

## **Dano ao erário: o STF, a prescrição e os Tribunais de Contas**

Análise do alcance do julgamento do Recurso Extraordinário nº 636.886, que fixou o tema 899

ISMAR VIANA

13/05/2020 16:04



TCU. Crédito: Borowski / Domínio Público

Muito se tem discutido, recentemente, sobre o alcance do julgamento do Recurso Extraordinário nº 636.886, que fixou o tema 899, reconhecendo que “é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”, especialmente no que se refere a possíveis repercussões dessa decisão no exercício das competências dos Tribunais de Contas do Brasil.

Para dimensionar os impactos da referida decisão no funcionamento e processualização das competências dessas instituições, faz-se imprescindível um exame contextualizado com as perspectivas cível, penal, eleitoral e de controle externo, além de uma análise do sentido das expressões utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal para chegar à

conclusão que gerou o tema 899, diferenciando o que foi dito passageiramente, *obiter dictum*, do que efetivamente constituiu razão de decidir.



**RISCO POLÍTICO**

**Newsletter do analista-chefe Fábio Zambeli  
antecipa o que vai acontecer em Brasília**

Com o JOTA, as decisões do poder não te surpreendem

[CLIQUE PARA SABER MAIS](#)

Em que medida a discussão sobre a origem do título justificou a decisão pela prescrição da pretensão ressarcitória? A prescrição da pretensão ressarcitória influencia na prescrição da pretensão do reconhecimento do dano? Os Ministros da Suprema Corte chegaram a afirmar que não há ampla defesa e contraditório nos Tribunais de Contas? Houve afirmação de que em nenhuma espécie processual de controle externo é possível aferir dolo ou culpa?

Rememore-se, em primeiro lugar, que o STF tem entendido serem imprescritíveis apenas as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa (tema 897).

Nesse sentido, ficou expressamente consignado na Decisão do RE nº 636.886, consoante excerto dela extraído, que “a excepcionalidade

*reconhecida pela maioria do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no TEMA 897, portanto, não se encontra presente no caso em análise, uma vez que no processo de tomada de contas, o TCU não perquire nem culpa, nem dolo decorrentes de ato de improbidade administrativa”.*

Vê-se, portanto, que a razão de decidir foi pautada no fato de que a pretensão ressarcitória de título executivo constituído a partir da decisão de um Tribunal de Contas não gera, por si só, a imprescritibilidade do ressarcimento ao erário, de modo que a análise da incidência prescricional de ações de ressarcimento também está ligada ao órgão onde o título foi constituído, se este é legitimado a tipificar a prática como ato doloso de improbidade administrativa.

Não é possível vislumbrar, contudo, que tal reafirmação de prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário seja capaz de ensejar, por via de consequência, prescritibilidade também da pretensão do reconhecimento de dano ao erário pelos Tribunais de Contas, não constituindo, pois, preliminar ou prejudicial de análise de mérito, sobretudo porque a própria decisão enfatiza que ações de improbidade administrativa são ajuizadas com base em decisões dos Tribunais de Contas, ofertando essa via como caminho possível para o ressarcimento.

Isso porque, para além do ressarcimento, o reconhecimento do dano ao erário pelos Tribunais de Contas se presta, por exemplo, à configuração do delito tipificado no artigo 89 da Lei nº 8.666/1993, conforme entendimento consolidado do STJ <sup>[1]</sup>, o que reforça a necessidade de os Tribunais de Contas ingressarem na análise de mérito, ainda que tenha havido o transcurso prescricional das sanções a que alude o art. 23 da Lei Geral de Improbidade Administrativa, juízo de mérito que pode ocorrer no bojo das representações feitas aos Tribunais de Contas pelos licitantes e contratados, impulsionados pelo §1º do art. 113 da Lei Geral de Licitações e Contratos.

Superado esse primeiro aspecto, o segundo ponto que merece detida análise é quanto à espécie processual na qual foi apurado o dano ao erário pelo Tribunal de Contas: a tomada de contas especial, disciplinada no art. 8º da

Lei nº 8.443/92, didaticamente tratada na peça de *amicus curiae* do Tribunal de Contas da União (v. 35), e as supostas alegações relacionadas à mitigação das garantias decorrentes do devido processo legal na esfera de Controle Externo.

Acerca desse ponto, o que restou consignado, em verdade, é que o atual modelo de instrução probatória no âmbito dos Tribunais de Contas, pautado, em regra, pela análise de documentos, constitui óbice ao exercício pleno de uma defesa efetiva após cinco anos, impondo aos gestores um dever de guarda documental *ad eternum*, argumento que passa a ser relativizado com a virtualização documental e processual da Administração Pública brasileira.

Ora. A CF/88 impôs aos Tribunais de Contas a observância às normas de processo e às garantias processuais das partes (art. 73 c/c art. 96, I, "a"), vez que o exercício das suas competências constitucionais de Controle Externo pode alcançar direitos subjetivos de quem tem o dever de prestar contas a essas instituições.

Assim, as instruções e os julgamentos no âmbito dos Tribunais de Contas devem plena observância ao contraditório e ampla defesa para fins da processualização das competências de controle externo, que não ingressam, contudo, na análise da existência dos elementos consciência e vontade para fins de reconhecimento da prática de ato doloso de improbidade administrativa, até porque os Tribunais de Contas não se inserem no rol de legitimados ativos para o ajuizamento de demandas dessa natureza.

É que, embora a Lei de Improbidade Administrativa, em seu art. 15, tenha imposto o dever de ciência às Cortes de Contas da existência de

procedimentos administrativos apuratórios de ato de improbidade, oportunizando a designação de representante para acompanhamento, não conferiu aos Tribunais de Contas a competência para proceder à responsabilização cível que decorre da prática de ato de improbidade administrativa, ínsita ao processo judicial.

Essa configuração, porém, não se confunde com a identificação do ato ímprobo para fins de exercício da função fiscalizadora pelos Tribunais de Contas (art. 71, IX), a ser exercida, inclusive, nos casos de tipificação expressa na Lei nº 8.429/92, a exemplo das ocorrências de fraude a concurso público (art. 11, V), bem como de negligência na arrecadação de tributo ou renda (Art. 10, X), detectadas recorrentemente no exercício das competências outorgadas pelos incisos III e IV do artigo 71 da CF, voltadas, também, a combater as ocupações irregulares de cargos públicos e as renúncias ilegais de receitas públicas.

Em outras palavras, a opção do legislador não afasta o constitucional dever de exercício da função fiscalizadora pelos Tribunais de Contas, vez que, apesar de eles não disporem dos mesmos instrumentos de busca de elementos de informações e de provas dos quais se valem o Ministério Público para aferir a presença do elemento subjetivo na prática do ato ímprobo, condicionantes do ajuizamento de ações de improbidade, os Tribunais de Contas dispõem de meios próprios à função de Controle Externo, como processos de monitoramento de determinações exaradas para o exato cumprimento da lei (art. 71, IX da CF) e medidas cautelares, por exemplo, cujo descumprimento possibilita a aferição dos elementos que integram o dolo, consciência e vontade do agente público insurgente.

Assim, em caráter opinativo, em vista dos instrumentos próprios, devem as decisões de controle externo consignar se as irregularidades que ensejam a imprestabilização das contas são insanáveis e se configuram, em tese, ato doloso de improbidade administrativa, sobretudo quando se tratar de irregularidade que se subsume formalmente às tipificações expressamente previstas nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, colaborando, assim, com a Justiça Eleitoral e com o processo democrático.

Parece-nos, portanto, juridicamente até mais lógico e adequado que o enquadramento ao artigo 1º, inciso I, alínea g da LC 64/90 deva ser feito pelos Tribunais de Contas, que materializam as suas competências por meio de um devido processo legal de controle externo (arts. 71 c/c 73 da CF), respeitando direitos e garantias processuais de quem tem o dever de prestar contas, o que abrange, por exemplo, o contraditório, ampla defesa, segurança jurídica, busca pela verdade real, não obstante, reconheça-se, o resultado do julgamento dos Recursos Extraordinários nº 848.826 e 729.744.

Assim, o julgamento do RE 636.886 deve ser lido no sentido de reforçar o dever de respeito ao devido processo legal na esfera de controle externo, não no sentido da sua flexibilização, de modo que, doravante, devem os Tribunais de Contas, ao instarem quem tem o dever de prestar contas a se defender, indicar, em tópico próprio, se os achados podem configurar, em tese, ato de improbidade administrativa ou ilícito penal, até para que a função científicadora seja legítima e dialogicamente exercida.

Inclusive para efeitos de enquadramento no artigo 1º, inciso I, alínea g da LC n. 64/90, posicionamento que emerge do direito do cidadão à probidade na aplicação dos recursos públicos, conformando-se, assim, ao disposto nos artigos 37, §4º c/c 14, §9º da CF, o que não supre o dever de análise pelos órgãos com legitimidade para o ajuizamento de ações de improbidade, penais e eleitorais.

Ao decidir que é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas, o STF reafirmou entendimento já contido no Tema 897, de que somente são imprescritíveis se configurada prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, não tendo tratado de eventual prescritibilidade do dever de agir dos Tribunais de Contas, mormente quanto ao reconhecimento de dano ao erário e à constitucional função científicadora.

O dever constitucional de prestar contas, atrelado que é ao direito do cidadão de pedir contas, impõe a essas instituições de controle externo se manifestarem sobre a boa e regular aplicação dos recursos públicos, sob os

mais diversos aspectos, possibilitando ao cidadão exercer o juízo valorativo sobre a atuação dos agentes públicos escolhidos pela via democrática do voto popular, não se limitando a reconhecer imputações em débito para fins de exequibilidade dos títulos, embora se reconheça que a efetividade plena das decisões de controle externo estejam atreladas ao lapso prescricional estabelecido à busca pelo ressarcimento ao erário, na esfera judicial.

---

[1] STJ. RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 108.813 – SP (2019/0053007-4). Julgado em 05 de setembro de 2019.

---

**ISMAR VIANA** – Mestre em Direito. Auditor de Controle Externo. Professor. Advogado. Autor do livro "Fundamentos do Processo de Controle Externo".

Os artigos publicados pelo JOTA não refletem necessariamente a opinião do site. Os textos buscam estimular o debate sobre temas importantes para o País, sempre prestigiando a pluralidade de ideias.