

SUMÁRIO: Introdução. 1. O princípio constitucional da prescritibilidade. 2. Fundamentos e efeitos da prescrição e da decadência. 3. Arguição de prescrição e decadência no processo de contas. 4. Imputação de débito *versus* ação de ressarcimento. 5. Consolidação do prazo de cinco anos na esfera administrativa. 6. Lacuna na lei orgânica *versus* regra geral de prescrição no Código Civil. 7. Eliminação da lacuna existente na Lei 8.443/1992. 8. Análise crítica da jurisprudência do Tribunal de Contas da União. 8.1 Imputação de débito. 8.2 Aplicação de multa. 9. Considerações Finais. 10. Referências Bibliográficas.

O RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Autor: Santos, Arides Leite (*)

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o propósito de analisar o reconhecimento da prescrição pelo Tribunal de Contas da União - TCU, tendo em vista a lacuna existente em sua lei orgânica em relação ao instituto [Lei 8.443/1992], o princípio da prescritibilidade adotado pela Constituição de 1988 e a regra geral de prescrição estabelecida no Código Civil [artigo 205], bem como apresentar uma análise crítica da jurisprudência do TCU acerca da matéria. A negativa do registro de atos de aposentadorias, reformas e pensões, enquanto possível objeto de regra de prescrição/decadência, não integra o escopo deste estudo.

Nos últimos anos, os agentes responsáveis têm argüido frequentemente a prescrição ou a decadência do direito do TCU de imputar débito e multa, invocando a aplicação de regras legais vigentes no direito administrativo e tributário, fixadoras do prazo prescricional ou decadencial de *cinco anos*.

1. O princípio constitucional da prescritibilidade

A Constituição de 1988 adotou a prescritibilidade como regra, e o fez no capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, explicitando as exceções, que são os crimes consistentes na prática do racismo e na ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado democrático [artigo 5º, incisos XLII e XLIV]. Também ressaltou as “ações de ressarcimento” por prejuízos causados ao erário [artigo 37, § 5º].

Se somente tais crimes e tais “ações” são imprescritíveis, há que se admitir a prescrição da pretensão punitiva exercida pelo Estado contra o responsável pela prática de ilícitos administrativo, contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial.

Ocorre que a lei reguladora do processo no qual essa pretensão é exercida, Lei 8.443/1992, com mais de cem artigos, é omissa quanto ao instituto da prescrição/decadência.

2. Fundamentos e efeitos da prescrição e da decadência

Câmara Leal perscrutou o tema a fundo, legando-nos as seguintes lições:

[...] devemos reconhecer que o único fundamento aceitável da prescrição é o interesse jurídico-social.

Tendo por fim extinguir as ações, ela foi criada como medida de ordem pública, para que a instabilidade do direito não viesse a perpetuar-se, com sacrifício da harmonia social, que é a base fundamental do equilíbrio sobre que se assenta a ordem pública.

O não cumprimento de uma obrigação, a ameaça ou violação de um direito são estados antijurídicos que perturbam a harmonia social, e a ação [direito público subjetivo abstrato de se invocar a tutela jurisdicional do Estado para atuar no caso concreto]¹ foi instituída como meio reintegratório dessa harmonia social, fazendo cessar o desequilíbrio provocado pela ofensa ao direito. Se o titular deste, porém, se conserva inativo, deixando de protegê-lo pela ação, e cooperando, assim, para a permanência do desequilíbrio antijurídico, ao Estado compete remover essa situação e restabelecer o equilíbrio, por uma providência que corrija a inércia do titular do direito. E essa providência de ordem pública foi que o Estado teve em vista e procurou realizar pela prescrição, tornando a ação inoperante, declarando-a extinta, e privando o titular, por essa forma, de seu direito, como justa consequência de sua prolongada inércia, e, por esse meio, restabelecendo a estabilidade do direito, pela cessação de sua incerteza.

Não deixa de haver, portanto, na prescrição, uma certa penalidade indireta à negligência do titular, e muito justificável essa pena, que o priva de seu direito, porque, **com a sua inércia obstinada, ele faltou ao dever de cooperação social permitindo que sua negligência concorresse para a procrastinação de um estado antijurídico, lesivo à harmonia social** [negrito inexistente no original].

[...] Aí estão os três fundamentos romanos da prescrição: o interesse público, a estabilização do direito, o castigo à negligência [...]².

De acordo com Câmara Leal, a decadência e a prescrição se assemelham num ponto: “ambas se fundam na inércia continuada do titular durante um certo lapso de tempo, e têm, portanto, como fatores operantes a inércia e o tempo”³.

¹ CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 1994, p. 245.

² LEAL, 1978, p. 15 e 16.

No Direito brasileiro, sob a vigência do Código Civil de 1916, predominou o entendimento de que a prescrição extingue a ação e não o direito que ela protege, ao passo que a decadência fulmina o próprio direito, e só por via reflexa, a ação respectiva. Mas não havia clareza, no âmbito do Código, quanto à distinção entre os casos de prescrição e os de decadência.

Para Câmara Leal, o prazo decadencial inicia-se no momento em que o direito nasce. Já o prazo prescricional começa a fluir no momento em que a ação nasce, ou seja, no momento em que o direito é violado, ameaçado ou desrespeitado⁴.

Segundo Giuseppe Chiovenda, citado por Agnelo Amorim Filho, os direitos subjetivos se dividem em duas grandes categorias: a dos *direitos a uma prestação* - direitos relativos a um bem da vida obtido mediante uma *prestação* positiva ou negativa de outrem, e a dos *direitos potestativos* - poderes conferidos pela lei a determinadas pessoas de influírem, com uma declaração de vontade, sobre o patrimônio jurídico de outras, sem o concurso da vontade destas. Na primeira categoria, a obrigação correlativa ao direito denomina-se *prestação*. Na segunda, o que há é uma situação jurídica denominada *sujeição*, situação em que o sujeito passivo, independentemente da sua vontade, ou mesmo contra ela, sofre uma alteração em seu patrimônio jurídico, em virtude do poder exercido por outrem⁵.

Com base na classificação dos direitos formulada por Chiovenda, Amorim chegou à seguinte conclusão, dentre outras:

Só os direitos da primeira categoria [isto é, os “direitos a uma prestação”], conduzem à prescrição, pois somente eles são suscetíveis de lesão ou de violação. Por outro lado, os da segunda categoria, isto é, os direitos potestativos [que são, por definição, “direitos sem pretensão”, ou “direitos sem prestação”, e que se caracterizam, exatamente, pelo fato de serem insuscetíveis de lesão ou violação], não podem jamais, por isso mesmo, dar origem a um prazo prescricional⁶.

Norberto Bobbio alude à relação entre **poder** e **sujeição**, observando que, em regra, a relação ocorre entre o **poder** conferido pelo ordenamento jurídico a um sujeito e a **obrigação** de outrem submetido àquele poder. “Às vezes pode haver poder sem nenhuma obrigação correspondente: trata-se do caso em que ao poder não corresponde uma obrigação, mas uma sujeição [os chamados direitos potestativos].”⁷

³ *Op. cit.*, p. 100.

⁴ LEAL, 1978, p. 100/101.

⁵ CHIOVENDA *apud* AMORIM FILHO, 1960, p. 10.

⁶ *Op. cit.*, p. 19 e 20.

⁷ BOBBIO, 1999, p. 51, 52.

No Código Civil de 2002, o legislador procurou solucionar o antigo problema pertinente à identificação dos casos de prescrição e decadência. Segundo Miguel Reale, citado por Ricardo Ribeiro Campos, todos os casos de prescrição estão previstos na Parte Geral do Código, precisamente no rol taxativo do artigo 206 [além da regra geral prevista no artigo 205]. Por exclusão, os casos de decadência não figuram naquela Parte, a não ser em cinco ou seis hipóteses em que era conveniente prevê-los ali⁸.

Em relação ao objeto da prescrição e da decadência, José Carlos Moreira Alves, responsável pela elaboração da Parte Geral do Anteprojeto do Código Civil, apresentou a seguinte exposição a respeito da posição adotada:

Pelo sistema do Projeto, há direitos e poderes que dão margem à violação, em decorrência da qual – foi a posição doutrinária que se adotou – surge esse instituto da pretensão. Surge uma pretensão material que Pontes de Miranda chama de ação civil, e que ainda é material porque não está no terreno processual, entre o que violou o direito e aquele que teve seu direito violado. Apenas nesse caso em que poderá vir a haver necessidade da utilização do Poder Judiciário para o efeito de essa pretensão ser satisfeita é que se está diante do terreno em que ocorre a prescrição. Com relação àqueles poderes que são despidos de pretensão, a doutrina dos países de língua latina geralmente denomina direitos potestativos. O contrário ocorre no Direito alemão, em que esses direitos são chamados de direitos formativos, onde não há pretensão justamente porque são direitos não susceptíveis de violação, mas pode haver a necessidade de prazo para o exercício deles, e mais, de prazo para o seu exercício por via judicial, a fim de que se demonstre neles não a sua violação, mas a sua existência para o efeito de seu exercício, como é o caso, por exemplo, da anulação de casamento e, em face do Projeto, da anulação de negócio jurídico. Nesses casos, o que ocorre é a decadência⁹.

Na verdade, como observou Ricardo Ribeiro Campos, a prescrição não tem o condão de extinguir a ação, pois uma vez reconhecida judicialmente, ainda assim terá havido exercício regular do direito de ação [artigo 269, inciso IV, do Código de Processo Civil]. O que restará extinto é o direito de exigir a prestação, ou seja, a *pretensão*¹⁰.

3. Arguição de prescrição e decadência no processo de contas

O processo conduzido pelo Tribunal de Contas da União não é um simples processo administrativo [relação Administração-administrado] e não chega a ser um processo judicial [relação triangular autor-juiz-réu], até porque nele não há exercício do direito de ação. Daí a importância de se buscar a identificação dos sujeitos que participam da relação jurídica nele

⁸ REALE *apud* CAMPOS, 2005, p. 3.

⁹ ALVES, 2005, p. 8 e 9.

¹⁰ CAMPOS, 2005, p. 3.

desenvolvida, quais sejam, o Tribunal enquanto titular do direito de imputar débito/multa, o responsável como sujeito à imputação, e a Fazenda Pública [ou um ente paraestatal, v.g., o Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – Senac] como interessada na constituição do crédito decorrente da imputação. Ademais, há que se ter presente a natureza jurídica do ato que constitui tal crédito, que é a de título executivo extrajudicial. Também impende observar que essa relação jurídica, em regra, não é original, mas deriva de uma anterior, desenvolvida no processo administrativo comum, tendo, de um lado, o órgão/entidade afetado pelo ilícito praticado, e, de outro, o agente acusado de ser o responsável. Essa realidade deveria ser considerada na fixação do termo *a quo* do prazo da prescrição argüida no processo de contas, bem como na identificação do ato que a suspende.

Cabe enfatizar que o dever de prestar contas, exigível dos gestores de recursos públicos, ou de qualquer pessoa acusada de ter causado prejuízo ao erário federal, tem assento na Constituição, artigo 70, parágrafo único, e artigo 71, II. Os primeiros devem cumpri-lo ordinariamente, na periodicidade anual, ao passo que as demais pessoas, quando acusadas de causarem prejuízo ao erário, submetem-se à tomada de contas especial. O poder conferido ao Tribunal para imputar débito/multa também emana da Constituição, artigo 71, VIII e § 3º.

Na tomada/prestação de contas *ordinária*, a hipótese de o gestor vir a argüir a prescrição/decadência é remota, pois há prazos prefixados tanto para o encaminhamento dos processos, quanto para o julgamento a cargo do TCU. E na prática eles têm sido cumpridos. Ao contrário, no processo de tomada de contas especial [TCE] ocorre a quase totalidade dos casos de argüição de prescrição e decadência. Esse processo é instaurado para a apuração de ilícitos e conseqüente imputação de débito/multa contra pessoas não arroladas em processos de contas ordinárias. Em alguns casos, no âmbito do próprio Tribunal, mediante conversão de processo de denúncia, representação, auditoria, inspeção etc. Mas, em regra, é instaurado pela autoridade competente, no órgão/entidade onde praticado o ilícito, diante da omissão no dever de prestar contas, falta de comprovação [pelo acusado] da aplicação de recursos repassados pela União, prática de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico que venha a ser considerado como causa de dano ao erário, e, ainda, desfalque ou desvio de recursos públicos.

No caso de TCE instaurada no órgão de origem, envolvendo recursos repassados pela União, com cláusula que obrigue a apresentação de prestação de contas ao órgão concedente, o termo inicial de uma eventual contagem de prazo prescricional é a data de repasse do dinheiro. Porém, quanto ao ato que suspende o curso desse prazo, há controvérsias. Seria a notificação do órgão concedente dando ciência ao responsável da não-aprovação das

contas [ou da sua omissão em prestá-las]? Ou seria a citação promovida bem depois, no âmbito do Tribunal, para que o responsável apresente defesa ou pague a quantia apurada?

4. Imputação de débito *versus* ação de ressarcimento

O artigo 16, inciso III, combinado com o artigo 19 da Lei 8.443/92, constitui o fundamento legal para a imputação de débito pelo TCU. O problema é que, nestes dispositivos, o legislador explicitou as hipóteses em que as contas serão julgadas irregulares, e, em termos pouco precisos, cuidou da imputação de débito, senão vejamos:

Art. 16. As contas serão julgadas:

III – irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:

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

Art. 19. Quando julgar as contas irregulares, **havendo débito**, o Tribunal condenará o responsável ao pagamento da dívida atualizada monetariamente, acrescida dos juros de mora devidos, podendo, ainda, aplicar-lhe a multa prevista no art. 57 desta Lei, sendo o instrumento da decisão considerado título executivo para fundamentar a respectiva ação de execução [negrito inexistente no original].

Observe-se, na redação do artigo 19, a expressão “havendo débito”. Ocorre que débito, ou dívida, é figura normativa, inexistente na natureza, ao contrário de dano, prejuízo. O débito em foco aparece somente quando o TCU o constitui em título, imputando-o a alguém.

Com efeito, a lei utiliza o binômio *débito–pagamento*, em vez daquele mais preciso – adotado no § 5º do artigo 37 da Constituição, e de uso corrente no processo judicial, qual seja, – *prejuízo–ressarcimento*. Ocorre que a condenação em débito é mais abrangente do que a condenação em ressarcimento. A diferença é que a imputação de débito pode se dar em razão da *presunção* de prejuízo, como ocorre na condenação do responsável por omissão no dever de prestar contas [Lei 8.443/1992, artigo 16, III, *a*], por falta de comprovação da aplicação de recursos repassados pela União [artigo 8º] e, ainda, por falta de comprovação do “bom e regular” emprego dos recursos públicos [Decreto-lei 200/1967, artigo 93]. Aí se opera a inversão do ônus da prova, característica do processo de prestação/tomada de contas, autorizando a *presunção* de ocorrência de prejuízo, e, por consequência, a imputação do débito.

Quanto aos atos tipificados como ilegítimos ou antieconômicos [artigo 16, III, *b e c*], trata-se de tipos abertos, conceitos pertencentes àquela categoria que Celso Antônio Bandeira de Mello denomina *conceitos fluidos*¹¹, de sorte que sempre haverá para o intérprete certa liberdade para ajuizar sobre a ocorrência de situações assim qualificáveis, ao contrário, *v.g.*, do prejuízo que é causa de pedir daquela ação regressiva, preconizada no artigo 37, § 6º, da Constituição, e disciplinada na Lei 4.619/1965, para a recomposição do erário.

Observe-se, nas hipóteses acima enfocadas, que a citação do acusado feita anos depois da prática do ato reputado ilícito, além de subjugar o princípio da segurança jurídica, ofende o princípio da ampla defesa, pois, inegavelmente, seu direito de defesa restará limitado, devido à maior dificuldade de produção de prova documental [de longe, a mais valorada no processo do TCU], fazendo com que os ônus da inércia dos agentes da Administração, tais como juros de mora e correção monetária - encargos financeiros cuja incidência ocorre *pro rata tempore* no período da inércia estatal – sejam suportados exclusivamente pelo acusado.

A questão que se põe é: o processo instaurado para a imputação de débito pode ser equiparado, para efeito de prescrição, à ação de ressarcimento de que fala o § 5º do artigo 37 da Constituição? Por conveniência, concentrarei a análise da questão no tópico da jurisprudência do TCU, adiante.

5. Consolidação do prazo de cinco anos na esfera administrativa

A Lei 8.443/1992 não impõe limite temporal para o exercício do direito de imputar débito e multa, o que permite ao TCU vir a exercer tal direito, em tese, a qualquer tempo. O caso Amarante/PI é indicativo dessa realidade¹².

No entanto, o legislador estabeleceu regras de prescrição e de decadência para o exercício de *atividades administrativas específicas*, adotando o *prazo de cinco anos* como lapso temporal a partir do qual prescrevem/decaem certas pretensões/direitos da Administração exercitáveis contra seus agentes e/ou administrados, conforme pode ser verificado nos seguintes casos, citados a título de exemplo:

- “ação disciplinar”¹³ para a punição de servidor com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão [Lei 8.112/1990, artigo 142, I: a];

¹¹ Mello, 1997, p. 270.

¹² Acórdão 1.498/2005 – 1ª Câmara [<http://www.tcu.gov.br/Normas e Jurisprudência/Jurisprudência>].

¹³ Não se trata de **ação** – direito público subjetivo abstrato de se invocar a tutela jurisdicional em face do Estado – mas de *pretensão punitiva*.

- “ação punitiva”¹⁴ da Administração Pública Federal no exercício do poder de polícia [Lei 9.873/1999, artigo 1º];
- sanções administrativas por infrações cometidas no exercício de atividades de abastecimento de combustíveis [Lei 9.847/1999, artigo 13, § 1º];
- direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário [Lei 5.172/1966, artigo 173];
- direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários [Lei 9.784/99, artigo 54].

Em todos esses casos, exemplificativos, o legislador fixou o prazo de cinco anos para a prescrição/decadência de direitos/preensões exercitáveis pela Administração *na esfera administrativa*.

6. Lacuna na lei orgânica *versus* regra geral de prescrição no Código Civil

O TCU tem decidido no sentido de rechaçar as regras de prescrição ou decadência quinquenal sistematicamente invocadas contra si, admitindo, todavia, reconhecer a prescrição *vintenária* “sobre as dívidas *ativas* da União”¹⁵, quando for o caso, com fulcro no artigo 177 do Código Civil de 1916. Com a edição do novo Código Civil [Lei 10.406, de 10/01/2002], cuja vigência teve início em 11/01/2003, passou a admitir a prescrição da cobrança de tais dívidas no prazo de *dez anos*, com base no artigo 205, tanto para a imputação de débito quanto para a aplicação de multa¹⁶.

Entretanto, no caso de débito - cuja natureza é de reparação civil, segundo entendimento consolidado - há uma corrente no Tribunal que sustenta sua imprescritibilidade, apoiando-se na ressalva contida no multicitado § 5º, artigo 37 da Constituição.

Para Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, a pretensão de ressarcimento da Administração decorrente de prejuízo causado por ato ilícito é insuscetível de prescrição, ante o disposto no aludido parágrafo quinto. Mas ele propõe a evolução desse entendimento no sentido de se restringir tal imprescritibilidade aos casos de dano intencional. Assim, no caso de dano causado por ato culposos, em sentido estrito, seria aplicada a regra geral civilística de prescrição¹⁷.

No tocante à aplicação de multa, Jorge Ulisses enxerga uma lacuna na lei orgânica do Tribunal de Contas da União, propondo o recurso à analogia para dirimi-la, mediante a seguinte ordem preferencial de normas aplicáveis: normas de direito administrativo, tributário, penal e, por último, de direito privado. O ilustre administrativista leciona que:

¹⁴ Não se trata de **ação**, *vide* nota 13.

¹⁵ Cf. Acórdão 8/1997 – 2ª Câmara [<<http://www.tcu.gov.br/Normas e Jurisprudência/Jurisprudência>>].

¹⁶ Cf. Acórdão 1.727/2003 - 1ª Câmara [*idem*].

Dentre as várias normas, a que guarda maior identidade com as situações do controle externo e com a matéria de direito público, notadamente administrativo, é a lei que estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, por regular norma bastante semelhante, pertinente à prescrição da ação punitiva diante do poder de polícia [...].¹⁸

Ocorre que em matéria de prescrição/decadência, compete ao julgador verificar se a hipótese prevista na regra legal invocada incide na situação concreta. Em caso positivo, cumpre-lhe reconhecer e declarar extinta a pretensão ou o direito. Em caso negativo, isto é, se o suporte fático da situação concreta não corresponde ao objeto da regra prescricional/decadencial, a solução normal é não reconhecê-la. Quanto à norma específica de prescrição a que alude Jorge Ulisses, prevista no artigo 1º da Lei 9.873/1999, cujo objeto é a pretensão punitiva da administração pública federal, *no exercício do poder de polícia*, os responsáveis a têm invocado contra a aplicação de multa, no que não têm logrado êxito, uma vez que o TCU não a reconhece, forte no argumento de que tal sanção não decorre do exercício do poder de polícia, mas do poder de controle de contas públicas¹⁹.

A questão é que vigora no Direito Privado a tradicional regra genérica de prescrição, aplicável a todos os casos não-regulamentados com prazo inferior a dez anos, em contraste com a multiplicidade de regras que fixam o prazo prescricional e decadencial de cinco anos, para objetos específicos, próprios do direito administrativo, campo no qual o TCU exerce suas competências.

7. Eliminação da lacuna existente na Lei 8.443/1992

Norberto Bobbio, estudando o problema das lacunas no ordenamento jurídico, trabalha a idéia de uma *norma geral exclusiva* e de uma *norma geral inclusiva*. A primeira caracteriza-se por regular todos os casos não-compreendidos numa dada norma particular de maneira oposta ao caso desta. Ao passo que a norma geral inclusiva atua regulando de maneira idêntica todos os casos não-compreendidos na norma particular, mas semelhantes aos desta. Exemplo deste segundo tipo seria a norma contida no artigo 4º da Lei de Introdução ao

¹⁷ Fernandes, 2003, p. 218 e 219.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 561 e 563.

¹⁹ Julgados no sentido da rejeição, dentre muitos outros: Acórdão 157/2004-2ª Câmara; 751/2004-1ª Câmara; 1.475/2004-Plenário; 1.538/2005-1ª Câmara; 53/2005-2ª Câmara e 1.652/2005-Plenário [<http://www.tcu.gov.br/Normas e Jurisprudência/Jurisprudência>].

Código Civil [Decreto-lei n. 4.657, de 04/09/1942], que autoriza o juiz a decidir o caso, quando a lei for omissa, valendo-se da analogia, costumes e princípios gerais de direito²⁰.

Bobbio tem por lacuna propriamente dita a falta de um critério para a escolha de qual das duas regras gerais, a exclusiva ou a inclusiva, deva ser aplicada num caso não regulado²¹.

A par destas, há também as chamadas lacunas impróprias ou ideológicas. Nestas, verifica-se a incompletude do ordenamento *legislativo* ao ser confrontado com o ordenamento jurídico como um todo no qual ele está inserido. A lacuna então surge da incongruência entre aquilo que a lei diz e aquilo que deveria dizer para guardar harmonia com o espírito de todo o sistema²².

Quanto à consideração das lacunas próprias e impróprias, no que têm de traços comuns e distintos, e suas respectivas formas de eliminação, Bobbio leciona o seguinte:

O que têm em comum os dois tipos de lacunas é que designam um caso não-regulamentado pelas leis vigentes num dado ordenamento jurídico. O que as distingue é a forma pela qual podem ser eliminadas: a lacuna imprópria somente através da formulação de novas normas, e a própria, mediante as leis vigentes. As lacunas impróprias são completáveis somente pelo legislador; as lacunas próprias são completáveis por obra do intérprete²³.

No caso em estudo, o ordenamento legislativo atribui ao Tribunal de Contas da União o direito de imputar débito e multa [artigos 16, III, e 19, combinado com os artigos 57 e 58, todos da Lei 8.443/1992], mas não estabelece regra de prescrição ou decadência para a hipótese de sua inércia continuada, ou seja, do não exercício desse direito durante certo lapso de tempo. A par dessa lacuna, coexistem a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento da Fazenda Pública [artigo 37, § 5º da Constituição], o prazo de *dez anos* fixado para a prescrição de todas as pretensões que não sejam reguladas com prazo inferior [artigo 205 do Código Civil de 2002] e o prazo de cinco anos fixado para a prescrição e decadência de direitos exercitáveis pela Fazenda Pública, que se assemelham ao direito não-regulado em questão [artigos 173 e 174 da Lei 5.172/1966; artigo 1º da Lei 9.873/1999].

A propósito do contraste entre o extenso prazo de vinte anos [dez, somente a partir de 11/01/2008], fixado na regra genérica de prescrição, e a segurança jurídica visada por esse instituto, dois aspectos devem ser aqui explicitados: de um lado, a aplicação dessa regra, no

²⁰ Bobbio, 1999, p. 135 e 136.

²¹ *Op. cit.*, p. 137.

²² *Op. cit.*, p. 143.

²³ *Op. cit.*, 1999, p. 143 e 144.

caso em análise, impõe aos agentes a obrigação de manter documentos arquivados durante todos esses anos, pois enquanto não escoado tal prazo, estarão sujeitos a ser demandados e poderão ser condenados em processo de tomada de contas especial. Por outro lado, é inegável que a Administração dispõe de instrumentos e mecanismos adequados para exercer o acompanhamento e controle dos atos que afetam o patrimônio público. Para começar, tais atos são regidos pelo princípio da publicidade. No âmbito interno, todo servidor tem o dever de informar aos seus superiores qualquer ilegalidade de que tenha conhecimento. Os órgãos de controle interno [Controladoria Geral da União] são estruturados para atuar na prevenção e apuração de ocorrências irregulares. No âmbito do Tribunal, os atos e contratos são alvos de acompanhamento, seja via Siafi - Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal, seja via diário oficial, seja por meio de auditorias e inspeções. Além disso, qualquer cidadão pode encaminhar-lhe denúncia sobre fatos com indícios de irregularidade envolvendo recursos públicos federais. Daí a indagação: sendo o objeto da regra de prescrição alvo de acompanhamento sistemático, como o é neste caso, é razoável tolerar a inércia continuada da Administração, do Controle Interno e do TCU por vinte/dez anos? Essa regra de prescrição cumpre a sua função de concretizar o princípio da segurança jurídica nesta relação?

Para nós, a incerteza decorrente dessa realidade só será dirimida, no *âmbito do Controle Externo [fora do Judiciário]*, mediante a eliminação da lacuna existente na lei orgânica, isso porque o reconhecimento da prescrição, no caso concreto, compete ao Tribunal de Contas da União, que, ao mesmo tempo, é o titular do direito subjetivo de imputar o débito/multa, direito cujo exercício restará obstado se o reconhecimento eventualmente vier a ocorrer.

8. Análise crítica da jurisprudência do Tribunal de Contas da União

8.1 Imputação de débito

A jurisprudência do TCU tem evoluído na apreciação do tema, havendo atualmente dois posicionamentos distintos. Uma corrente sustenta o entendimento de que *as dívidas ativas da União* regem-se pela prescrição vintenária, com base no artigo 177 do Código Civil de 1916. Entretanto, com a edição do novo Código Civil [Lei 10.406, de 10/01/2002] e o início de sua vigência em 11/01/2003, a regra geral passou a ser o prazo prescricional de dez

anos [artigo 205]. Para esta corrente, majoritária, tal regra deve ser aplicada às *dívidas ativas*²⁴.

Outra corrente tem-se posicionado no sentido da *imprescritibilidade das ações de ressarcimento em favor do erário*, com base na ressalva contida no § 5º, artigo 37, da Constituição²⁵.

Em relação ao entendimento pela prescrição vintenária/decenal, cabe observar que as dívidas ativas da Fazenda Pública compreendem a tributária e a não-tributária [Lei 6.830/1980, artigo 2º], sendo a cobrança da primeira regida pela prescrição quinquenal [artigo 174 do CTN]. Daí que só se pode cogitar a aplicação daqueles longos prazos prescricionais em relação às dívidas ativas **não-tributárias**. A primeira objeção que se faz, com todo respeito, é que essa disparidade de tratamento gera incongruência no sistema de cobrança judicial da dívida ativa da União, organizado pela Lei 6.830, de 22/09/1980. Esta é omissa quanto à prescrição da **pretensão executória**. Sendo assim, aplica-se a regra de prescrição da ação [Súmula 150 do Supremo Tribunal Federal]. Daí o prazo prescricional da pretensão executória da dívida ativa tributária ser de cinco anos, ou seja, o mesmo fixado para a prescrição da pretensão de cobrança dessa dívida [artigo 174 do CTN]. Diferentemente, a pretensão executória da dívida ativa inscrita em título produzido pelo Tribunal de Contas da União, em tese, é imprescritível, porquanto a Lei 8.443/1992 é omissa quanto à prescrição da pretensão de sua cobrança. Ou prescreverá no prazo de vinte/dez anos, caso o juiz da execução entenda como o TCU [artigo 177 do Código Civil anterior; artigo 205 do atual], o que evidencia a incongruência do sistema de cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública. A segunda objeção reside no fato de se considerar a dívida ativa como o objeto da prescrição no processo de tomada/prestação de contas. A questão reconduz ao conceito de dívida ativa. Esta é constituída como tal somente após a apuração da liquidez e certeza do crédito e sua inscrição em registro próprio, assim definido pela Lei 4.320/1964, artigo 39, § 1º. No caso do crédito apurado em processo de contas, ele adquire *status* de dívida ativa, ou seja, é inscrito no título próprio, tornando-se líquido e certo, quando o Tribunal profere a decisão imputando débito ou multa, cuja eficácia é a de título executivo extrajudicial, nos termos do artigo 24 da Lei 8.443/1992.

Ora, a citação que se dirige ao acusado neste processo não é para pagar dívida ativa da União; antes, é para exercer o contraditório em face da acusação. E ao argüir a

²⁴ Neste sentido, os seguintes acórdãos, dentre muitos outros: Acórdão 1.727/2003 – 1ª Câmara; 5/2003 – 2ª Câmara; 596/2004 – 2ª Câmara; 83/2005 – 1ª Câmara; 475/2005 – 1ª Câmara; 111/2005 – Plenário [[http://www.tcu.gov.br/Normas e jurisprudencia/Jurisprudencia](http://www.tcu.gov.br/Normas_e_jurisprudencia/Jurisprudencia)].

prescrição/decadência em sua defesa, ele o faz tendo por objeto não a pretensão de cobrança dessa dívida, mas o direito à constituição dela. Assim é porque, nesta fase processual, a dívida ativa ainda não se constituiu, está no devir, e existirá como tal, se houver imputação de débito, somente após o trânsito em julgado do acórdão condenatório [artigo 24 combinado com o artigo 33 da Lei 8.443/1992]. Daí porque, *data venia*, no meu entendimento, não se pode considerar a dívida ativa da União como objeto da prescrição vintenária/decenal do Estatuto Civil para aplicação no processo de tomada de contas.

Por último, não se pode olvidar o princípio da segurança jurídica que informa o instituto da prescrição. Ora, se no processo de tomada/prestação de contas considera-se a cobrança das dívidas ativas da União como o objeto da prescrição, para a qual não há prazo legal fixado, então, pela lógica do princípio que informa esse instituto, deve-se aplicar o prazo prescricional fixado para a cobrança das dívidas passivas da União, que é de cinco anos, nos termos do artigo 1º do Decreto 20.910, de 06/01/1932. No entanto, esta também não é uma interpretação conforme a Constituição, pois encontra óbice na imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento do erário, erigida no § 5º, artigo 37, da *Lex Legum*.

Em relação ao entendimento pela imprescritibilidade, a questão reconduz à análise da ressalva contida na parte final do § 5º do artigo 37 da Constituição:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 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.

Observe que a norma estabelece uma relação de causalidade entre o prejuízo sofrido pelo erário e a ação de ressarcimento, ou seja, esta ação, gozando do privilégio da imprescritibilidade, necessariamente deve ter como *causa petendi* o prejuízo causado ao patrimônio de uma pessoa jurídica de direito público. Prejuízo, neste contexto, significa subtração ilícita do patrimônio público, fato que se concretiza ou pela via da perda de valores do ativo [bens e direitos], ou pela via do acréscimo de valores do passivo.

Ocorre que no processo e julgamento de contas, os fundamentos legais que autorizam a imputação de débito contemplam fatos típicos que se identificam, sim, com prejuízo causado ao erário, mas não se limitam a este. Em outras palavras, a condenação em débito pode ocorrer - e na prática ocorre - com base na **presunção** de ocorrência de dano ao

²⁵ Neste sentido: Acórdão 510/2005 – Plenário; 208/2005 – 1ª Câmara; 511/2005 – 1ª Câmara [*idem*].

erário [omissão no dever de prestar contas; falta de comprovação da regular aplicação de recursos transferidos], ou com base na prática de ato reputado ilegítimo ou antieconômico. Por outro lado, a ressalva do artigo 37, § 5º, *in fine*, por se tratar de exceção ao princípio da prescritibilidade, interpreta-se restritivamente. Dessa forma, a aludida **presunção de dano**, no meu entender, é inadmissível como causa de pedir da ação de ressarcimento ali tratada, vale dizer, não basta à Fazenda Pública provar a autoria do ilícito cometido, cumpre-lhe provar a materialidade do suposto prejuízo. No caso em estudo, salvo melhor juízo, a imputação de débito está protegida pelo manto da imprescritibilidade somente nos casos de desfalque ou desvio de recursos, ou seja, quando fundamentada na hipótese da alínea *d*, inciso III, artigo 16, da Lei 8.443/1992. Quanto à imputação baseada nas demais hipóteses [alíneas *a* a *c*], deveria ser objeto de decadência prevista em norma específica introduzida no corpo dessa lei.

8.2 Aplicação de multa

O responsável pode ser sancionado com multa nas seguintes hipóteses: quando for julgado em débito, podendo o seu valor ser fixado em até cem por cento do valor deste [Lei 8.443/1992, artigo 57]; tiver suas contas julgadas irregulares, mas sem débito; houver praticado infração legal ou regulamentar considerada grave, ou ato reputado ilegítimo ou antieconômico, além de outras condutas tipificadas no artigo 58 da referida lei.

Como se vê, a aplicação de **multa**, na primeira hipótese, **depende** da condenação do responsável em **débito**. Aliás, diga-se de passagem, é nesta situação que se observa a maior incidência de arguição de prescrição no processo de contas. Ao contrário, nas demais hipóteses, todas elas previstas no artigo 58 da referida lei, a aplicação de multa opera-se em razão de condutas típicas autônomas, isto é, independente de haver condenação em débito.

Uma outra diferença marcante entre débito e multa diz respeito ao destino dado à quantia da condenação, quando recolhida. No caso de multa, o recolhimento deve ser feito sempre à conta única do Tesouro Nacional. Já no tocante ao débito, o destino do valor a ser recolhido varia conforme o ente afetado pelo ilícito que o ensejou. Se for órgão da Administração direta, a execução judicial do acórdão condenatório incumbe à Advocacia Geral da União, e o dinheiro recolhido será creditado à conta única do Tesouro Nacional. Se autarquia, fundação pública, empresa pública, sociedade de economia mista, ente paraestatal, *v.g.*, Sesi, Senac, Senai etc., a ação de execução incumbe às respectivas procuradorias jurídicas, devendo o valor ser recolhido às suas tesourarias.

Todavia, a jurisprudência do TCU não faz acepção entre imputação de débito e aplicação de multa, para efeito do reconhecimento da prescrição/decadência suscitada no

processo de contas, tratando esta última, também, como objeto da regra genérica de prescrição prevista no Código Civil [artigo 177 do anterior; 205 do atual]. Ocorre que, segundo entendimento consensual no Tribunal, a natureza dessa multa é de sanção administrativa, ao passo que a imputação de débito tem natureza de reparação civil, daí porque a dupla condenação do responsável, em débito e em multa, num único título [acórdão], não configura *bis in idem*. Por ser a multa uma sanção, a lei que autoriza o TCU a aplicá-la deveria estabelecer prazo de prescrição para fazê-lo, em obediência ao comando emanado do artigo 37, § 5º, 1ª parte, da Constituição. Aliás, como visto, o Direito Administrativo está repleto de regras de prescrição da pretensão punitiva da Administração, no prazo de cinco anos. Dentre elas, como bem observou Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, aquela cujo objeto mais se assemelha à aplicação de multa no exercício do controle externo é a do artigo 1º da Lei 9.873/1999.

9. Considerações Finais

A Lei 8.443/1992 regula o processo e julgamento de contas públicas, dispondo sobre as hipóteses em que o Tribunal de Contas da União poderá imputar débito/multa aos agentes responsáveis, mas não estabelece regra de prescrição/decadência para o caso de haver inércia continuada em relação ao exercício desse direito.

Os sujeitos da relação jurídica estabelecida nesse processo são, de um lado, o TCU, como titular do direito de imputar débito/multa; de outro, o agente sujeito à imputação, e, ainda, a Fazenda Pública [ou um ente paraestatal, *v.g.*, o Senac] como interessada na constituição do crédito que daí provém. Essa mesma relação, em regra, tem origem num anterior processo administrativo, neste ausente o TCU, fato que repercute no processo de contas e deveria ser observado, para efeito de fixação do termo *a quo* de uma eventual contagem de prazo prescricional, bem como para a identificação do ato que o suspende.

A par da lacuna existente na referida lei, coexistem a imprescritibilidade das “ações” de ressarcimento ao erário [artigo 37, § 5º, da Constituição], a regra geral do Código Civil, que fixa o prazo de vinte anos [artigo 177 do Código anterior], ou de dez anos [artigo 205 do atual], para a prescrição de todas as pretensões não-reguladas com prazo inferior, além do prazo de cinco anos, fixado para a prescrição/decadência de direitos exercitáveis pela Fazenda Pública, os quais se assemelham ao direito não-regulado em questão [artigos 173 e 174 da Lei 5.172/1966; artigo 1º da Lei 9.873/1999].

As ações imunes à prescrição de que fala o artigo 37, § 5º, da Constituição, têm como *causa petendi* algum prejuízo sofrido pelo erário. No processo de tomada/prestação de contas, a imputação de débito em razão da prática de **desfalque ou desvio** de recursos públicos, a nosso ver, equipara-se àquelas ações, sendo, pois, imune a regras legais de prescrição ou decadência. O contrário ocorre com a imputação de débito lastreada na **presunção** de ocorrência de dano ao erário [Lei 8.433/1992, artigo 16, inciso III, alíneas *a, b, c*], podendo vir a ser objeto de regra legal de decadência.

A jurisprudência predominante do TCU tem-se afirmado no sentido de admitir como passível de reconhecimento a prescrição da “cobrança das dívidas ativas da União”, no prazo de vinte anos, se o fato que as ensejou tiver ocorrido na vigência do Código Civil de 1916 [artigo 177], ou dez anos, se ocorrido na vigência do Código atual [artigo 205], observada a regra de transição do artigo 2.028. No entanto, a citação do acusado neste processo não é feita para pagamento da dívida ativa da União; antes, é para exercício do contraditório. Ao argüir a prescrição/decadência em sua defesa, o responsável o faz tendo por objeto não a cobrança dessa dívida, mas o direito à constituição dela, que poderá ocorrer somente após o trânsito em julgado de um eventual acórdão condenatório, consoante o disposto no artigo 24 combinado com o artigo 33 da Lei 8.443/1992, e no artigo 39, § 1º, da Lei 4.320/1964. Daí porque, *data venia*, não se pode tomá-la como objeto da regra genérica de prescrição vintenária/decenal, prevista no Estatuto Civil, para aplicação no processo de contas.

Os atos e contratos que afetam o patrimônio público são alvo de acompanhamento sistemático, daí indagar-se: é razoável tolerar a inércia continuada da Administração, do Controle Interno e do Tribunal de Contas da União por vinte anos [ou dez anos, a partir de 11/01/2008]? As regras de prescrição fixadoras de tais prazos, cuja aplicação no processo de contas é admitida hipoteticamente, terão cumprido sua função de concretizar o princípio da segurança jurídica, caso venham a ser de fato aplicadas?

Para nós, a incerteza decorrente dessa realidade só será dirimida, no *âmbito do Controle Externo [fora do Judiciário]*, mediante a eliminação da lacuna existente na lei orgânica, isso porque o reconhecimento da prescrição/decadência, no caso concreto, compete ao Tribunal de Contas da União, que, ao mesmo tempo, é o titular do direito subjetivo de imputar o débito/multa, direito cujo exercício restará obstado se o reconhecimento eventualmente vier a ocorrer.

10. Referências Bibliográficas

- [ALVES] ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do projeto do Código Civil*. Obtido via internet. <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero9/artigo1.htm>>. Acesso em: 06/09/2005.
- [AMORIM, 1960] AMORIM, Agnelo Filho. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. In *Revista dos Tribunais*, [s.l.], vol. 300, out. de 1960.
- [BOBBIO, 1999] BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Traduzido por Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- [BRASIL, 1992] BRASIL. Lei nº 8.443, de 16 de jul. de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 17 jul. 1992.
- [BRASIL, 2003] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Convênio. Fundo Nacional de Saúde. Prefeitura Municipal de Chalé/MG. Falta da documentação cadastral dos licitantes. Pagamento antecipado, sem a exigência de garantias. Execução incompleta da obra e em estado de abandono. Elementos de defesa insuficientes para afastar as irregularidades. Contas irregulares. Débito. Multa. Remessa de cópia ao MPU. Prescrição vintenária. Artigo 205 do Código Civil atual. Considerações. Acórdão nº 1.727/2003 – Primeira Câmara. Relator: Min. Substituto Augusto Sherman Cavalcanti. 05 ago. 2003. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 13 ago. 2003, p. 0.
- [BRASIL, 2005] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Representação formulada pela Fundacentro. Possíveis irregularidades praticadas no âmbito do Centro Estadual de Santa Catarina. Pedido de reexame de acórdão que aplicou multa aos responsáveis em decorrência da violação aos princípios da isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, probidade administrativa e de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração em procedimentos licitatórios. Ausência de fatos novos. Conhecimento. Negado provimento. Prazo prescricional para atuação do TCU. Prazo previsto no novo Código Civil. Análise da matéria. Acórdão nº 510/2005 – Plenário. Relator: Min. Substituto Marcos Bemquerer Costa. 04 mai. 2005. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 12 mai. 2005, p. 0.

- [CAMPOS] CAMPOS, Ricardo Ribeiro. *Decadência e prescrição no novo Código Civil*. Obtido via internet. <www.editoraimpetus.com.br> Acesso em: 06/10/2005, 21h40min.
- [CINTRA, 1994] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- [FERNANDES, 2003] FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- [LEAL, 1978] LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- [MELLO, 1997] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.