

**O Controle do STF sobre o Exercício das Competências
Constitucionais e dos Poderes do TCU**

***The control of the Supreme Court over the Exercise of Constitutional
Competences and Powers of the TCU***

ELÍSIO DE AZEVEDO FREITAS
Advogado Especialista em TCU
Procurador – Procuradoria-Geral do Distrito Federal
Doutorando em Direito Constitucional pelo IDP
Mestre em Economia e em Administração Pública pelo IDP
MBA em Regulação pela FGV

Área do Direito: Constitucional-Administrativo-Financeiro-Controle Externo da Administração.

Resumo: O estudo é dedicado à análise do controle do Supremo Tribunal Federal sobre o exercício das competências constitucionais e poderes do Tribunal de Contas da União.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Competências Constitucionais do TCU. Controle Externo da Administração Pública.

Abstract: *The study is dedicated to the analysis of the control of the Supreme Court over the exercise of constitutional powers and powers of the TCU.*

Keywords: *Supreme Court. Constitutional Competencies of TCU. External Control of Public Administration.*

Sumário. 1 – Considerações Iniciais. 2 – Competências Constitucionais e Poderes do TCU. 3 – Instrumentos para Impugnação Judicial das Decisões do TCU. 4 – Análise de Precedentes Judiciais sobre o Controle do Controlador. 5 – Conclusão.

1. Considerações Iniciais

A competência para fiscalizar a Administração Pública e os poderes inerentes a tal competência são historicamente atribuídos ao parlamento, o qual, ao lado da **função legiferante** (de inovar no ordenamento jurídico), possui a função fiscalizatória.

Assim, como se referem a competências que se relacionam com a organização dos poderes do Estado e o exercício de freios e contrapesos atinentes a essa separação, os dispositivos constitucionais que tratam do tema são materialmente constitucionais.

Observa-se que parte relevante das competências de fiscalização do Poder Legislativo tem seu exercício deferido ao Tribunal de Contas da União (TCU), que, assim, as exerce, como visto, a partir de normas materialmente constitucionais.

Dessa forma, o TCU pode ser considerado como tribunal administrativo que exerce competências originárias daquele poder, mas sem pertencer ou a ele se subordinar, conforme posição de Carlos Ayres Britto, que destacaremos mais à frente.

A Constituição Federal assim disciplina o controle externo da Administração Pública:

“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.

(...)

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete (...)"

Fica claro que o controle externo é competência do Congresso Nacional, contudo ele será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

Em primeiro lugar, cumpre destacar que, embora se observe pelo teor do artigo 70 da Constituição Federal, ser o parlamento titular dessa competência, a de fiscalização (que, como destacamos, lhe é inerente e é exercida por outros meios, como pelas comissões parlamentares de inquérito), os incisos do artigo

71 atribuem expressamente ao TCU o seu exercício, como destacaremos no próximo tópico deste trabalho.

Em segundo, ressaltam-se as considerações do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Ayres Brito sobre a palavra “auxílio”, então empregada no *caput* do artigo 71 da Constituição, bem como sobre a posição da Corte de Contas dentro da tradicional separação dos poderes¹:

“(...) o Tribunal de Contas da União não é órgão do Congresso Nacional, não é órgão do Poder Legislativo. Quem assim me autoriza a fala é a Constituição Federal, com todas as letras seu art. 44, *litteris*: ‘o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe de Câmara dos Deputados e Senado Federal’

(...) além de não ser órgão do Poder Legislativo, O Tribunal de Contas da União não é órgão auxiliar do Parlamento Nacional, naquele sentido de inferioridade hierárquica ou subalternidade funcional.

(...) O TCU se posta é como órgão da pessoa jurídica União, diretamente, sem pertencer a nenhum dos três Poderes Federais. Exatamente como sucede com o Ministério Público, na legenda do art. 128 da Constituição, incisos I e II.”

Assim, como o TCU exerce competências constitucionais estatuídas em normas que são materialmente constitucionais, nada é mais adequado do que o STF ser responsável por controlar o exercício dessas competências, bem como dos poderes que delas decorrem.

A esse controle é que se dedica, principalmente, o presente trabalho.

2. Competências Constitucionais e Poderes do TCU

Não resta dúvida de que a Constituição Federal de 1988 atribuiu ao TCU um papel de protagonista no exercício do controle externo da Administração Pública.

Nesse sentido, relacionou as competências da Corte nos incisos de seu artigo 71, que merecem ser aqui expostas:

“Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

¹ <http://rodrigouchoa.atspace.com/dialogo-juridico-2001-12-09-carlos-ayres-brito.pdf>

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

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;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

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;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

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;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.”

As competências constitucionais do TCU resultam no claro empoderamento daquele órgão técnico, o qual, para desenvolver tarefa tão relevante, precisou também ver reconhecidos poderes necessários ao seu desempenho.

O Tribunal tem competências constitucionais e poderes que vão desde julgar contas de quaisquer responsáveis por recursos públicos federais, passando por apreciar legalidade de aposentadorias para fim de registro e executar auditorias em órgãos federais, até chegar à nobre tarefa de emitir parecer prévio sobre as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República.

Não obstante a insigne competência da Corte de Contas, suas responsabilidades e poderes, por vezes, seu mister é alvo de impugnação perante o Poder Judiciário pelos meios apontados no próximo tópico deste artigo.

3. Instrumentos para Impugnação Judicial das Decisões do TCU

O Poder Judiciário exerce controle sobre as decisões do TCU mediante mandados de segurança impetrados diretamente no STF, reclamações – caso se desrespeite decisão da Corte Suprema –, e ações anulatórias ajuizadas diretamente na primeira instância da Justiça Federal.

Com relação ao *mandamus*, a Constituição Federal prevê:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precípuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I - processar e julgar, originariamente:
(...)
d) o habeas corpus, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;
Assim, contra atos do TCU o mandado de segurança será originalmente processado e julgado diretamente pelo Supremo Tribunal Federal.”

De igual modo, caso haja desrespeito a decisão do Supremo, é possível ajuizar reclamação, em quaisquer de seus tipos. Já sobre as espécies de representação, temos o seguinte²:

“A reclamação pode ser de três tipos no Supremo Tribunal Federal, conforme a Constituição Federal e a regulamentação dada pelo Regimento Interno e a legislação ordinária: para garantia da autoridade das decisões do STF, para preservação de sua competência e contra o desrespeito a súmula vinculante.”

A Reclamação 39.497 é um exemplo de utilização do expediente jurídico em face de desrespeito pelo TCU a decisão do STF. Cumpre citar excertos do voto do relator:

“(...) no citado *writ*, declarando a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva da citada Corte de Contas, no tocante ao então Impetrante em relação às infrações que lhe foram imputadas nos autos da TC 030.229/2015-4, sem prejuízo de que a União, se assim entender, persiga os valores referentes ao resarcimento dos danos na esfera judicial. (...) Com efeito, o Tribunal de Contas da União, deliberando por autorizar essa injustificável autuação de novo processo apartado de tomada contas especial, em desfavor do ora Reclamante, arvorou-se ainda, de forma ilegítima, reafirme-se, à condição de órgão jurisdicional, driblando, num repugnante e descabido contorcionismo interpretativo, o cumprimento da Decisão dessa Colenda Corte no citado Mandado de Segurança. Portanto, o que se observou foi um completo desrespeito e um reprovável desapreço ao comando decisório dessa Suprema Corte (...) situação que merece repúdio (...) fazendo com que o TCU não tenha o disparate de travar, com esse indigno malabarismo interpretativo, a Decisão dessa Corte, em reconhecimento ao direito líquido e certo do Impetrante de não se submeter à ira persecutória do referido Órgão de Contas no contexto dos aludidos fatos.”

Nesse caso, trata-se de mandado de segurança no qual o STF declarou a ocorrência de prescrição da pretensão do TCU em relação ao impetrante quanto a infrações que lhe foram imputadas em processo em curso na Corte de Contas, que instaurou, então, novo processo apartado de tomada de contas especial (TCE) contra o mesmo impetrante. Este, no entanto, e em

² CORTÊS, Osmar Mendes Paixão. *Recursos para os Tribunais Superiores*. 5. ed. Brasília: Editora Gazeta Jurídica, 2021, p. 30.

resposta, levou o caso à Corte Máxima via reclamação e viu reconhecido o descumprimento da decisão que aponta a prescritibilidade, na linha do Tema 899 de Repercussão Geral (RE 636.886-RG/AL), em manifestação incisiva do relator do caso, Ministro Ricardo Lewandowski.

4 – Análise de Precedentes Judiciais sobre o Controle do Controlador

Passaremos agora à análise de casos julgados pelo Poder Judiciário, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal, que revela como o poder tem controlado a ação do órgão federal de controle externo.

O foco principal deste estudo é o posicionamento do STF em relação ao exercício das competências constitucionais do TCU e de seus poderes. Todavia, como casos julgados por demais tribunais federais podem chegar ao Supremo pela via recursal, importa também verificar a visão que essas cortes têm sobre o assunto.

Para tanto, faremos divisão por temas relativos à atuação do TCU levados ao Judiciário, discorrendo, em cada um deles, sobre o sentido das decisões e seus fundamentos.

Fizemos a escolha por assuntos que nos pareceram mais importantes, embora possamos ter, infelizmente, deixado de tratar de outros pontos também de muito relevo, que poderão ser analisados em trabalhos futuros.

4.1 – Abrangência do Controle do TCU pelo Poder Judiciário

Há reiteradas decisões judiciais afirmado não competir ao Judiciário rever o mérito das decisões proferidas pelo TCU, a não ser em caso de nulidade por irregularidade formal grave ou patente ilegalidade.

O fundamento dessas decisões reside no fato de a Constituição ter deferido ao TCU a competência de julgar processos de controle externo. Assim, permitir ao Judiciário analisar o mérito de tais processos significaria usurpação de competência outorgada à Corte de Contas pelo constituinte originário.

Nesse sentido, defende-se que o Judiciário pode analisar apenas se houver *error in procedendo* (erro de procedimento), como vício na citação para defesa e ilegalidade no procedimento, podendo proferir decisão que anule o julgamento do TCU e lhe devolver o caso para nova decisão.

Não obstante, não poderia o Poder Judiciário avaliar, por exemplo, se o mérito do julgamento de contas foi, ou não, o mais acertado em determinado caso concreto, não lhe cabendo, portanto, avaliar se ocorreu *error in judicando* (erro de julgamento) e realizar a reforma do julgado, com alteração do mérito, para que, *verbi gratia*, as contas sejam julgadas regulares, ao invés de irregulares.

Referido mérito no julgamento de contas, isto é, se estas são regulares, regulares com ressalva ou irregulares, conforme o artigo 71, II, da Constituição³, cabe, exclusivamente, à Corte de Contas.

Precisamos, todavia, analisar, de maneira crítica, tais questões e sua abrangência, com o fito de melhor entender quando poderá o Judiciário intervir legitimamente em processos de controle externo em curso no TCU.

Dessa forma, há de verificar que, embora o mérito do julgamento de contas não possa ser revisto judicialmente, ilegalidades na condução dos processos ou mesmo na decisão a que chegue o colegiado julgador podem ser examinadas, o que revelaria desrespeito da atuação do TCU aos limites do ordenamento jurídico e às competências outorgadas pelo constituinte originário.

Assim, apesar de a Carta Magna não permitir que, pela atuação de um magistrado, haja alteração de mérito de contas julgadas, ele poderá constatar ter o TCU exercido de forma ilegal sua competência ao julgar contas de responsável chamado a se defender, por exemplo, doze anos após sua conduta, seja por ter se operado a prescrição das pretensões condenatória e indenizatória, seja porque esse julgamento afronta princípios constitucionais, como o do devido processo legal, o da ampla defesa e o do contraditório – sem possibilidade de haver, neste caso, defesa efetiva.

³ 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;

De igual modo, em um processo de controle externo destinado a registro de ato de aposentadoria, a competência constitucional para registrá-lo ou a ele negar registro é do TCU. Contudo, o Judiciário pode entender que determinada parcela da aposentação que aquele órgão considerou ilegal seja, sim, cabível e legal, determinando, então, que continue a ser paga, embora não seja possível registrar o ato, por ser tal procedimento de competência constitucional da Corte de Contas⁴; nesse caso, destarte, o entendimento do TCU sobre o mérito do que é apreciado passaria pelo crivo judicial.

Observa-se, até mesmo por avaliação empírica das decisões judiciais, que, em processos de tomada de contas especial (processos de contas), nos quais o TCU efetivamente realiza função administrativa como julgador (julgar as contas – segundo a expressão utilizada pela Constituição), os tribunais judiciários são mais restritivos quanto à amplitude do controle que realizam, não chegando, a título de exemplo, a examinar se documentos juntados a processos de contas são suficientes para demonstrar a regularidade de determinada gestão de recursos públicos.

De outro lado, quando não exerce a função “judicante” em processos de contas, mas, sim, fiscalizatória – em processos de fiscalização –, como na apreciação de atos sujeitos a registro ou na aplicação de penalidade em processos de representação, não estando presente, precisamente, a função de julgar, o Poder Judiciário se debruça, em avaliação mais profunda e abrangente, sobre o teor do próprio julgamento (mérito), como no caso acima citado de parcela em aposentadoria (aqui se observa o controle judicial mais amplo).

Caso alguma sanção seja aplicada em processo de fiscalização (e.g. representação ou relatório de auditoria), como multa ou inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, o Judiciário pode, no exercício do controle dessa decisão administrativa, verificar o desrespeito a normas-regra ou normas-princípio ligadas ao Direito Administrativo sancionador ou mesmo tuteladas pela Constituição (como a razoabilidade e a

⁴ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...) 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;

proporcionalidade) e, assim, decidir, fundamentadamente, pelo afastamento da penalidade, com vistas à pretensão de correção, ou pela necessidade de encontrar a resposta correta para o caso concreto que se apresenta⁵.

Quanto à apreciação de ato sujeito a registro – artigo 71, inciso III, da CF –, cumpre colacionar a posição do STF no MS 23.665-DF, relatado pelo Ministro Maurício Corrêa:

“(...) o Tribunal de Contas pode negar o registro de atos de aposentadoria, ainda quando objeto de decisões originárias de juízes ou tribunais, salvo aquelas em que for parte e que tenham como finalidade específica o registro respectivo.”

É dizer: se o objeto do processo judicial for a negativa de registro, e entendendo o Poder Judiciário que é devida determinada parcela vista pelo TCU de maneira contrária, não poderá ser determinado pela Corte de Contas que cesse o pagamento por esse motivo; embora a Justiça não registre o ato de aposentadoria, que é competência do TCU, sua apreciação quanto ao ato não terá efeito na esfera jurídica de quem é parte no processo judicial.

Nessa situação, o TCU pode manter o entendimento de que há ilegalidade na parcela e negar registro a outros atos, em casos não judicializados, ou passar a concordar com o teor da decisão judicial e registrar diretamente outros atos de aposentadoria, em casos similares, que apresentem a mesma parcela.

Essa avaliação, que se dá sobre irregularidade formal ou ilegalidade no julgamento, confere ao Poder Judiciário campo de atuação abrangente, sendo possível, por exemplo, mesmo em julgamentos quanto ao mérito de processos de contas, examinar a legalidade e a constitucionalidade de argumentos utilizados para fundamentar a decisão.

Athos Gusmão Carneiro examina o que denomina como jurisdição anômala, admitida pela Constituição⁶:

“As atribuições do Tribunal de Contas são de natureza administrativa. Entretanto, quando ‘julgá’ as contas ‘dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos’, tal julgamento impõe-se ao Poder Judiciário no que concerne ao aspecto contábil, sobre a regularidade da própria conta; o julgado do Tribunal de Contas constitui

⁵ Na linha das lições de Dworkin e Alexy, que contestam a existência de discricionariedade no ato de decidir.

⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência*, ed. Saraiva – 1989 – p. 14.

prejudicial no juízo penal, como apuração, da qual o juiz não pode se afastar, de elemento de fato necessário à tipicidade do crime (José Cretella Júnior, Tribunal de Contas, Dicionário, cit., Seabra Fagundes, *O Controle*, cit., n. 62). Da mesma forma, tal julgado impõe-se na ação de resarcimento promovida contra o responsável pelo alcance.”

Seabra Fagundes, tratando ainda sobre texto da Constituição de 1946 reproduzido em nossa atual Lei Fundamental, ressalta⁷:

“Não obstante [o Tribunal de Contas não integrar o Poder Judiciário], o art. 71, § 4º, lhe comete o julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis por bens ou dinheiros públicos, o que implica em 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 (o criminal fica à Justiça da União) a Corte de Contas decide conclusivamente. Os órgãos do Poder Judiciário carecem de jurisdição para examiná-lo.”

Vale colacionar alguns precedentes judiciais emblemáticos sobre a matéria:

“PROCESSUAL CIVIL. CPC, ART. 132. OFENSA. DESCARACTERIZAÇÃO. ACÓRDÃO DO TCU. REVISÃO. LIMITES. ASPECTOS FORMAIS. REGULARIDADE. SENTENÇA MANTIDA.
(...)

2. As decisões do TCU têm natureza jurídica de decisão técnico-administrativa, não susceptíveis de modificação irrestrita pelo Poder Judiciário, cuja competência limita-se aos aspectos formais ou às ilegalidades manifestas dessas decisões (TRF - 1ª Região, AC 0003852-56.2004.4.01.4000/PI, Rel. Juiz Federal Convocado Alexandre Jorge Fontes Laranjeira, Quinta Turma, DJe de 21/03/2011).

3. Pretendem os autores que o Judiciário reaprecie ponto a ponto e em minúcias as questões enfrentadas pelo TCU, inclusive a documentação acostada no procedimento administrativo, apesar de admitirem as irregularidades formais apontadas pela Corte de Contas em procedimento licitatório. Ou seja, defendem que o Judiciário atue como

⁷ FAGUNDES, Seabra, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, ed. Forense, Rio de Janeiro, 4^a ed., p.142.

órgão revisional administrativo, o que é admitido tão-somente em situações excepcionais, não verificadas no caso.

4. Não evidenciada a participação de todos os servidores inculpados pelo TCU, correta a exclusão de responsabilidade daqueles que não concorreram diretamente para as irregularidades verificadas.

5. Apelações a que se nega provimento.

(TRF 1; AC 2006.35.00.007611-9/GO; Relator (a): Desembargador Federal João Batista Moreira; Órgão Julgador: Quinta Turma; e-DF1, p. 107, de 5.10.2011)"

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO. TOMADA DE CONTAS. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. LIMITES. ASPECTOS FORMAIS. LEGALIDADE.

1. A revisão das decisões do Tribunal de Contas da União pelo Poder Judiciário não pode ter caráter irrestrito, deve limitar-se ao exame da legalidade dos aspectos formais, sendo vedada a incursão no mérito das decisões, sob o risco de inocuidade das decisões dos Tribunais de Contas. Precedentes desta eg. Corte.

(...)

(TRF 1; AC 2000.33.00.016673-8/BA; Relator (a): Desembargador Federal Souza Prudente; Órgão Julgador: Sexta Turma; DJ, p. 83, de 14.8.2006)"

"APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. ACÓRDÃO. SUSPENSÃO. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

4. Não demonstrada flagrante ilegalidade ou arbitrariedade, capaz de infirmar a presunção de validade do acórdão proferido pelo Tribunal de Contas da União, devem ser mantidos os seus efeitos, sob pena de se proceder à indevida revisão do mérito das conclusões nele contidas. Precedentes desta Corte.

5. Apelação cível a que se nega provimento. (TRF1; AC 2007.37.02.000118-8/MA; Relator (a): Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues; Órgão Julgador: Sexta Turma; e-DJF1, p. 246, de 13.10.2009)"

"ADMINISTRATIVO. AGRAVO RETIDO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU PRODUÇÃO DE PROVAS. ACÓRDÃO DO TCU. NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

1. AO PODER JUDICIÁRIO SOMENTE É POSSÍVEL APRECIAR O ASPECTO LEGAL DE PROCEDIMENTO ADOTADO PELO TRIBUNAL DE CONTAS, SENDO-LHE VEDADA A INCURSÃO NO MÉRITO DAS DECISÕES.

(...)

5. NÃO HAVENDO SIDO DEMONSTRADA QUALQUER ILEGALIDADE NO PROCEDIMENTO ADOTADO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, NÃO HÁ RAZÃO PARA ANULAR O ACÓRDÃO POR ELE PROFERIDO.

(...)

8. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (TRF5. Processo: AC 2001.05.00.034365-7; APELAÇÃO CÍVEL Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA. Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. Data da Decisão: 18/03/2003. DJ 18/8/2003 p. 908. Unâime.)"

"ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. TOMADA DE CONTAS E APLICAÇÃO DE PENALIDADES AOS ADMINISTRADORES. CABIMENTO DO MANDAMUS PARA ANÁLISE DA REGULARIDADE DA DECISÃO ADMINISTRATIVA.

I - O mandado de segurança foi instruído com os documentos necessários à solução da controvérsia, cabendo ao Judiciário, em homenagem ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, sem entrar no mérito do ato administrativo, verificar a regularidade da decisão administrativa.

II - Conforme se depreende dos documentos acostados aos autos, o desenvolvimento do processo administrativo deu-se de forma regular, tendo sido oferecida oportunidade para defesa e interposição de recursos, com observância do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, concluindo-se pela responsabilização dos recorrentes.

III - Recurso ordinário improvido. (RMS 12.349/RO, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/02/2005, DJ 14/03/2005, p. 194)"

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS CONTRA EX-PREFEITO. CONVÊNIO ENTRE ESTADO E MUNICÍPIO. CARÊNCIA DA AÇÃO. COMPETÊNCIA. TRIBUNAL DE CONTAS.

I - É pacífica a jurisprudência desta colenda Corte, no sentido de que compete ao Tribunal de Contas o processo e o julgamento da ação de prestação de contas contra ex-prefeito, não cabendo ao Poder Judiciário tal mister, ex vi do artigo 71, c/c o artigo 75, ambos da CF/88.

II - Recurso especial improvido. (REsp 200.347/RO, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2003, DJ 23/06/2003, p. 243)"

"PROCESSUAL E ADMINISTRATIVO. RESOLUÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO. IMPUTAÇÃO DE DÉBITO POR PAGAMENTO INDEVIDO.

- Não há como reconhecer a ilegitimidade de resolução do Tribunal de Contas para imputação de débito por pagamento realizado a maior pelo Presidente da Câmara de Vereadores aos seus pares, sem prévio exame da resolução, sobre a qual se fundaram os atos praticados pelo recorrente, bem como sua legitimidade e adequação dos fatos ao seu conteúdo.

- O Poder Judiciário não detém competência para rever as decisões do Tribunal de Contas dos Municípios, no que diz respeito ao exame de contas, não competindo a esta Corte analisar a motivação da imputação do débito.

- Recurso improvido. (RMS 12.487/GO, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/05/2001, DJ 01/10/2001, p. 162)"

"Por óbvio, não compete ao Judiciário analisar os documentos encaminhados ao Tribunal de Contas ou emitir juízo acerca deles, se suficientes ou não, se hígidos, verdadeiros ou não. Tal proceder evidentemente revela indevida interferência na esfera da competência fiscalizadora daquele órgão. Assim, prestadas as contas não há que se falar em ato de improbidade com base no art. 11, inciso VI, da LIA. (REsp 1293330/PE, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 01/08/2012)"

"Mandado de Segurança. Legitimidade ativa de pessoa jurídica, mesmo de direito público, superada pela praxe posterior, a interpretação restritiva de alguns acórdãos (R.F. 140/275, R.T. 295/108, R.D.A. 70/302, 72/273). Recurso Extraordinário. Terceiro prejudicado. Litisconsórcio necessário. Admissibilidade. RE 12.816 (1946), RE 14.747 (1949), RE 41.754 (1959), AG. 31.737 (1964). Tribunal de Contas. Julgamento das contas de responsáveis por haveres públicos. Competência exclusiva, salvo nulidade por irregularidade formal grave (MS 6.960, 1959), ou manifesta ilegalidade (MS 7.280, 1960). Reforma do julgado anulatório de decisão dessa natureza, em que se apontavam irregularidades veniais.

Ressalva das vias ordinárias (STF: RE 55821/PR, DJ 24/11/1967, p. 3949)"

"(..) autorizar sua análise pelo Judiciário implicaria na quebra da lógica do sistema constitucional posto, pois estar-se-ia a admitir que tal Poder usurasse competência outorgada pelo constituinte originário aos Tribunais de Contas (...) mesmo nas hipóteses em que se constate irregularidade na atuação do Tribunal de Contas, o provimento jurisdicional deve limitar-se a anular a decisão viciada e o processo ser restituído à Corte de Contas para que seja proferida nova decisão (Supremo Tribunal Federal. Ação Civil Originária nº 2.068. rel. Min. Luiz Fux. Decisão monocrática de 28.05.2015. DJe de 02.06.2015.)"

Observa-se que, apesar da aparência de limitação quanto ao conteúdo do que seria impugnável judicialmente em processos conduzidos pelo TCU, as ilegalidades que podem ser arguidas em juízo alcançam um extenso espectro de controle sobre o órgão federal de controle externo.

4.2 – A Visão do Judiciário sobre a Prescrição das Pretensões Punitiva e Indenizatória em Processos do TCU

Sobre a prescritibilidade das pretensões punitiva e de resarcimento ao erário fundadas em decisões de tribunais de contas, precisamos, de início, destacar as confusões terminológicas relativas ao assunto.

Embora a pretensão punitiva e a indenizatória sejam coisas distintas, são muito confundidas em artigos sobre o tema e mesmo em manifestações do Ministério Público e decisões judiciais.

A prescrição da pretensão punitiva se refere à possibilidade de aplicar sanções; já a pretensão indenizatória diz respeito à oportunidade de condenar ao resarcimento de eventual prejuízo sofrido. É dizer, a primeira é punição; a segunda, responsabilidade civil.

Elucidado o ponto, fica claro que o Judiciário vem firmando entendimento no sentido de que o prazo para que ocorra a prescrição dessas pretensões é o mesmo: **cinco anos**.

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento unânime, negou provimento ao Recurso Extraordinário 636.886/AL, paradigma do Tema 899 de

Repercussão Geral, no qual fixou tese acerca do reconhecimento da prescritibilidade da **pretensão de resarcimento** (indenizatória) ao erário, em se tratando de tribunal de contas, **que ocorre em cinco anos**.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem assumido posição sobre a prescritibilidade da **pretensão punitiva** do TCU e a da pretensão indenizatória ao erário no âmbito da Corte de Contas:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PROCESSO DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. VIOLAÇÃO A INSTRUÇÃO NORMATIVA. EXAME INCABÍVEL EM SEDE DE APELO ESPECIAL. ARTS. 31 E 57 DA LEI 8.443/92, 471 DO CPC, 884 DO CC, 26, VI, E 27, § 1º, DA LEI 9.784/99. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. TESE DE PREScriÇÃO ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA OU FALHA NA PRESTAÇÃO DE CONTAS. IMPUTAÇÃO DO DÉBITO E APLICAÇÃO DE SANÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE HIPÓTESE DE IMPREScritIBILIDADE. LACUNA LEGISLATIVA. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO POR ANALOGIA. APLICAÇÃO DO PRAZO QUINQUENAL. DECURSO. OCORRÊNCIA.

1. As instruções normativas não integram o conceito de lei federal para fins de controle em sede de recurso especial. Precedentes.
2. O Tribunal de origem não emitiu juízo de valor sobre os arts. 31 e 57 da Lei 8.443/92, 471 do CPC, 884 do CC, 26, VI, e 27, § 1º, da Lei 9.784/99, carecendo o recurso especial, no ponto, do requisito do prequestionamento. Incidência da súmula 282/STF.
3. ‘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 resarcimento’ (§ 5º do art. 37 da CF).
4. As ‘**ações de resarcimento**’ são **imprescritíveis**, conforme dispõe expressamente o texto constitucional, o que tem sido observado e reiterado nos julgamentos desta Corte, seja **em sede de ação de improbidade com pedido de resarcimento**, seja em ação com o fim exclusivo de ressarcir o erário. **No entanto, os autos não versam sobre o exercício do direito de ação, ou seja, de pedir resarcimento perante o Poder Judiciário**. Ao contrário, tratam da **imputação de débito e aplicação de**

multa promovida pelo Tribunal de Contas da União, no exercício do seu poder/dever de velar pelas contas públicas, mediante **atuação administrativa**, oportunidade em que não há falar em exercício do direito de ação e, consequentemente, em imprescritibilidade.

5. Eventual desvio de verbas ou qualquer outra ilegalidade que importe prejuízo ao erário poderá ser objeto de ação de ressarcimento, perante o Poder Judiciário, a qualquer tempo, eis que imprescritível, **hipótese em que o ônus da prova do efetivo prejuízo e da responsabilidade do seu causador incumbe a quem pleiteia o ressarcimento**.

6. Na tomada de contas especial, diversamente, o ônus da prova incumbe ao responsável pela aplicação dos recursos repassados, que se torna o responsável pelo débito e multa por mera presunção de prejuízo ao erário se ausente ou falha a prestação de contas. Nessas circunstâncias, a atuação administrativa deve encontrar limites temporais, sob pena de sujeitar os responsáveis pela aplicação de repasses de verbas federais a provarem, eles, a qualquer tempo, mesmo que decorridas décadas, a adequada aplicação dos recursos que um dia geriram, em flagrante ofensa a princípios basilares do Estado de Direito, como a segurança jurídica e ampla defesa.

7. Em virtude da lacuna legislativa, pois não há previsão legal de prazo para a atuação do Tribunal de Contas da União, deve ser-lhe aplicado o prazo quinquenal, por analogia aos arts. 1º do Decreto 20.910/32 e 1º da Lei 9.873/99. Em hipótese similar à presente, porquanto ausente prazo decadencial específico no que concerne ao exercício do poder de polícia pela Administração, antes do advento da Lei 9.873/99, a Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1.105.442/RJ (Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, DJe 22/2/2011), sob o rito do art. 543-C do CPC, assentou ser ele de 5 anos, valendo-se da aplicação analógica do art. 1º do Decreto 20.910/32.

8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido para julgar procedente o pedido inicial, desconstituindo a decisão do Tribunal de Contas da União no processo de tomada de contas especial do Convênio 5013/96, ressalvando-se a via judicial para o pleito de eventual ressarcimento.

(REsp 1480350/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 12/04/2016)” (destaques nossos)

Observa-se que o entendimento do STJ é aderente à decisão preferida pelo STF no RE 636.886/AL, pois a simples menção do trecho “ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento” no § 5º do art. 37 do texto constitucional não permite, por si só, admitir a imprescritibilidade de qualquer ação de ressarcimento fundada em atuação de tribunal de contas.

Ao analisar sistematicamente a Carta Magna, verifica-se que os casos de imprescritibilidade foram expressamente previstos nos incisos XLII e XLIV do art. 5º, concluindo-se, portanto, que a **prescritibilidade é a regra**.

Assim, a Corte Suprema vem entendendo que a **imprescritibilidade de ações de ressarcimento ao erário** só se justifica caso decorra de **ato de improbidade administrativa doloso** tipificado na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), conforme tese assentada no Tema 897 (RE 852.275/SP):

“DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO.

1. A prescrição é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais.
2. Há, no entanto, uma série de exceções explícitas no texto constitucional, como a prática dos crimes de racismo (art. 5º, XLII, CRFB) e da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CRFB).
3. O texto constitucional é expresso (art. 37, § 5º, CRFB) ao prever que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos na esfera cível ou penal, aqui entendidas em sentido amplo, que gerem prejuízo ao erário e sejam praticados por qualquer agente.
4. A Constituição, no mesmo dispositivo (art. 37, § 5º, CRFB) decota de tal comando para o Legislador as ações cíveis de ressarcimento ao erário, tornando-as, assim, imprescritíveis.

5. São, portanto, imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.

6. Parcial provimento do recurso extraordinário para (i) afastar a prescrição da sanção de ressarcimento e (ii) determinar que o tribunal recorrido, superada a preliminar de mérito pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento por improbidade administrativa, aprecie o mérito apenas quanto à pretensão de ressarcimento.” (grifamos)

Importa salientar que, para configuração de ato de improbidade tipificado na referida lei, é necessária a configuração de elemento subjetivo – dolo e, a depender, culpa –, conforme entendimento pacificado no STJ:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONDENAÇÃO DO PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CAPIVARI/SP, POR TER DESCUMPRIDO DECISÃO JUDICIAL QUE IMPÔS AO ENTE PÚBLICO A OBRIGAÇÃO DE REALIZAR OBRAS, NO PRAZO DE 180 DIAS, NA ESTAÇÃO FERROVIÁRIA. AMOLDAMENTO DA CONDUTA NO ART. 11, II, DA LEI 8.429/92. IMPRESCINDIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO) E APONTAMENTO DO PRINCÍPIO TIDO POR VIOLADO. PRECEDENTES. TIPICIDADE DA CONDUTA NÃO CONFIGURADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. *In casu*, houve a condenação do agravado por ato de improbidade (art. 11, II da Lei 8.429/92), por ter descumprido, à época em que exercia mandato da Prefeitura do Município de Capivari/SP, decisão judicial, consubstanciada na obrigação de fazer atinente à reforma e manutenção da Estação Rodoviária local, no prazo de 180 dias.

2. A condenação do agravado foi mantida pelo Tribunal de origem, que concluiu que a inércia do Prefeito ofendeu os princípios aplicáveis à Administração Pública e previstos no caput do artigo 37 da Constituição Federal. Destacou, também, que a ausência de dolo e de dano ao erário não excluem a improbidade administrativa (fls. 219), conferindo substrato à condenação do Agente como se o mero descumprimento de ordem judicial, por si só, fosse suficiente para fundamentar a condenação do acusado por

ato ímparo, deixando de analisar, contudo os outros elementos indispensáveis para a configuração de ilícito administrativo de tal natureza.

3. É assente na doutrina e jurisprudência que a conduta do agente, nos casos dos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/92, há de ser sempre dolosa, por mais complexa que seja a demonstração desse elemento subjetivo; nas hipóteses do art. 10 da Lei 8.429/92, admite-se que possa ser culposa, mas em nenhuma das hipóteses legais se diz que possa a conduta do agente ser considerada apenas do ponto de vista objetivo, gerando a responsabilidade objetiva.

4. A leitura do acórdão do Tribunal a quo evidencia que configurada está tão somente a ilicitude da conduta, sem que fosse apontado o princípio violado. Ademais, não se discorreu acerca do elemento volitivo do recorrente, arguindo apenas ser despicienda a comprovação de dolo ou culpa, em flagrante dissonância com o entendimento sedimentado nesta Instância Especial, que já pacificou a jurisprudência quanto à indispensabilidade de comprovação do dolo para a tipificação da conduta do Agente Público nos moldes do art. 11 da Lei de Improbidade. Precedentes: REsp. 1.036.229/PR, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJe 2.2.2010; AgRg no AREsp. 44.773/PR, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 15.8.2013.

5. Agravo Regimental do Ministério Público Federal a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 116.741/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 04/08/2015)." (grifamos)

Quanto aos atos de improbidade não dolosos, aplica-se prazo prescricional às ações deles decorrentes para fim de ressarcimento ao erário. O mesmo pode ser dito no concernente àquelas decorrentes de ilícitos civis que ocasionem danos à Fazenda Pública, igualmente prescritíveis, conforme estabelecido no Tema 666 (RE 669.069/MG):

"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 ilícto civil.

2. Recurso extraordinário a que se nega provimento.”
(grifamos)

Os processos de tomada de contas no âmbito do TCU se satisfazem com a verificação de culpa *lato sensu*, o que se mostra suficiente para haver condenação ao ressarcimento, sem, em muitos casos, examinar se há dolo, pois, embora não seja objetiva, a responsabilidade subjetiva contenta-se, para que ocorra condenação a ressarcimento, com a constatação de culpa.

Deve-se admitir, no entanto, que, embora a atuação daquele tribunal se restrinja ao julgamento de contas, a efetivação do exercício dessa atribuição depende do exame dos atos de gestão praticados pelos agentes, que poderão ser lícitos ou ilícitos, dando ensejo à responsabilização subjetiva.

Ademais, não há, na Corte de Contas, o exercício do **direito de ação** – por intermédio do qual quem pleiteia o ressarcimento tem o ônus probatório. No processo de tomada de contas especial no TCU – isto é, processo administrativo –, é o responsável pelo suposto prejuízo que tem a incumbência de provar a boa e regular gestão dos recursos públicos, não podendo ficar indefinidamente sujeito a possível responsabilização sem limitação no tempo, o que afetaria princípios jurídicos como o da segurança jurídica e da ampla defesa.

Dessa forma, caso se pretenda demonstrar ter ocorrido ato doloso de improbidade, será necessário o ajuizamento de **ação de improbidade no Judiciário** (aí imprescritível), não sendo, contudo, possível dar início a processo de TCE na Corte de Contas, o qual, caso iniciado, ensejará o manejo de *writs* no STF.

Cumpre destacar que o próprio TCU, no inciso II do art. 6º da Instrução Normativa 71/2012⁸, dispensa a instauração de tomada de contas especial se ultrapassados mais de dez anos, em face das dificuldades para o **exercício de defesa efetiva**, isto é, por respeito aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Mais uma vez, observamos a possibilidade de o Poder Judiciário examinar, como o próprio TCU o faz, se esses princípios foram observados ou

⁸ Art. 6º Salvo determinação em contrário do Tribunal de Contas da União, fica dispensada a instauração da tomada de contas especial, nas seguintes hipóteses:

(...)

II - houver transcorrido prazo superior a dez anos entre a data provável de ocorrência do dano e a primeira notificação dos responsáveis pela autoridade administrativa competente;

se a decisão tenha se dado sem respeitar os preceitos do contraditório e da ampla defesa; mesmo que não haja prescrição, pode a Justiça anular decisão que condene a ressarcir valores ou aplique sanções.

Certo é que não se mostra razoável que as ações de ressarcimento no TCU sejam imprescritíveis, pois o bem jurídico tutelado pela prescrição é o mesmo do protegido pela IN 71/2012 mencionado: a segurança jurídica.

Dessa forma, com base nos precedentes supramencionados, entende-se que as ações de ressarcimento ao erário prescrevem na forma da Lei 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal), ou seja, em 5 anos.

Ainda acerca da prescritibilidade da pretensão de ressarcimento no TCU, observa-se que a prescrição da execução ocorre no mesmo prazo da prescrição da ação, conforme se observa na Súmula 150 do STF⁹. Ressalta-se isso porque a Corte de Contas ainda defende, em julgados posteriores à decisão do Supremo em análise, que o prazo pelo Pretório Excelso estabelecido diria respeito apenas à execução de sua decisão.

Em relação ao tema, o Ministro Gilmar Mendes demonstrou, em seu voto, que é necessário atentar para os diferentes prazos quinquenais que incidirão em cada fase de apuração do fato gerador do prejuízo ao erário.

Dessa forma, será aplicado o prazo prescricional de cinco anos entre a data-limite para prestação de contas e a instauração da TCE, observados os casos de suspensão ou interrupção do referido prazo. Uma vez instaurado o processo, reinicia-se o prazo quinquenal prescricional até a decisão condenatória do TCU. O marco para contagem estaria entre a conduta e o despacho que determina a citação, conforme precedente daquele tribunal:

“A notificação do responsável na fase interna das apurações não interrompe a contagem do prazo prescricional da pretensão punitiva do TCU. No processo de controle externo, adota-se como causa interruptiva, com amparo no art. 202, inciso I, do Código Civil (Lei 10.406/2002), a citação ou a audiência do responsável. (Acórdão 2480/2015-Primeira Câmara | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES)”

Apurada, por meio de tomada de contas especial, a irregularidade que resulte em dano ao erário, imputa-se débito ao responsável para fins de

⁹ A execução prescreve no mesmo prazo da prescrição da ação.

ressarcimento. Caso ele não cumpra espontaneamente a obrigação no tempo determinado, o débito resultará em título executivo suficiente para cobrança judicial – conforme a alínea “b” do inciso III do art. 23 e o art. 24 da Lei Orgânica do TCU –, a qual deverá ser também ajuizada no prazo de cinco anos a contar da decisão condenatória da Corte. Com o ajuizamento da ação de ressarcimento, a prescrição será interrompida, voltando a correr na forma intercorrente em caso de inércia do exequente.

Em termos práticos, o Tribunal de Contas da União mostra-se resistente à aplicação da referida decisão da Corte Suprema. Segundo defende, a aplicabilidade da decisão do STF dependeria, ainda, da apreciação de embargos de declaração opostos, os quais buscam modular os efeitos da deliberação, bem como esclarecer aspectos como: a aplicação prospectiva, ou não, do novo entendimento; o marco legal a ser empregado para discussão da matéria e o prazo prescricional a ser considerado; o termo inicial para contagem do prazo a ser adotado; e a existência, ou não, de marcos interruptivos ou suspensivos e de prescrição intercorrente.

Entretanto, não se pode olvidar de que o entendimento acerca da prescritibilidade da pretensão indenizatória do TCU reverbera em outras decisões do STF e dos demais tribunais, sendo incontestável a aplicação da prescrição quinquenal.

Além do RE 636.886/AL, cita-se que, em decisão monocrática, o Ministro Ricardo Levandowski, nos autos da Rcl nº 39.497, em trâmite no Supremo, manifestou-se pela incidência da prescrição quinquenal, inclusive para instauração de tomadas de contas especiais, reconhecendo a ocorrência da prescrição da pretensão de ressarcimento de eventual prejuízo ao erário em apuração no TCU para determinar o trancamento de processo de contas instaurado pelo tribunal de contas federal. Veja-se:

“Isso posto, julgo procedente esta reclamação (art. 161, parágrafo único, do RISTF) para decretar a nulidade dos efeitos do Acórdão 2.892/2019 – TCU – Plenário, apenas no que se refere a Charles Renaud Frazao de Moraes, determinando, consequentemente, o trancamento do novo processo de tomada de contas especial, relativamente aos mesmos fatos da Tomada de Contas Especial 030.229/2015-4, em desfavor do reclamante.”

Em sede do Mandado de Segurança 37.664, que também corre no STF, deferiu-se pedido liminar para suspender decisão do TCU em tomada de contas especial, tendo em vista possível ocorrência da prescrição quinquenal:

“Nessa linha de raciocínio, afigura-se recomendável, ainda que por cautela, seja melhor apurado o decurso de eventual prazo prescricional, inclusive quanto aos seus marcos iniciais, suspensivos e interruptivos. A plausibilidade do direito invocado, neste momento, impõe a concessão da liminar, até que ocorra o exame vertical dos prazos operados e das causas interruptivas da prescrição, especialmente após a oitiva da autoridade tida como coatora. Isso posto, defiro o pedido de liminar para que seja suspensa, com relação ao impetrante, a Tomada de Contas Especial 033.879/2018-4, até o julgamento do mérito do presente writ.”

Com entendimento similar, baseado em manifestação do Ministério Público Federal, também foi concedida, parcialmente, a ordem no MS 37412/DF, relatado pela Ministra Cármem Lúcia em processo patrocinado em juízo pelo autor deste artigo jurídico, no qual se reconheceu haver transcorrido o prazo prescricional. Vale reproduzir trecho do voto da relatora:

“12. Essas circunstâncias, suficientemente comprovadas na presente ação, evidenciam que, entre a data dos fatos imputados ao impetrante e seu chamamento inicial ao processo, decorreram mais de dez anos, sem que investigações específicas tivessem se referido a ele e, consequentemente, sem participação ou produção de defesa na tomada de contas. **O impetrante viria a tomar conhecimento das supostas irregularidades a ele atribuídas somente em 2020, mais de dezessete anos após os fatos, formalizada sua citação em 28.5.2020.**”

Os tribunais regionais federais também têm se posicionado em consonância com o entendimento do Supremo, considerando prescritível a pretensão indenizatória perquirida em processos do TCU. A exemplo, cita-se trecho de decisão liminar do TRF1 nos autos do processo 1058382-85.2020.4.01.3400, também por nós patrocinado:

“(…)

No presente caso, pretende a parte autora seja reconhecida a prescrição da pretensão punitiva e resarcitória do TCU, relativamente aos fatos apurados no Processo nº TC 002.038/2014-5, ocorrida supostamente até 19/04/2007.

Com efeito, no tocante ao instituto da prescrição, assiste razão à parte autora. Isso porque, no presente caso, deve ser aplicado o prazo quinquenal e não o de 10 (dez) anos, como requer o TCU.

Isso porque, nos termos do art. 1º, da Lei nº 9.873, de 1999, ‘prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado’.

(...)

Ademais, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou de forma contrária à tese da imprescritibilidade, consoante julgamento do RE 669.069 (Tema 666), em regime de repercussão geral, de relatoria do Ministro Teori Zavaski. No referido Tema, a Corte Suprema fixou a seguinte tese: ‘É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil’.

Observa-se, pelo entendimento defendido neste artigo, que o instituto da prescrição guarda pertinência subjetiva direta com preceitos constitucionais que não podem passar sem análise.

O processo de contas não pode afrontar os princípios da segurança jurídica, da razoável duração do processo, da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana, e o princípio conglobante do devido processo legal (do qual decorrem outros) precisa ser respeitado – para que haja processo e decisão justos.

A fixação da presente tese e a sua aplicação pelo TCU mostram-se essenciais no sentido de que a apuração de débitos e prejuízos à Administração Pública ocorra de forma mais célere e eficiente, salvaguardando a segurança jurídica e o devido processo legal, os quais constituem interesse público primário, o que impede o cometimento de arbitrariedades pelo Estado, com limitações impostas a seu poder.

Verifica-se, ainda, como é objeto deste trabalho, a intensa atuação do Judiciário no controle das competências constitucionais e dos poderes do TCU, mormente a respeito do tema tratado neste tópico.

4.3 – Contraditório e Ampla Defesa em Atos de Aposentadoria

Observa-se flexibilização pelo STF do entendimento fixado na Súmula Vinculante 3¹⁰, ao decidir que o direito ao contraditório e à ampla defesa estaria assegurado ao interessado se o processo referente ao ato inicial de aposentadoria, reforma ou pensão tramitasse pelo TCU sem julgamento por período superior a cinco anos, contados do ingresso do processo no tribunal (essa questão da contagem **apenas do ingresso na Corte de Contas** ainda não nos parece completamente esgotada, nem mesmo justa):

“EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PENSÃO MILITAR. CONCESSÃO ADMINISTRATIVA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. EXAME. DECADÊNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. BENEFICIÁRIOS. HABILITAÇÃO. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. DEMONSTRAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O procedimento administrativo complexo de verificação das condições de validade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão não se sujeita à regra prevista no art. 54 da Lei 9.784/99. Por outro lado, **a abertura de contraditório e ampla defesa ao interessado é indispensável apenas se ultrapassado o prazo de cinco anos da entrada no Tribunal de Contas da União do respectivo processo administrativo encaminhado pelo órgão de origem para fins de registro. Precedentes.**
2. Tendo ocorrido a habilitação na forma exigida pela Lei 3.765/1960, inclusive no que se refere à demonstração da dependência econômica, fazem jus os impetrantes à pensão militar reclamada.
3. Ordem concedida. (grifei – MS 31472, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 27/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 11-11-2015 PUBLIC 12-11-2015)”

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO DO TCU QUE CONSIDEROU ILEGAL ATO QUE INCLUIU NOVAS PARCELAS AOS PROVENTOS DO IMPETRANTE, NEGANDO-LHE REGISTRO. OCORRÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

¹⁰ Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido da impossibilidade de aplicação do prazo decadencial enquanto não ocorrer o aperfeiçoamento do ato complexo de concessão de aposentadoria, ou seja, até o julgamento do registro pelo TCU. Entretanto, esta Corte reconheceu o direito ao contraditório e à ampla defesa, **desde que o Tribunal de Contas não examine a legalidade do ato concessivo de aposentadoria ou pensão no prazo de 5 anos, contado da chegada do processo no TCU.** (Precedentes: MS 25.116/DF, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe 10/2/2011; MS 28.576/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 11/6/2014; MS 31.342-AgR/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 10/12/2012).
2. Conforme informações do próprio órgão, o ato foi disponibilizado ao TCU para análise em 22/1/2001 e julgado ilegal pelo Acórdão 2.955/2006, na sessão de 17/10/2006. Houve, portanto, o decurso de 5 anos necessário para que abrisse ao impetrante o direito à ampla defesa e ao contraditório.
3. Agravo regimental a que se nega provimento. (MS 27082 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, em 18/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-175 - PUBLIC 08-09-2015) " (destaques nossos)

O assunto foi enfrentado pelo STF em diversos precedentes, com o entendimento de que o ato de aposentadoria é ato administrativo complexo, que apenas se mostrará perfeito e acabado após sua expedição pelo órgão público e seu registro no TCU. Assim, sem o ato definitivo, somente após a sua apreciação pelo tribunal é que poderá haver participação do interessado para exercer a ampla defesa e o contraditório por meio da interposição de pedido de reexame junto à Corte (recurso cabível).

Entretanto, o longo tempo para análise e os prejuízos a direitos de quem aguarda tal submissão passaram a conduzir o STF a posicionar-se no sentido de que, passados cinco anos da entrada no TCU do respectivo processo administrativo para registro do ato, deverá ser instaurado o contraditório antes de sua apreciação; parece-nos ser mais justo que o marco inicial para contagem do prazo seja o da expedição do ato de aposentadoria pelo órgão de origem.

Ocorre que o Supremo evoluiu mais nesse entendimento. Depois do RE 636553/RS (Tema 445), apontou-se que, se o TCU ultrapassar cinco anos para apreciar a legalidade do ato, não poderá mais revê-lo, considerando-o definitivamente registrado, mesmo sem sua análise:

“Em atenção aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, os Tribunais de Contas estão sujeitos ao prazo de cinco anos para o julgamento da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, a contar da chegada do processo à respectiva Corte de Contas. STF. Plenário. RE 636553/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 19/2/2020 (repercussão geral – Tema 445)”

Como defendemos, e considerando que a Administração Pública que edita o ato é a mesma que o aprecia para fins de registro no TCU, não importando ao cidadão prejudicado se a demora se deu no órgão que editou o ato ou no tribunal administrativo, a contagem desse prazo, de cinco anos, deveria apresentar como marco inicial, não a chegada ao tribunal (o que pode levar anos), mas a edição do ato de aposentadoria, cabendo à Administração procedimentos de organização que permitam ser a entrada no TCU célere ou até imediata e, caso esta se mostre lenta, a responsabilização de quem deu causa à morosidade, e não do cidadão interessado.

4.4 – Procedimentos de Notificação no TCU

O Judiciário entende não existir irregularidade na citação em tomada de contas especial no âmbito do TCU efetuada nos termos legais e regimentais, que estabelecem a possibilidade de notificação por AR Simples (Lei 8.443/92, art. 22, II, c/c o RI/TCU, art. 179, II)¹¹.

O STF, assim, admite a validade e a legalidade do procedimento citatório realizado desta maneira pelo TCU, mesmo que o AR não seja entregue diretamente ao citando, o que gerou diversos questionamentos judiciais.

Neste sentido, cabe apresentar trecho do Agravo Regimental no Mandado de Segurança 25.816, quando é endossada a forma de citação prevista nos normativos do TCU:

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS

¹¹ Art. 22. A citação, a audiência, a comunicação de diligência ou a notificação far-se-á:
I - mediante ciência do responsável ou do interessado, na forma estabelecida no Regimento Interno;
II - pelo correio, mediante carta registrada, com aviso de recebimento;
III - por edital publicado no Diário Oficial da União quando o seu destinatário não for localizado.
Parágrafo único. A comunicação de rejeição dos fundamentos da defesa ou das razões de justificativa será transmitida ao responsável ou interessado, na forma prevista neste artigo.

DA UNIÃO. ART. 179 DO REGIMENTO INTERNO DO TCU. INTIMAÇÃO DO ATO IMPUGNADO POR CARTA REGISTRADA, INICIADO O PRAZO DO ART. 18 DA LEI N. 1.533/51 DA DATA CONSTANTE DO AVISO DE RECEBIMENTO. DECADÊNCIA RECONHECIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O envio de carta registrada com aviso de recebimento está expressamente enumerado entre os meios de comunicação de que dispõe o Tribunal de Contas da União para proceder às suas intimações.

2. O inciso II do art. 179 do Regimento Interno do TCU é claro ao exigir apenas a comprovação da entrega no endereço do destinatário, bastando o aviso de recebimento simples.

3. O prazo decadencial para a impetração do mandado de segurança conta-se da data constante do aviso de recebimento e não admite suspensão ou interrupção.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no MS 25.816/DF, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 12.6.2006, DJ, Seção 1, 4/8/2006, páginas 24/25)" (destaque nosso)

Posteriormente, o Pretório Excelso reafirmou a jurisprudência firmada no Plenário:

"MANDADO DE SEGURANÇA – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TOMADA DE CONTAS ESPECIAL – DESNECESSIDADE DE COMUNICAÇÃO PESSOAL DO INTERESSADO PARA APRESENTAR ALEGAÇÕES DE DEFESA – INTIMAÇÃO POR CARTA REGISTRADA COM AVISO DE RECEBIMENTO COMPROVADAMENTE REALIZADA NO ENDEREÇO RESIDENCIAL – PLENA VALIDADE JURÍDICA DO ATO DE COMUNICAÇÃO REALIZADO NOS TERMOS DO ART. 179, II, DO RITCU – PRECEDENTE ESPECÍFICO DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (MS 25.816-AgR/DF) – ALEGAÇÃO DE QUE O ORA IMPETRANTE NÃO SERIA RESPONSÁVEL PELA INEXECUÇÃO PARCIAL DA OBRA OBJETO DE CONVÊNIO PÚBLICO – SITUAÇÃO DE CONTROVÉRSIA OBJETIVA – ILIQUIDEZ DOS FATOS – INVIALIDADE DA DISCUSSÃO, EM SEDE MANDAMENTAL, SOBRE A RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO ATRIBUÍDA AO ORA IMPETRANTE – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (destaque meu - MS 31.648 AgR, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe-237, public. 3/12/2013)" (destaque nosso)

Trata-se, pois, de mais um tema que apresentamos e que foi objeto de intenso debate no STF, ainda possuindo peculiaridades pouco exploradas, como a citação por AR Mão Própria em casos nos quais esse meio acaba por

prejudicar a defesa (responsável ausente de sua residência, que, em não sendo citado pessoalmente, o é por edital¹²) ou mesmo o esgotamento das tentativas de notificação que não a ficta, mesmo restando meios de citação em outro endereço (hipóteses de prefeitos que podem ser achados no domicílio obrigatório, fixado na sede da prefeitura).

Há outro ponto discutível sobre citação pela Corte de Contas que vale a pena ser mencionado neste trabalho.

Embora o TCU apresentasse posição jurisprudencial que se contentava com a notificação no endereço constante nos cadastros da Receita Federal, seu entendimento atual estabelece a necessidade de esgotarem-se as tentativas de localização em endereços do responsável antes de partir para citação ficta, por edital. Neste sentido:

“Antes de promover a citação por edital, o TCU, para assegurar a ampla defesa, deve buscar ao máximo outros meios possíveis para localizar e citar o responsável, nos limites da razoabilidade, a exemplo das medidas previstas no art. 6º, inciso II, da Resolução-TCU 170/2004, fazendo juntar aos autos documentação ou informação comprobatória dos diferentes meios experimentados que restaram frustrados, como também da impossibilidade em localizá-lo, demonstrando, quando for o caso, que ele está em lugar ignorado, incerto ou inacessível, procedimento que deve ser adotado mesmo quando for lançada pelos Correios a informação ‘não procurado’ no cartão de aviso de recebimento da comunicação processual remetida ao responsável. (Acórdão 2181/2021-Segunda Câmara)”

“A não localização do responsável no endereço constante do Cadastro de Pessoas Físicas da Receita Federal (CPF) não é capaz de gerar, por si só, a presunção de que a pessoa se encontra em lugar desconhecido e incerto para justificar a notificação por edital em processo do TCU. Devem ser realizados outros procedimentos que permitam a conclusão de que foram efetuados significativos esforços para tentar localizar o responsável, a exemplo de pesquisas junto a cadastros de órgãos públicos (ex. departamento de trânsito) ou concessionárias de serviços públicos (ex. empresas de telefonia e de fornecimento de energia elétrica), ou mesmo pesquisas na internet, incluindo redes sociais. (Acórdão 1540/2020-Plenário)”

¹² O próprio TCU já reconheceu nulidade em casos assim, como no Acórdão 1968/2015 – TCU – 1ª Câmara.

“É nula a citação realizada por edital sem que tenham sido previamente esgotadas as tentativas de localização do responsável. (Acórdão 638/2020-Segunda Câmara)”

“A presunção de validade da notificação encaminhada ao endereço contido na base CPF é afastada se existir nos autos outro endereço específico para remessa de comunicações processuais informado pelo responsável. (Acórdão 10127/2018-Primeira Câmara)”

Constatamos, assim, que, embora baste a notificação via AR Simples, caso não se consiga notificar o responsável por tal meio, há a necessidade de exaurir as tentativas de localizá-lo antes da citação editalícia.

4.5 – O Poder de Adoção de Medidas Cautelares pelo TCU

O STF entende que há a possibilidade de o TCU, nos termos de seus normativos internos, adotar medida cautelar para preservação do patrimônio e interesse públicos, inclusive sem oitiva prévia da parte, pela aplicação da teoria dos poderes implícitos.

A atuação cautelar do Tribunal: (i) permite obstrução da ocorrência e eventual recomposição, ainda na execução do contrato, de vultosos prejuízos ao erário decorrentes de sobrepreços, de superfaturamentos ou de quaisquer atos de gestão irregulares; (ii) tem amparo no art. 276 de seu Regimento Interno; e (iii) deita raízes na chamada teoria dos poderes implícitos.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança 24.510, reconheceu que o TCU detém poderes para sustar o pagamento de vantagens indevidas à custa do erário federal (incisos IX e X do art. 71 da Constituição Federal e art. 45 da Lei 8.443/1992), tanto em sede cautelar quanto meritória:

“PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMPUGNAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TCU. CAUTELARES. CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO.”

1- Os participantes de licitação têm direito à fiel observância do procedimento estabelecido na lei e podem impugná-lo administrativa ou judicialmente. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada.

2- Inexistência de direito líquido e certo. O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar

(artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões.

3- A decisão encontra-se fundamentada nos documentos acostados aos autos da Representação e na legislação aplicável.

4- Violação ao contraditório e falta de instrução não caracterizadas. Denegada a ordem. (MS 24510, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 19/11/2003, DJ 19-03-2004)"

O STF denegou a segurança no MS 33.092, no seguinte sentido:

"Mandado de Segurança. 2. Tribunal de Contas da União. Tomada de contas especial. 3. Dano ao patrimônio da Petrobras. Medida cautelar de indisponibilidade de bens dos responsáveis. 4. Poder geral de cautela reconhecido ao TCU como decorrência de suas atribuições constitucionais. 5. Observância dos requisitos legais para decretação da indisponibilidade de bens. 6. Medida que se impõe pela excepcional gravidade dos fatos apurados. Segurança denegada. (MS 33092, Relator Min. GILMAR MENDES, julgado em 24/03/2015)"

Observa-se, dessa forma, mais um tema relativo aos poderes do TCU levado à Corte Suprema e por ela solucionado.

4.6 – Aplicação pelo TCU da Desconsideração da Personalidade Jurídica

O STF também já apreciou a possibilidade de a Corte de Contas desconsiderar a personalidade jurídica de empresa.

Em decisão monocrática (11/11/2013), o Ministro Celso de Mello, relator do MS 32.494/DF, impetrado contra ato do TCU, concedeu a tutela cautelar requerida e suspendeu os efeitos do acórdão guerreado. Apesar disso, ao discorrer sobre a matéria, apontou diversos elementos favoráveis à aplicação, pela Administração Pública, da desconsideração da personalidade jurídica, consoante a seguir demonstrado:

"Tenho para mim, em juízo de mera deliberação (em afirmação compatível, portanto, com esta fase de incompleta cognição), que o E. Tribunal de Contas da União, ao exercer o controle de legalidade sobre os procedimentos licitatórios sujeitos à sua jurisdição, possuiria atribuição para estender a outra pessoa ou

entidade envolvida em prática comprovadamente fraudulenta ou cometida em colusão com terceiros a sanção administrativa que impôs, em momento anterior, a outro licitante (ou contratante), desde que reconheça, em cada situação que se apresente, a ocorrência dos pressupostos necessários à aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, pois essa prerrogativa também comporia a esfera de atribuições institucionais daquela E. Corte de Contas, que se acha instrumentalmente vocacionada a tornar efetivo o exercício das múltiplas e relevantes competências que lhe foram diretamente outorgadas pelo próprio texto da Constituição da República.

Isso significa que a atribuição de poderes explícitos ao Tribunal de Contas, como enunciados no art. 71 da Lei Fundamental da República, supõe que se lhe reconheça, ainda que por implicitude, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário e ao ordenamento positivo.

(...)

De outro lado, e a despeito de o instituto da desconsideração da personalidade jurídica somente haver sido objeto de regulação legislativa em tempos mais recentes, (...) parece-me que a ausência de autorização legal outorgando ao Tribunal de Contas da União competência expressa para promover ‘the lifting of the corporate veil’ não violaria, aparentemente, o postulado da legalidade, eis que a aplicação, em nosso sistema jurídico, da ‘disregard doctrine’, como sabemos, precedeu, em muitos anos, a própria edição dos diplomas legislativos anteriormente referidos, como resulta de decisões proferidas por nossos Tribunais judiciais (...) e reconhece o magistério da doutrina (...).

É importante acentuar que a aplicação do instituto da desconsideração (‘disregard doctrine’), por parte do Tribunal de Contas da União, encontraria suporte legitimador não só na teoria dos poderes implícitos, mas, também, no princípio constitucional da moralidade administrativa, que representa um dos vetores que devem conformar e orientar a atividade da Administração Pública (CF, art. 37, ‘caput’), em ordem a inibir o emprego da fraude e a neutralizar a prática do abuso de direito, que se revelam comportamentos incompatíveis com a essência ética do Direito.

Torna-se relevante observar que a denominada ‘disregard doctrine’ representa um importante contributo teórico que permite ao Estado, agindo na perspectiva de uma dada

situação concreta, afastar, ‘hic et nunc’, de modo pontual, a personalidade jurídica de determinada entidade, em ordem a neutralizar a ocorrência de confusão patrimonial, de desvio de finalidade, de práticas abusivas e desleais ou de cometimento de atos ilícitos, além de, no plano das relações jurídicas com a Pública Administração, também prevenir ofensa ao postulado da moralidade e de resguardar a incolumidade do erário.

É por essa razão que o princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle externo de todos os atos, quer os emanados do Poder Público, quer aqueles praticados por particulares que venham a colaborar com o Estado na condição de licitantes ou contratados e que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos órgãos e agentes governamentais.

Impõe-se registrar, por necessário, ainda que esta afirmação não envolva qualquer manifestação conclusiva sobre a presente controvérsia mandamental, que a possibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica por órgãos administrativos, desde que utilizada como meio de coibir o abuso de direito e o desrespeito aos princípios que condicionam a atividade do Estado, tem sido reconhecida por autorizado magistério doutrinário (...).

É importante reconhecer que a pessoa jurídica não pode ser manipulada, com o ilícito objetivo de viabilizar o abuso de direito e a prática de fraude, principalmente no que concerne aos procedimentos licitatórios, pois essas são ideias que se revelam frontalmente contrárias ao dever de moralidade e de probidade, que constituem deveres que se impõem à observância da Administração Pública e dos participantes. O licitante de má-fé, por isso mesmo, deve ter a sua conduta sumariamente repelida pela atuação das entidades estatais e de seus órgãos de controle, que não podem tolerar o abuso de direito e a fraude como práticas descharacterizadoras da essência ética do processo licitatório.

Todas as considerações que venho de fazer, ainda que expostas em sede de sumária cognição e fundadas em juízo meramente precário (sem qualquer manifestação conclusiva, portanto, em torno da postulação mandamental), levar-me-iam a denegar o pleito cautelar ora deduzido na presente causa.

Ocorre, no entanto, que razões de prudência e o reconhecimento da plausibilidade jurídica da pretensão deduzida pela parte imetrante impõem que se outorgue, na espécie, a pretendida tutela cautelar, seja porque esta Suprema Corte ainda não se pronunciou sobre a validade da aplicação da ‘disregard doctrine’ no âmbito dos

procedimentos administrativos, seja porque há eminentes doutrinadores, apoiados na cláusula constitucional da reserva de jurisdição, que entendem imprescindível a existência de ato jurisdicional para legitimar a desconsideração da personalidade jurídica (o que tornaria inadmissível a utilização dessa técnica por órgãos e Tribunais administrativos), seja porque se mostra relevante examinar o tema da desconsideração expansiva da personalidade civil em face do princípio da intranscendência das sanções administrativas e das medidas restritivas de direitos, seja, ainda, porque assume significativa importância o debate em torno da possibilidade de utilização da ‘*disregard doctrine*’, pela própria Administração Pública, agindo ‘*pro domo sua*’, examinada essa específica questão na perspectiva do princípio da legalidade.”

Nessa linha de entendimento, a jurisprudência do Supremo tem se manifestado favoravelmente à aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica pelo TCU. Entretanto, é necessário fazê-lo com cuidado e critério, diante da **constatação** de atuação **dolosa** quando da utilização indevida da personalidade jurídica por sócios e administradores que tenham cometido fraude ou abuso de direito, desvirtuando a função social da própria propriedade e da empresa, com confusão patrimonial; a excepcionalidade da adoção da medida e o preenchimento rigoroso de seus requisitos podem ser objeto de controle pelo Judiciário.

4.7 – Julgamento de Processos de Contas Anuais Irregulares sem a Oitiva do Responsável

O TCU, em algumas oportunidades, promove o sobrestamento de processos de contas anuais para que, em processos de fiscalização (como representações), apure condutas de determinados gestores diante da possibilidade de essa avaliação afetar o julgamento das referidas contas.

Caso se entenda, no processo de fiscalização, ter havido alguma irregularidade a gerar prejuízo à Fazenda Pública, há a sua conversão em tomada de contas especial, devendo o responsável ser então citado para integrar a TCE, como ocorre na praxe do TCU, intervindo o Poder Judiciário no caso de o procedimento citatório não ocorrer:

“Quanto ao mais, a questão controvertida no caso dos autos diz com a necessidade de citação de pessoa alcançada por decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União em processo de tomadas de contas especial resultante de conversão de procedimento de representação anterior, no qual já houvera sido possibilitada a oitiva para a apresentação das razões de defesa.

Tal o contexto, a tese veiculada nas apelações da União e do MPF conflita inofismável e frontalmente com as disposições do art. 5º, LV, da Constituição Federal e, no âmbito infraconstitucional, com o art. 3º, III, da Lei 9.784/99 e com o art. 31 da Lei 8.443/921, norma especial que rege o processo de Tomada de Contas especial instaurados pelo TCU.

A dicção desse último dispositivo, aliás, é taxativa quanto à obrigatoriedade da observância da ampla defesa em todas as etapas do processo de tomada de contas, o que por si só já se mostra bastante para fulminar a alegação de sua desnecessidade, nas hipóteses em que a defesa tiver sido realizada em etapa anterior.

Ainda que inexistasse essa regra expressa, a tese recursal de que a oitiva do autor na fase antecedente já seria suficiente para o exercício de sua defesa no processo de tomada de contas não resistiria a um exame mais acurado, porquanto evidente que a instauração da tomada de contas resultou da verificação de que os atos anteriormente apurados e imputados ao representado passaram a ser considerados como dotados de uma gravidade maior, propiciadora, inclusive, de sanções de natureza civil, administrativa, eleitoral e, eventualmente, criminal.

(...)

Como visto, sob qualquer prisma que se analise a questão, a conclusão a que se chega não pode ser outra se não a de que o direito do apelado de defender-se das imputações que lhe foram dirigidas com a finalidade de evitar as consequências deletérias de um processo de Tomada de Contas Especial foi clara e flagrantemente desrespeitado, daí porque a manutenção da sentença é medida que se impõe. (APELAÇÃO CÍVEL N. 0052026-04.2014.4.01.3400/DF Nº Lote: 2019068325 - 3_1 - APELAÇÃO CÍVEL N. 0052026-04.2014.4.01.3400/DF, RELATOR: DESEMBARGADORA FEDERAL DANIELE MARANHÃO COSTA.”

O caso acima restou ementado da seguinte forma:

“E M E N T A: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO.
ANULAÇÃO DE ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TCU.
PROCESSO DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL.

JULGAMENTO PELA IRREGULARIDADE DAS CONTAS DO AUTOR. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO PARA O OFERECIMENTO DE DEFESA. NULIDADE CONFIGURADA. CIENTIFICAÇÃO ANTERIOR NA FASE DE REPRESENTAÇÃO. INSUFICIÊNCIA. SENTENÇA CONFIRMADA. 1. A simples científicação do interessado para a apresentação de justificativas em procedimento de representação, no âmbito do TCU, não supre a obrigatoriedade de sua citação no processo de tomada de contas especial daquela resultante, considerando-se que a instauração da TCE tem como pressuposto o reconhecimento da maior gravidade dos fatos analisados, além de possuir o potencial de resultar em sanção mais gravosa o que, na espécie, veio de fato a ocorrer. 2. Hipótese em que, além da confirmação da multa de R\$5.000,00 fixada na fase de representação, o apelado teve suas contas julgadas como irregulares nos Acórdãos 193/2013 e 1.066/2011, ambos do TCU, evidenciando-se que a falta de sua citação inquinava a nulidade o processo no qual tais decisões foram proferidas. 4. Apelações e remessa oficial, tida por interposta, a que se nega provimento.”

Observa-se, assim, que, mesmo tendo oportunidade de defesa em processo de fiscalização, no caso **representação**, seria necessária a citação dos responsáveis para se defenderem em TCE que apure os mesmos fatos, no sentido de identificar a existência de prejuízo ao erário e os responsáveis, além de quantificar o valor.

Pode ocorrer, no entanto, de estarmos diante de processos de contas anuais que o TCU sobrestará para apurar irregularidades investigadas em processos de fiscalização, chamando os responsáveis para se escudarem; caso julgue haver alguma irregularidade que não possua o condão de gerar prejuízos ao erário, apenas aplicará sanções, mas não converterá os autos em TCE, cujo objetivo consiste em apurar prejuízos à Fazenda Pública.

Nesse caso, a irregularidade observada em processo de fiscalização (por exemplo, representação) pode influir nas contas anuais do gestor, que estavam sobrerestadas, fazendo com que sejam julgadas irregulares.

Acontece que é prática no TCU não citar responsáveis à defesa em processos de contas anuais que estavam sobrerestados, porquanto numa representação, por exemplo, a eles já se franquearam oportunidades para tanto

em relação às irregularidades suscitadas. Assim, sem citá-los, a Corte de Contas parte diretamente para o julgamento pela irregularidade das contas dos gestores.

Entendemos que essa prática é ilegal, pois fere claramente os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

Ora, o fato de existir sanção em processo de fiscalização referente a atos de gestão daquele ano **não conduz, necessariamente, ao julgamento pela irregularidade das contas**. Assim, o responsável precisaria ter oportunidade de se defender e demonstrar que aquele julgamento não comprometeu sua gestão anual e, em confronto com os demais atos e até mesmo com a extensão dos recursos geridos, tentar demonstrar que suas contas deveriam ser julgadas **regulares com ressalva**.

Além de ferir os princípios constitucionais ligados à defesa e os muito bem lançados fundamentos da decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região citados alhures e que também se aplicam perfeitamente a esta outra hipótese, é certo que o procedimento em tela ainda desrespeita normativos internos do TCU.

Nos termos do §5º do artigo 250 de seu Regimento Interno¹³, a aplicação de multa não implica o prejuízo das contas ordinárias, devendo ser analisado todo o contexto da gestão anual para que aquelas sejam crivadas.

Ora, em sede de contas anuais, a aplicação de sanção em outro processo não constitui motivo, isoladamente, para macular a gestão, devendo-se considerar a relevância daquele montante sobre a gestão anual.

Em precedentes que analisam o assunto, o TCU assim se manifestou:

“O fato de o gestor ter sido multado em processo de fiscalização não implica, necessariamente, no julgamento pela irregularidade de suas contas ordinárias. A ausência de irregularidades graves o suficiente para macular a gestão do responsável possibilita ao TCU formar o juízo pela regularidade com ressalva.

**Acórdão 11445/2011-Segunda Câmara | Relator:
RAIMUNDO CARREIRO”**

Em seu voto, o Ministro Relator Raimundo Carreiro pontuou:

¹³ **Art. 250.** Ao apreciar processo relativo à fiscalização de atos e contratos, o relator ou o Tribunal:

[...]

§ 5º A aplicação de multa em processo de fiscalização não implicará prejuízo das contas ordinárias da unidade jurisdicionada, devendo o fato ser considerado no contexto dos demais atos de gestão do período envolvido.

“Em linha de consonância com o entendimento exarado pela Representante do MP/TCU em seu Parecer (fls. 341/342 do Volume 1), comprehendo que o fato de o gestor ter sido multado em processo de fiscalização não implica, necessariamente, no julgamento pela irregularidade de suas contas. Esse posicionamento está embasado no § 5º do art. 250 do RI/TCU.

14. Demais disso, há que se ter em conta que ao reduzir a multa de R\$ 31.481,00 (Acórdão nº 887/2007-Plenário) para R\$ 5.000,00 (Acórdão nº 2058/2007-Plenário) o TCU, de certa forma, relativizou a gravidade da ocorrência, diante da grande materialidade dos valores geridos no exercício de 2005.

15. Outro ponto importante a considerar é que na gestão analisada não foram detectadas irregularidades graves o suficiente para macular a gestão dos responsáveis.”

Esse mesmo entendimento foi adotado em outros processos, como se observa do teor do voto condutor do Acórdão 7126/2020 – TCU – 2ª Câmara, em processo cuja defesa foi por nós conduzida:

“4. Em sua manifestação, a Serur propõe dar provimento ao recurso interposto, para reformar a decisão recorrida e julgar regulares com ressalva as contas do recorrente, porquanto evidenciou falhas que não resultaram dano ao Erário, nos termos do art. 16, inciso II, da Lei 8.443/1992.
(...)

9. Assim, é necessário reconhecer que, no presente caso, o descumprimento pontual de determinação não é razão suficiente para o julgamento das contas pela irregularidade, uma vez que as ações adotadas pelo gestor foram no sentido de alcançar os objetivos pretendidos na decisão descumpriida e que não se encontraram outros fatos desabonadores nos demais atos de gestão analisados no exercício.”

O entendimento não poderia ser em outra direção, pois, além da previsão expressa no acima citado §5º do artigo 250 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, o artigo 31 da Lei 8.443/1992 – sua Lei Orgânica – desta forma disciplina a matéria:

“Art. 31. Em todas as etapas do processo de julgamento de contas será assegurado ao responsável ou interessado ampla defesa.”

Observa-se, claramente, que a ausência de citação para defesa em processos de contas anuais pelo simples fato de já ter havido possibilidade de

intervenção do responsável em processo anterior de representação (fiscalização) indica **irregularidade formal grave e patente ilegalidade**, passíveis de correção via judicial, pois o objeto do processo de fiscalização (apuração de irregularidade pontual e aplicação de sanção) é distinto do objeto do processo de contas (regularidade, regularidade com ressalva ou irregularidade das contas daquele ano).

Ademais, ter se defendido quanto a irregularidade apontada em representação não esgota as possibilidades de defesa, que podem ser manejadas no processo de contas, no qual pode ocorrer julgamento pela regularidade com ressalva das contas anuais, mesmo tendo havido aplicação de sanção por fatos referentes àquele ano, como demonstram precedentes citados neste trabalho e até mesmo normativos do TCU e sua Lei Orgânica.

As consequências do julgamento pela irregularidade das contas pelo TCU podem, por fim, afetar direitos políticos dos responsáveis, que são direitos fundamentais, vindo a impactar seu direito político passivo (de ser votado), previsto no artigo 14 da Constituição Federal, em face do que é estabelecido no art. 16, inciso I, alínea g, da Lei Complementar 64/1990:

“Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

(...)

g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;”

Todo o apresentado neste tópico, portanto, demonstra a seriedade com que precisa ser observada a questão da ampla defesa e contraditório **efetivos** nos processos de contas.

5. Conclusão

O objetivo deste trabalho foi o de demonstrar a intensa atuação do Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, no controle do exercício das competências constitucionais atribuídas ao Tribunal de Contas da União e dos poderes delas decorrentes.

Parece que o objetivo foi cumprido, uma vez que grande quantidade de precedentes foi apresentada e analisada. Entretanto, são necessários trabalhos de maior fôlego, como novos artigos e até mesmo tese de doutorado, que examinem, de maneira crítica, a plêiade de assuntos relacionados à atuação do TCU e seu controle, além de atinentes ao esforço perpetrado pela Corte de Contas e pelo Supremo com vistas a proteger os controlados de abusos e ilegalidades, dadas a quantidade e a relevância das competências constitucionalmente outorgadas ao Tribunal de Contas da União.