵³

Diante de tais argumentos, não restam dúvidas de que o legislador constituinte refutou toda e qualquer possibilidade de que houvesse ações de ressarcimento ao Estado imprescritíveis, sejam elas quais fossem, decorrentes de ilícitos penais, administrativos ou civis.

Em que pesem os argumentos acima expostos, é com a interpretação sistemática do ordenamento constitucional que a tese da prescritibilidade realmente ganha peso.

Conforme explica Luísa Saad da Silva, a Constituição Republicana previu expressamente a imprescritibilidade em apenas duas hipóteses, ambas de ilícitos penais⁵⁴, no

⁵¹ FERREIRA, Sergio Andréa. *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. p. 312-314. *apud* CARVALHO, *op. cit.*, p. 773-774.

⁵² CARVALHO, *op. cit.*, p. 773.

⁵³ *Ibid.*, p. 774.

⁵⁴ SILVA, Luísa Saad. A prescritibilidade do direito da Administração Pública ao ressarcimento de danos causados ao erário decorrentes de ilícito civil – A acertada decisão do Supremo Tribunal Federal. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 16, n. 182, p. 43, abr. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=240104>>. Acesso em: mar. 2017.

art. 5º, incs. XLII e XLIV.⁵⁵ Ensina essa autora, portanto, que a Constituição da República assentou o instituto da prescrição como regra e a imprescritibilidade como exceção e que esta

em nosso ordenamento jurídico, reflete uma situação *sui generis*, e, portanto, somente pode ser decretada por previsão expressa e inequívoca. Por se tratar de uma exceção, o preceito que determina a imprescritibilidade deve ser interpretado de maneira restritiva, pois, segundo Carlos Maximiliano, refere-se a um privilégio.⁵⁶

Outro fundamento apresentado pela doutrina diante de uma interpretação sistemática é que, em seu art. 5º, inc. XLVII, alínea *b*, a Constituição Republicana vedou a possibilidade de aplicação de penas de caráter perpétuo. Esse argumento é trazido pelos autores Erico Andrade e Antonio Roberto Winter de Carvalho, segundo os quais entendem que, a ressalva do art. 37, § 5º da Constituição tornar imprescritíveis as ações de ressarcimento, seria uma forma de impor aos administrados uma pena de caráter perpétuo, o que é expressamente vedado pela Carta de 1988.⁵⁷

De fato, quanto aos crimes, ainda que imprescritíveis, há a previsão constitucional expressa do princípio de que a pena não passará da pessoa do condenado, no art. 5º, incisos XLV e XLVII.⁵⁸

Ainda que o crime de racismo seja imprescritível, a pena dele decorrente nunca poderá passar da pessoa do condenado e fatalmente extinguir-se-á com a morte do autor do fato delituoso. Conceber que a reparação de dano em favor do Estado seja também imprescritível, significa dizer que a expropriação de bens poderá atingir os sucessores do autor do ilícito, bem como os sucessores destes, e assim sucessivamente, por tempo indefinido.

⁵⁵ “Art. 5º [omissis] 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.” (BRASIL. Constituição (1988). op. cit.)

⁵⁶ SILVA. *op. cit.*, p. 43.

⁵⁷ ANDRADE, Erico. *O controle judicial da responsabilidade fiscal: ação civil pública de improbidade*. Jurisprudência Mineira, Belo Horizonte, v. 165, p. 49, 2003. apud CARVALHO, Antonio Roberto Winter de. Reflexões acerca da prescritibilidade nas ações de ressarcimento ao erário previstas no art. 37, §5º da Constituição. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 253, 2010. p. 31-48. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/8042/6836>. > Acesso em: mar. 2017.

⁵⁸ “Art. 5º [...] XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; [...] XLVII - não haverá penas: [...] b) de caráter perpétuo;” (BRASIL. Constituição (1988). op. cit.)

Veja que, a persistir a adoção da tese da imprescritibilidade, o tratamento dado à questão de ordem patrimonial do Estado demonstra ser mais importante do que todos os outros valores protegidos constitucionalmente. A respeito disso, veja-se o entendimento de Clito Fornaciari Júnior:

a ordem patrimonial não está elencada como as maiores preocupações da Constituição Federal, mesmo que referentes ao dinheiro público [...] transparece não ser razoável sustentar-se a imprescritibilidade também da mera ação de ressarcimento que longe está de justificar igual tratamento”.⁵⁹

Entendimento esse compartilhado por Luísa Saad da Silva, para quem

a interpretação sistemática de todo o ordenamento jurídico permite observar que valores extremamente altos para a sociedade, tais como a vida, a liberdade e a dignidade sexual não foram acobertadas pela regra da imprescritibilidade. Até mesmo crimes como homicídio, sequestro e estupro estão submetidos às regras gerais do prazo prescricional. Assim, não haveria razão para a proteção do erário receber tamanha custódia pela Constituição Federal, pois não há no patrimônio público tamanha grandeza que justifique mais amparo à pecúnia do que a valores tais como a vida, a liberdade e a dignidade.⁶⁰

O que dizer ainda dos casos de inadimplemento de obrigações tributárias, que, de ordinário, causam a mesma consequência da norma constitucional aqui enfrentada, cuja lei estabelece o prazo prescricional de cinco anos, no art. 174 do Código Tributário Nacional, “a ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva”.

De igual modo, existe a previsão de prazo prescricional de cinco anos para a proposição de ação visando o ressarcimento integral do dano decorrente de ato de improbidade administrativa, conforme a redação do art. 23 da Lei nº 8.429/1992.⁶¹

Neste caso, indaga-se: não estaria a referida norma legal em contrário à regra do art. 37, § 5º da Constituição? Veja, nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, sobre a questão:

Mas, ainda que assim não fosse, seria preciso extrair do ordenamento interpretação que conciliasse os textos do artigo 37, § 5º, da Constituição, de um lado, e do art. 23 da Lei 8.429/92, de outro. E aí, é bom frisar, não se

⁵⁹ FORNACIARI JÚNIOR, Clito. Prescrição das ações de ressarcimento de danos causados por ato de improbidade administrativa. *Revista de Informação Legislativa*, n. 165, jan./mar., 2005. *apud* SILVA, *op. cit.*, p. 43.

⁶⁰ SILVA, *op. cit.*, p. 44.

⁶¹ *Ibid.*

trata de singelamente resolver o problema mediante a prevalência do texto constitucional sobre o legal: aquele não é taxativo ao afirmar a imprescritibilidade e, mais do que isso, remete à legislação infraconstitucional; esta, de sua parte, não faz qualquer distinção entre as diferentes sanções previstas no seu art. 12 (dentre as quais se encontra a condenação ao ressarcimento do erário).⁶²

Todavia, é quanto à análise do art. 37, § 5º da Carta da República frente a princípios nela expressos que resta demonstrada quão equivocada é a tese da imprescritibilidade da pretensão ressarcitória do Estado.

Como visto anteriormente, o instituto da prescrição é emanção direta do princípio da segurança jurídica, previsto expressamente no art. 5º, *caput*, da Constituição da República. E sobre o tema, voltamos apenas para reforçar que a prescritibilidade das pretensões é a regra em nosso sistema jurídico e, portanto, somente por meio de uma veiculação na norma constitucional é que se poderia estabelecer a exceção, como o é a imprescritibilidade. Desse modo, deve o hermeneuta interpretar a parte final do texto do art. 37, §5º da Constituição à luz do princípio da segurança jurídica e afastar a tese contra a prescritibilidade.⁶³

A tese da imprescritibilidade da pretensão ressarcitórias do Estado conflita ainda com o princípio da isonomia ou da igualdade. De acordo com Pontes de Miranda, quando ainda vigia a Constituição de 1946, a prescrição deve correr contra todos, e ensinava que

o princípio, que hoje rege, é o da igual criação da prescrição. Corre ela contra quem quer que seja: brasileiros e estrangeiros, residentes no Brasil e não-residentes no Brasil, homens e mulheres, dirigentes e dirigidos, comerciantes e não-comerciantes, pessoas jurídicas de fins econômicos, inclusive religiosos e culturais, União, Estados-membros, Territórios, Distrito Federal e Municípios. Segundo o próprio princípio de isonomia (Constituição de 1946. Art. 146, §1º), os legisladores não podem estabelecer privilégios imunizantes.⁶⁴

Com certeza, o argumento que se apresenta a seguir é de longe o mais robusto dentre todos os até aqui colacionados. É que, admitir a tese da imprescritibilidade significa, na prática, inviabilizar o princípio da ampla defesa, o qual se insere no âmbito do princípio do

⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação de improbidade administrativa. Decadência e prescrição. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 33, set./out. 2005. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bidBiblioteca_periodico_pdf.aspx?i=49387&p=16>. Acesso em: jan. 2017.

⁶³ CARVALHO, *op. cit.*, p. 776.

⁶⁴ SILVA, *op. cit.*, p. 50. Argumento esse que também é compartilhado por Gustavo Marinho de Carvalho. (CARVALHO, *op. cit.*, p. 776-777.)

devido processo legal, ambos previstos expressamente no art. 5º, inc. LV, da Constituição da República.⁶⁵

Com efeito, admitir a imprescritibilidade mitigaria ou até mesmo tolheria o constitucional direito de defesa. Fundamento esse apresentado por Emerson Gabardo e encampado por Celso Antônio Bandeira de Mello, que até então defendia a imprescritibilidade, como se pode observar:

Já não mais aderimos a tal desabrida intelecção. Convencemo-nos de sua erronia ao ouvir a exposição feita no Congresso Mineiro de Direito Administrativo, em maio de 2009, pelo jovem e brilhante professor Emerson Gabardo, o qual aportou um argumento, a nosso ver irrespondível, em desfavor da imprescritibilidade, a saber: minimização ou eliminação prática do direito de defesa daquele a quem se houvesse increpado dano ao erário, pois ninguém guarda documentação que lhe seria necessária além de um prazo razoável, de regra não demasiadamente longo. De fato o Poder Público pode manter em seus arquivos, por período de tempo longuíssimo, elementos prestantes para brandir suas increpações contra terceiros, mas o mesmo não sucede com estes, que terminariam inermes perante arguições desfavoráveis que se lhes fizessem.⁶⁶

Diante de todos esses argumentos apresentados, pode-se fazer uma tentativa de extrair o sentido e o alcance da regra inserta no art. 37, §5º da Constituição, tendo-se como premissa a de que ela definitivamente não trata da pretensão ressarcitória do Estado decorrentes de ilícitos civis. Entretanto, ainda assim, não é tarefa fácil para o hermeneuta.

Dessarte, temos a possibilidade de três distintas acepções para o art. 37, § 5º da Constituição. De modo que ela:

- a) não trata de qualquer caso de imprescritibilidade;⁶⁷
- b) trata de casos de imprescritibilidade da pretensão ressarcitória do Estado, apenas para os ilícitos de improbidade administrativa e os ilícitos penais (crimes);⁶⁸

⁶⁵ “Art. 5º [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (BRASIL. Constituição (1988). op. cit.)

⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 1073.

⁶⁷ Fazem parte dessa corrente doutrinária, Sergio Andréa Ferreira, Ada Pellegrini Grinover, Celso Antônio Bandeira de Mello e Gustavo Marinho de Carvalho. (CARVALHO, *op. cit.*, p. 778.)

⁶⁸ Luciano Ferraz e Rafael Roque Garofano, dentre outros. Este também é o entendimento da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça – STJ, no julgamento dos *Embargos de Divergência em Recurso Especial* n. 662.844/SP, de 13 de outubro de 2010. (GAROFANO, *op. cit.*, p. 804-805.)

c) trata de casos de imprescritibilidade apenas para os ilícitos penais.

Por enquanto, já está definido por parte da doutrina, o entendimento quanto à primeira acepção. Para essa corrente, o art. 37, § 5º da Carta Republicana não contém regramento algum sobre a imprescritibilidade das pretensões ressarcitórias do Estado, mesmo aquelas decorrentes de dano ao erário decorrente de condutas criminosas. As palavras de Gustavo Marinho de Carvalho sintetizam os argumentos dessa corrente:

Para nós, na esteira de Celso Antônio Bandeira de Mello e Sergio de Andréa Ferreira, a ressalva da parte final do art. 37, § 5º da Constituição Federal significa que o prazo prescricional das pretensões judiciais de ressarcimento contra danos causados ao erário público não precisam coincidir – por serem autônomos – com os prazos prescricionais das ações judiciais punitivas que objetivam combater ilícitos administrativos ou penais. É dizer os prazos prescricionais das ações punitivas não precisam ser necessariamente os mesmos das ações de ressarcimento. O legislador, portanto, poderá estabelecer prazos prescricionais diferentes.⁶⁹

Vê-se que esse entendimento está aliado também ao fato de que, o adjetivo “imprescritível” da redação de propostas de emendas e qualquer alusão a que se fez a esta ideia foram reiteradamente rejeitados pela Comissão de Sistematização da Constituinte de 1988, como já anteriormente explicitado. Por isso, não a admitem.

Portanto, para essa corrente, o art. 37, § 5º, parte final, da Constituição Republicana prevê tão somente que o prazo de prescrição da pretensão ressarcitória do Estado não precisa coincidir com o prazo da pretensão punitiva de crimes e de improbidade administrativa que causarem prejuízos ao erário, a lei poderá prever prazos distintos.

A segunda e terceira possíveis acepções, que admitem a imprescritibilidade da pretensão ressarcitória do Estado, basicamente se diferenciam em razão da interpretação mais ou menos restritiva que se pode dar ao vocábulo “ilícito” previsto na norma constitucional, seja de ilícito penal, seja também de ilícito de improbidade. Todavia, para essa corrente, o prazo prescricional previsto para a pretensão punitiva é plenamente válido, de modo que a ação de ressarcimento do dano não está dissociada da apuração do ilícito na ação de improbidade ou na ação penal, para fins de garantir a imprescritibilidade, conforme ensina Rafael Roque Garofano:

⁶⁹ CARVALHO, op. cit., p. 778.

não proposta a “respectiva” ação de punição no prazo legal, não haverá que se falar em imprescritibilidade da ação de ressarcimento, remetendo-se ao que dispõe a legislação sobre o tema ou, na sua ausência, às normas semelhantes em matéria de Direito Público. Por isso, é que, uma vez transcorrido “in albis” o prazo para punição do ilícito causador do dano ao erário, não mais será possível se cogitar na imprescritibilidade da respectiva ação de ressarcimento.⁷⁰

Portanto, a imprescritibilidade somente operará se antes houver sido apurada e declarada pelo Judiciário, a ocorrência do dano em sede de ação de improbidade ou de ação penal. Desse modo, *e.g.*, havendo operada a prescrição da pretensão punitiva de ato inquinado de improbidade administrativa que cause dano ao erário, estará também operada a prescrição da respectiva pretensão ressarcitória do Estado.

De toda forma, essas três possíveis acepções da norma têm um ponto de convergência: é a ideia central de que uma vez apurada a responsabilidade pelo ilícito que causa dano ao erário, o Estado tenha um prazo maior para que seja possível o seu ressarcimento, e o prazo prescricional não seja um empecilho para isso. Esse deve ser o ponto de partida para qualquer hermenêutica que se dispuser a interpretar o texto do art. 37, §5º da Constituição da República.

Sobre o tema, em um caso que se discute a pretensão de ressarcimento do Estado com fundamento em acidente de trânsito, o STF teve recentemente a oportunidade de recomençar a debatê-lo. O julgamento deu-se em sede de repercussão geral no Recurso Extraordinário nº. 669.069/MG, em 03 de fevereiro de 2016, e nele entendeu-se que a exceção disposta no art. 36, § 5º, parte final da Constituição Republicana não albergam os ilícitos civis, como se observa da sua ementa:

CONSTITUCIONAL E CIVIL. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, 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.⁷¹

Nos termos do voto inicial do relator desse julgado, Ministro Teori Zavascki, a sua intenção mesma era de já fixar a tese de que seriam imprescritíveis apenas as ações de ressarcimento de danos ao erário decorrentes de ilícitos de improbidade administrativa ou de

⁷⁰ GAROFANO, *op. cit.*, p. 803.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão geral no Recurso Extraordinário n. 669.069 Minas Gerais*, Tribunal Pleno, Recorrente: União, Recorridos: Viação Três Corações Ltda e outro, Relator Min. Teori Zavascki, Brasília, DF, 03 de fevereiro de 2016. Dje-82 publicado em 28 de abril de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10810061>> Acesso em: mar. 2017.

ilícitos penais. Entretanto, na ocasião, o Tribunal Pleno entendeu que, por tratarem de questões que extrapolariam o mérito da causa, a decisão deveria circunscrever-se em torno do ilícito civil, conforme tese encabeçada pelo Ministro Roberto Barroso.

Se tais pretensões são prescritíveis, cabe, agora, indagar-se qual seria o prazo prescricional, uma vez que não existe legislação específica para a questão. O acórdão do referido julgado do STF, nos termos do voto do relator, adotou, por analogia, a regra insculpida no art. 206, § 3º, inc. V do Código Civil que traz o prazo de três anos⁷².

Entretanto, segundo Gustavo Marinho de Carvalho, essa não seria a melhor interpretação, porque não haveria o requisito da similitude entre os casos para se aplicar o instituto da analogia, já que o Código Civil incide basicamente entre as relações de direito privado. Seria, então, mais acertada a aplicação analógica do art. 1º do Decreto nº 20.910/32⁷³, que prevê o prazo prescricional de cinco anos para os administrados proporem ações de ressarcimento contra a Administração Pública.⁷⁴

Portanto, a questão da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento do Estado prevista no art. 37, § 5º da Constituição da República ainda está parcialmente em aberto, ficando, no entanto, fixada a tese pelo STF de que, quanto aos danos decorrentes de ilícitos civis, a pretensão é prescritível. Cabe, ainda, fixar-se qual seria o prazo.

4. A APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA NOS PROCESSOS DE CONTROLE EXTERNO

A Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, a Lei nº 8.443/92, é silente quanto ao instituto da prescrição. Por isso e, depois de apresentados os elementos acima, cabe, nesse momento, analisar se a prescrição administrativa pode, ou não, ser aplicada nos processos perante os Tribunais de Contas, isto é, nos processos de controle externo. Em outras palavras,

⁷² “Art. 206. Prescreve: [...] § 3º Em três anos: [...] V - a pretensão de reparação civil;” (BRASIL. Código Civil (2002). *op. cit.*)

⁷³ “Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.” (BRASIL. *Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20910.htm>. Acesso em: mar. 2017.)

⁷⁴ CARVALHO, *op. cit.*, p. 778

saber se a prescrição pode ser aplicada às pretensões punitivas e ressarcitórias dos Tribunais de Contas.

Como já visto anteriormente, as competências constitucionais dos Tribunais de Contas podem resultar em decisões de natureza declaratória (art. 71, III da CR), condenatória (art. 71, II e VI da CR) e punitiva (art. 71, VIII da CR). Tendo em vista o escopo deste estudo, a análise quanto ao tratamento do instituto da prescrição voltar-se-á exclusivamente para a prescrição das suas pretensões punitivas e ressarcitórias, pois quanto à competência de natureza declaratória não incide o instituto.

Apenas para relembrar, no que tange à essa competência condenatória/ressarcitória, os Tribunais de Contas podem, diante da ocorrência de dano, imputar débito aos seus responsáveis, visando o ressarcimento do erário. Quanto à competência punitiva, havendo ou não dano ao erário, os Tribunais de Contas aplicam sanções aos responsáveis, nos casos de ilícitos administrativos tipificados em suas Leis Orgânicas.

A fim de contextualizar o tema, como demonstra Rafael Roque Garofano, o Tribunal de Contas da União - TCU veio, ao longo do tempo, construindo o seu entendimento sobre a aplicação da prescrição nas suas pretensões ressarcitórias e punitiva, no sentido de que se aplicaria, por analogia, o prazo prescricional previsto no Código Civil: de vinte anos, quando vigia o Código Civil de 1916, e, posteriormente, de dez anos, na vigência do Código Civil de 2002. Como se vê, em matéria de prescrição, o TCU não fazia muita diferenciação, já que aplicava o mesmo prazo a ambas as espécies de pretensão.

Na verdade, quanto à pretensão ressarcitória, a jurisprudência do TCU oscilava entre a tese da imprescritibilidade e a da prescritibilidade com aplicação do prazo previsto no Código Civil, até que sobreveio o julgamento do MS n. 26.210/DF pelo STF, em 09 de setembro de 2008, fixando a tese da imprescritibilidade nos casos de ressarcimento ao erário. Esse julgamento foi decisivo para a pacificação da questão, na esfera do TCU, sendo seus argumentos utilizados para o julgamento, em sede incidente de uniformização de jurisprudência, que resultou no Acórdão n.º 2.709/2008-TCU-Plenário⁷⁵. Assim, no que

⁷⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n.º 2.709/2008*, Incidente de Uniformização de Jurisprudência, Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler, Brasília, DF, 26 de janeiro de 2008. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20081127/005.378%202000-2-MIN-BZ.rtf>>. Acesso em: mar. 2017.

concerne à pretensão punitiva, ainda subsiste, no âmbito do TCU, o entendimento da aplicação do prazo prescricional de dez anos previsto no Código Civil.⁷⁶

Ressalte-se que deverá ser julgado nos próximos meses, em um caso no qual o STF reconheceu haver repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 636.886 de Alagoas, sobre a prescritibilidade da pretensão ressarcitória do Estado decorrente de uma decisão do Tribunal de Contas, conforme se vê 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.⁷⁷ (grifo nosso)

No entanto, entendemos que o atual posicionamento do TCU sobre a questão da prescrição de suas pretensões ressarcitórias e punitivas encontram-se equivocadas. Primeiro, porque a tese da prescritibilidade da pretensão de ressarcimento do Estado tende a ganhar forças, com a nova posição do STF. Segundo, porque não faz sentido algum aplicar, mesmo que se diga ser por analogia, o prazo prescricional de dez anos previsto no Código Civil, em detrimento dos prazos previstos na legislação administrativa.

Para poder compreender melhor sobre a origem da aplicação da regra inserta no Código Civil perante os processos de controle externo, é necessário que se conheça os motivos que levaram o TCU a tanto, senão as suas próprias palavras constantes do Acórdão n.º 705-Plenário, de 23 de abril de 2008:

[...] a jurisprudência do TCU afastou a aplicação desses dois diplomas legais aos processos de sua competência. O primeiro, porque regula o processo administrativo no âmbito federal (art. 1º). O segundo, porque só trata da prescrição da ação punitiva da Administração no exercício do poder de polícia (art. 1º). Ambos não podem incidir sobre **os processos do TCU**, porque estes **não têm natureza tipicamente administrativa, mas especial, por tratarem do exercício do controle externo previsto constitucionalmente**. [...] Mas deve-se ressaltar que, como não há prazo específico para a prescrição das penas de multa impostas pelo TCU, ante a

⁷⁶ GAROFANO, *op. cit.* p. 796-798

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 636.886 de Alagoas*, Plenário, Recorrente: União, Recorrida: Vanda Maria Menezes Barbosa, Relator Ministro Teori Zavascki, Brasília, DF, 2 de junho de 2016. DJe-123 publicado em 15 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11172910>> Acesso em: mar./2017.

inaplicabilidade dos diplomas legais acima mencionados, a jurisprudência do TCU firmou-se no sentido de aplicar a essa hipótese o prazo prescricional previsto no Código Civil para as ações pessoais e não a prescrição quinquenal.⁷⁸ (grifo nosso)

Como se pode extrair do referido julgado, o TCU apoia-se numa interpretação singular sobre a natureza da função controladora que exerce, segundo a qual, na síntese de Rafael Roque Garofano:

a atividade de controle das Cortes de Contas corresponderia a uma função autônoma, que não pode ser confundida com o exercício de mera função administrativa, razão pela qual seriam inaplicáveis aos seus processos as regras e os prazos previstos nas normas de Direito Administrativo.⁷⁹

Ao afirmar que o TCU tem natureza especial, ou seja, nem administrativa nem jurisdicional, o TCU está a adotar a tese de que a natureza da sua função controladora é autônoma. Sobre essa tese, há entendimentos isolados de que não haveria sequer a possibilidade de aplicação da prescrição e da decadência nos processos de controle externo, por estarem os institutos previstos em legislação infraconstitucional, o que seria uma forma de mitigar a atuação dos Tribunais de Contas.⁸⁰

Todavia, como observado no Capítulo 1, a tese de que o Tribunal de Contas exerce função controladora autônoma não encontra guarida na linha de pensamento da doutrina majoritária, que se posiciona no sentido de que a função de controle das Cortes de Contas está inserida na função administrativa de Estado e, de consequência, têm elas natureza jurídica administrativa, assim como também o são os seus processos de controle externo.

Portanto, por terem natureza eminentemente administrativa, às Cortes de Contas aplicam-se obrigatoriamente as normas e os preceitos do Direito Administrativo.

⁷⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 705/2008*, Recurso de Reconsideração, Plenário, Relator Ministro Augusto Nardes, Brasília, DF, 23 de abril de 2008. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20080428/004-085-2002-2-AN.doc>> Acesso em: mar. 2017. Nesse sentido, consulte os Acórdãos 1.475/2004-TCU-Plenário e 1.652/2005-TCU-Plenário

⁷⁹ GAROFANO, op. cit., p. 796.

⁸⁰ Sobre a defesa da tese da função autônoma extremada de controle, consulte: BORGES, Maria Cecília. Algumas reflexões acerca do princípio da segurança jurídica no exercício do controle externo pelos Tribunais de Contas diante das dificuldades decorrentes do volume processual e ineficiência: inaplicabilidade da prescrição e da decadência e apresentação de alternativas para racionalização administrativa e razoável duração dos processos nas Cortes de Contas. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 78, p. 207-252, mar./abr. 2013. Interesse Público – IP. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=92589>>. Acesso em: jan. 2017.

Assim, não há que se falar em aplicação do prazo prescricional previsto no Código Civil, pois este incide sobre as relações de direito privado, relação essa que não há entre o Tribunal de Contas da União e os agentes sob a sua competência, ainda mais quando se trata da pretensão punitiva. Nesse sentido, é o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, ao dizer que a analogia deve ser feita com normas de Direito Público.

Verifica-se, portanto, que o TCU vem aplicando o instituto da analogia de forma equivocada, uma vez que para isso deve haver a semelhança entre o caso concreto para o qual não há previsão normativa específica e a hipótese prevista em norma legal para outros casos.

No âmbito do direito público, há extensa previsão na legislação esparsa que prevê o prazo prescricional de cinco anos. Para os casos de prescrição da pretensão punitiva, têm-se os seguintes exemplos: a) Lei nº 9.873/99 (prescrição da pretensão punitiva pela Administração Pública federal); b) art. 142 da Lei nº 8.112/90 (Estatuto dos servidores públicos da União); c) art. 23 da Lei nº 8.429/92 (Improbidade Administrativa). E quanto às hipóteses de prescrição da pretensão ressarcitória, têm-se, ainda: a) Decreto nº 20.910/32; b) art. 21 da Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular); c) art. 174 da Lei nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional); d) art. 23 da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa).

Nos casos específicos dos Tribunais de Contas, entendemos não ser aplicável, por analogia, o Decreto nº 20.910/32, que têm aplicação de forma mais abrangente e se referem às pretensões dos administrados contra o Estado, mas não às deste contra aqueles. Entretanto, vislumbramos em outra norma a que mais semelhança se apresenta em relação ao objeto do presente estudo.

Observa-se que a Lei de Improbidade Administrativa é o único diploma legal que prevê a mesma norma de prazo prescricional de cinco anos, tanto para a pretensão ressarcitória, quanto para a pretensão punitiva. Além disso, essa lei dispõe especificamente de ilícitos administrativos dotados de maior carga de gravidade do que os ilícitos administrativos comuns, dos quais os ilícitos apurados perante os Tribunais de Contas são espécies, o que demonstra o seu alto grau de semelhança apto a adotar o instituto da analogia nas Cortes de Contas. Sem dizer que há mais uma vantagem para estas Cortes em adotar o prazo prescricional da Lei nº 8.429/92, pois não tem o início da contagem desse prazo a partir do fato ocorrido, porém, o faz após o término do exercício do mandato do agente, ou da

apresentação da prestação de contas final, nos casos das entidades que recebem recursos do Estado.

Portanto, diante de tudo o que foi apresentado até aqui, entendemos que tanto as pretensões ressarcitórias, como as punitivas dos Tribunais de Contas são passíveis de aplicação do prazo prescricional de cinco anos, por meio da aplicação da analogia da norma prevista no art. 23 da Lei nº 8.429/92, a Lei de Improbidade Administrativa.

Conclusão

Diante de tudo o que foi exposto, é possível chegar a respostas satisfatórias para a problematização sugerida, qual seja, a de se saber em que medida o instituto da prescrição seria aplicável aos processos perante os Tribunais de Contas.

Partindo de um estudo sobre a natureza jurídica dos Tribunais de Contas no Brasil, ao conhecer as origens do princípio da separação dos poderes, foi possível verificar, dentre as duas correntes de pensamento doutrinário existentes, que o entendimento dominante, por não existir no Brasil o contencioso administrativo, é o de que a função controladora dos Tribunais de Contas tem natureza eminentemente administrativa, e não uma função jurisdicional, como afirmam alguns.

Essa função fiscalizatória tem suas raízes na Carta Magna de 1215, e historicamente está ligada ao parlamento. Por isso, o titular dessa função é, em regra, o Poder Legislativo, o qual o Tribunal de Contas auxilia. Em razão da sua natureza administrativa, e numa interpretação extremada por puro desconhecimento, alguns autores equivocadamente afirmam que estaria ele subordinado ao parlamento, que o seu exame sobre as contas seria meramente formal e, portanto, suas decisões seriam técnico-opinativas - nada mais errôneo. Enfim, sendo a função controladora dos Tribunais de Contas eminentemente administrativa, a consequência disso é que se lhes aplicam as normas e os preceitos de Direito Administrativo, ou ao menos é o que deveria ocorrer, de acordo com o STF, no julgamento do MS nº 23.550/DF, de 04 de abril de 2001, que encampou essa tese.

Conforme a doutrina especializada e a legislação constitucional e infraconstitucional do Tribunal de Contas da União, as competências deste são exercidas mediante processos de

controle externo, seja de contas ou seja de fiscalização. Como visto, esses processos decorrem diretamente do princípio republicano, um dos pilares do Estado Democrático de Direito, do qual emerge a obrigatoriedade de prestar contas dos recursos públicos aplicados pelos agentes do Estado. É por meio desses processos, que as Cortes de Contas podem promover a sua pretensão punitiva aos agentes responsáveis por atos de gestão irregulares. Mas é por meio dos processos de contas de gestão e de tomada de contas especial, que os Tribunais de Contas exercem a sua pretensão ressarcitória de dano ao erário.

Tendo o seu fundamento no princípio da segurança jurídica, basilar do Estado de Direito, previsto no art. 5º, *caput* da Constituição Republicana, a prescrição visa a estabilização das relações jurídicas consolidadas pelo fator tempo, diante da inércia do titular do direito em promovê-lo. No âmbito das relações dos administrados com a Administração Pública, o instituto passa a denominar-se de prescrição administrativa, seja em relação à pretensão punitiva do Estado, seja em relação à sua pretensão ressarcitória.

Não resta a menor dúvida quanto à aplicação da prescrição administrativa às pretensões punitivas do Estado, tanto que há expressa e extensa previsão em leis esparsas. A dúvida que ainda paira é sobre a sua aplicação às pretensões ressarcitórias decorrentes de dano ao erário, diante do disposto no art. 37, §5º, parte final, da Constituição da República, que segundo o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência, dispõe que essas pretensões são imprescritíveis, com base em interpretação gramatical e no princípio da indisponibilidade do interesse público. Tese essa que foi encampada pelo STF, no julgamento do MS nº 26.210/DF, de 09 de setembro de 2008.

No entanto, a tese contrária, isto é, a que afirma não existir a imprescritibilidade na referida norma constitucional, vêm apresentado diversos e convincentes argumentos, realizados por meio de interpretação gramatical, histórica, teleológica e sistemática, sobre a prescritibilidade das pretensões ressarcitórias, a ponto de defensores da outra passarem a advogar esta tese, como é o caso de Celso Antônio Bandeira de Mello. Para este autor, a tese da imprescritibilidade do ressarcimento de dano ao erário mitiga e até mesmo pode fulminar o direito constitucional de defesa. Afinal, seria necessário manter-se consigo documentos por toda uma vida, para que possam eventualmente fazer prova contra uma pretensão estatal.

Destarte, há a construção de duas interpretações do mencionado dispositivo constitucional. A primeira corrente, que entende não haver qualquer possibilidade de casos de

imprescritibilidade previsto na norma, é encabeçada por Sergio Andréa Ferreira, Ada Pellegrini Grinover e Celso Antônio Bandeira de Mello. Para essa corrente, a norma prevê tão somente que o prazo de prescrição da pretensão ressarcitória do Estado não precisa coincidir com o prazo da pretensão punitiva de crimes e de improbidade administrativa que causarem prejuízos ao erário, a lei poderá prever prazos distintos. Já para a segunda corrente, dentre outros Luciano Ferraz e Rafael Roque Garofano, e encampada pelo STJ, a norma trata de imprescritibilidade apenas para danos decorrentes de ilícitos de improbidade administrativa e de ilícitos penais. No entanto, essa corrente faz uma ressalva: uma vez transcorrido *in albis* o prazo para punição do ilícito causador do dano ao erário, não mais será possível se cogitar na imprescritibilidade da respectiva ação de ressarcimento.

Entretanto, desde 03 de fevereiro de 2016, o STF mudou o seu entendimento, no julgamento do RE nº 669.069/MG, pelo menos quanto aos danos decorrentes de ilícito civil, ao afirmar, em sede de repercussão geral, que tais pretensões estatais são prescritíveis. Nos próximos meses, o STF deve decidir a repercussão geral no RE nº 636.886/AL, no qual há controvérsia sobre a prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas, ocasionando uma reviravolta na jurisprudência destas Cortes.

Em relação às pretensões punitivas do Estado como um todo, e em especial a dos Tribunais de Contas, aplicam-se, portanto, diretamente ou por analogia, a prescrição administrativa. No entanto, o TCU não a aplica, mas sim a prescrição comum de dez anos prevista no art. 205 do Código Civil, sob o argumento de que os seus processos de controle externo não têm natureza meramente administrativa, mas especial, o que o impediria de aplicar normas do Direito Administrativo. Entretanto, vê-se que essa tese da função autônoma do controle externo não é a dominante na doutrina pátria, que se posiciona no sentido de que a função de controle das Cortes de Contas está inserida na função administrativa de Estado e, de consequência, têm elas natureza jurídica administrativa, assim como também o são os seus processos de controle externo e aos quais aplicam-se obrigatoriamente as normas e os preceitos do Direito Administrativo. Portanto, essa é a razão de o entendimento do TCU não estar adequada, já que o Código Civil incide sobre as relações de direito privado.

Assim, por prever especificamente de ilícitos administrativos, mesmo que dotados de maior carga de gravidade do que os ilícitos administrativos comuns, dos quais os ilícitos apurados perante os Tribunais de Contas são espécies, bem como o mesmo prazo

prescricional de cinco anos para a pretensão punitiva e para a pretensão ressarcitória, entendemos que o mais adequado é a aplicação analógica do art. 23 da Lei nº 8.429/92, a Lei de Improbidade Administrativa, nos processos de controle externo, além de ter a vantagem de o início da contagem do prazo a partir do término do exercício do mandato do agente, ou da apresentação da prestação de contas final, nos casos das entidades que recebem recursos do Estado. Como espécie de questão prejudicial de mérito, o reconhecimento da prescrição no âmbito dos processos dos Tribunais de Contas impede adentrar-se à análise do mérito propriamente dito, resultando, assim, na resolução do processo com julgamento do mérito, bem como o seu consequente arquivamento.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: mar. 2017.

BRASIL. *Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20910.htm>. Acesso em: mar. 2017.

BRASIL. *Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992*. Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8443.htm>. Acesso em: mar. 2017.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 23.550 Distrito Federal*, Tribunal Pleno, Impetrante: Poli Engenharia Ltda, Impetrados: Presidente do TCU e outro, Relator Ministro Marco Aurélio, Relator para Acórdão: Ministro Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 04 de abril de 2001. DJ de 31 de outubro de 2001. p. 6. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85979>>. Acesso em: mar./2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 26.210 Distrito Federal*, Tribunal Pleno, Impetrante: Tania Costa Tribe, Impetrado: Tribunal de Contas da União, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 4 de setembro de 2008. DJe-192 publicado em 10 de outubro de 2008, v. 2336-1, p. 170. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=553769>> Acesso em: mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 636.886 de Alagoas*, Plenário, Recorrente: União, Recorrida: Vanda Maria Menezes Barbosa,

Relator Ministro Teori Zavascki, Brasília, DF, 2 de junho de 2016. DJe-123 publicado em 15 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11172910>> Acesso em: mar./2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão geral no Recurso Extraordinário n. 669.069 Minas Gerais*, Tribunal Pleno, Recorrente: União, Recorridos: Viação Três Corações Ltda e outro, Relator Min. Teori Zavascki, Brasília, DF, 03 de fevereiro de 2016. DJe-82 publicado em 28 de abril de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10810061>> Acesso em: mar. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n° 705/2008*, Recurso de Reconsideração, Plenário, Relator Ministro Augusto Nardes, Brasília, DF, 23 de abril de 2008. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20080428/004-085-2002-2-AN.doc>> Acesso em: mar. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n° 2.709/2008*, Incidente de Uniformização de Jurisprudência, Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler, Brasília, DF, 26 de janeiro de 2008. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20081127/005.378%202000-2-MIN-BZ.rtf>>. Acesso em: mar. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Resolução n° 155/2002*. Regimento Interno do Tribunal de Contas da União (republicado). Boletim do TCU Especial. Brasília: Ano XLVIII, n° 1, em 2 jan. 2015. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24D7BC0B4014D7E1FB1A622B4>> Acesso em: mar. 2017.

CANOTILHO, J.J.; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Antonio Roberto Winter de. *Reflexões acerca da prescricibilidade nas ações de ressarcimento ao erário previstas no art. 37, §5º da Constituição*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 253, 2010. p. 31-48. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/8042/6836>>. Acesso em: mar. 2017.

CARVALHO, Gustavo Marinho de. *A prescricibilidade da pretensão ressarcitória do Estado*. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coords.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

GAROFANO, Rafael Roque. *Segurança jurídica no exercício da função de controle – a prescritibilidade das pretensões punitivas e ressarcitórias dos Tribunais de Contas*. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coords.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GOIÁS. *Lei nº 16.168, de 11 de dezembro de 2007*. Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Goiás. Disponível em: <http://www.gabinetecivil.goias.gov.br/leis_ordinarias/2007/lei_16168.htm> Acesso em: mar. 2017.

GOIÁS. Tribunal de Justiça. Corte Especial. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 381901-66.2015.8.09.0000 (201593819013)*, Requerente: Procurador-Geral de Justiça, Requeridos: Assembleia Legislativa e Governador do Estado, Relator Desembargador Nicomedes Borges, Goiânia, GO, 27 de janeiro de 2016, DJ-1991 pub. em 17 de março de 2016. Disponível em: <http://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/showacord.php?nmfile=TJ_2580760520108090051%20_2013043020130522_112118.PDF>. Acesso em: mar. 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação de improbidade administrativa. Decadência e prescrição*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 7, n. 33, set./out. 2005. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bidBiblioteca_periodico_pdf.aspx?i=493_87&p=16>. Acesso em: jan. 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 11. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Método, 2007.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 10. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: RT, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

PASCOAL, Valdecir Fernandes. *Direito Financeiro e Controle Externo: teoria, jurisprudência e 400 questões*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

ROSENWALD Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil: Teoria Geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Luísa Saad. *A prescritibilidade do direito da Administração Pública ao ressarcimento de danos causados ao erário decorrentes de ilícito civil – A acertada decisão do Supremo Tribunal Federal*. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 16, n. 182, p. 41-52, abr. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=240104>>. Acesso em: jan. 2017.

ZELINSKI, Renata Brindaroli. O instituto da prescrição e sua aplicabilidade no âmbito dos Tribunais de Contas. *R. dig. Trib. Contas Est. Paraná*, Curitiba, n. 5, p. 70-95, jul./set. 2013. Disponível em:

<<http://www1.tce.pr.gov.br/multimidia/2013/10/flipbook/251591/files/assets/seo/page70.html>>. Acesso em: jan. 2017.

ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

ⁱ Analista de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Goiás. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás – PUC – GO. Especialista em Direito Administrativo Contemporâneo pelo Instituto de Direito Administrativo de Goiás – IDAG/Uni-Anhanguera e em Direito Processual pelo Axioma Jurídico/Universidade de Rio Verde.