



Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito

ODIR DE SOUZA CARDOSO NETO

**ELEMENTOS DO ATIVISMO JUDICIAL NA ANÁLISE DO TRIBUNAL DE
CONTAS DA UNIÃO ACERCA DOS PRAZOS DE PRESCRIÇÃO**

*Elements of judicial activism in the Federal Court of Accounts' analysis of the statute of
limitations*

Brasília

2025

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

**ELEMENTOS DO ATIVISMO JUDICIAL NA ANÁLISE DO TRIBUNAL DE
CONTAS DA UNIÃO ACERCA DOS PRAZOS DE PRESCRIÇÃO**

Autor: Odir de Souza Cardoso Neto

Orientador: Prof. Dr. Márcio Iorio Aranha

Monografia apresentada como requisito parcial
para a conclusão da Graduação em Direito e
obtenção do grau de Bacharel em Direito pela
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília

Brasília, 05 de fevereiro de 2025.

FOLHA DE APROVAÇÃO
ODIR DE SOUZA CARDOSO NETO

ELEMENTOS DO ATIVISMO JUDICIAL NA ANÁLISE DO TRIBUNAL DE
CONTAS DA UNIÃO ACERCA DOS PRAZOS DE PRESCRIÇÃO

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília.

Aprovada em: ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Márcio Iorio Aranha
(Orientador – Presidente)

Marcelo Lima dos Anjos
(Membro)

Leonardo Leite Chaves
(Membro)

Prof. Dr. Othon de Azevedo Lopes
(Suplente)

Agradecimentos

A Deus, pelas oportunidades oferecidas.

A minha família, por sempre me apoiar durante essa longa jornada.

A Louise, o amor da minha vida, por toda ajuda durante os momentos difíceis.

Aos meus professores, por todo conhecimento compartilhado.

E aos meus amigos, por estarem sempre ao meu lado, mesmo que do outro lado do país.

FICHA CATALOGRÁFICA

N469e Souza Cardoso Neto, Odir.
ELEMENTOS DO ATIVISMO JUDICIAL NA ANÁLISE DO TRIBUNAL DE
CONTAS DA UNIÃO ACERCA DOS PRAZOS DE PRESCRIÇÃO / Odir
Souza Cardoso Neto; orientador Marcio Iorio Aranha. --
Brasília, 2025.
69 p.

Monografia (Graduação - Direito) -- Universidade de
Brasília, 2025.

1. Tribunal de Contas da União. 2. Ativismo Judicial. 3.
Prescrição. I. Iorio Aranha, Marcio, orient. II. Título.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

NETO, Odir de Souza Cardoso (2024). Elementos do ativismo judicial na análise do Tribunal de Contas da União acerca dos prazos de prescrição. Monografia Final do Curso em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília–DF, p.69

Sumário

Introdução	10
Desenvolvimento.....	13
1. Definindo ativismo judicial.....	13
1.1 A separação e harmonia entre os três poderes	13
1.2 As diferentes visões sobre o ativismo judicial	16
1.2.1 Ativismo judicial conforme a doutrina norte-americana	17
1.2.2 Ativismo judicial conforme a doutrina brasileira	19
1.2.3 As virtudes do ativismo judicial	24
1.3 Os principais elementos do ativismo judicial	25
1.4 A aplicação do ativismo judicial ao TCU	28
2. Atuação do TCU nos casos de análise de prescrição	33
2.1 Breve visão histórica da prescrição	33
2.2 A importância da prescrição	34
2.2.1 Da prescrição das ações de ressarcimento ao erário	39
2.3 Evolução da visão do TCU a respeito da prescrição	41
2.4 Análise da definição dos marcos iniciais de contagem da prescrição	49
2.5 Análise da definição de marcos interruptivos da prescrição	52
2.6 Identificando os elementos do ativismo judicial na atuação do TCU	54
Conclusão.....	58
Bibliografia	61

Resumo

O Tribunal de Contas da União (TCU) e o Supremo Tribunal Federal (STF) possuem, historicamente, visões conflituosas a respeito da prescrição dos processos administrativos de ressarcimento ao erário. Em 2022, a fim de padronizar o entendimento de ambos os tribunais, o TCU publicou a Resolução Normativa nº 344/2022, que regulamentou a prescrição das pretensões punitivas e de ressarcimento. Entretanto, em decisões recentes, o TCU tem atuado de maneira a retomar a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, especialmente ao estabelecer inúmeros marcos interruptivos. Portanto, o presente trabalho propõe analisar a atuação do TCU quanto à prescrição, especialmente em face da jurisprudência do STF, com o intuito de identificar elementos análogos ao ativismo judicial.

Palavras-chave: Prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória; Tribunal de Contas da União; Ativismo Judicial; Supremo Tribunal Federal.

Abstract

The Federal Court of Accounts (TCU) and the Supreme Federal Court (STF) have, historically, had conflicting visions about the statute of limitations in administrative proceedings about compensation to the State Treasury. In 2022, to standardize both courts' understanding, the TCU published Normative Resolution No. 344/2022, which regulated the statute of limitations for punitive and reimbursement claims. However, in recent decisions, the TCU has acted in such a way as to re-establish the unlimited statute of limitations in proceedings for compensation to the State Treasury, especially by establishing numerous interrupting milestones. Therefore, this paper aims to analyze the TCU's actions in relation to the statute of limitations, especially in light of the STF's jurisprudence, in order to identify elements analogous to judicial activism.

Keywords: Statute of limitations; Federal Court of Accounts; Judicial Activism; Federal Supreme Court.

Lista de Siglas e Abreviaturas

<i>TCU</i>	<i>Tribunal de Contas da União</i>
<i>STF</i>	<i>Supremo Tribunal Federal</i>
<i>CF/88</i>	<i>Constituição Federal de 1988</i>
<i>MS</i>	<i>Mandado de Segurança</i>
<i>RE</i>	<i>Recurso Extraordinário</i>
<i>REsp</i>	<i>Recurso Especial</i>
<i>Ag. Reg.</i>	<i>Agravo Regimental</i>

INTRODUÇÃO

Nos debates atuais acerca da atuação dos tribunais no cenário político brasileiro percebe-se que o foco, especialmente midiático, encontra-se em torno das decisões Supremo Tribunal Federal, cujos principais críticos afirmam que o tribunal está se tornando cada vez mais político ao decidir sobre tópicos de grande controvérsia, como, por exemplo, o RE 635659, onde se discute a aplicação do artigo 28 da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), que prevê sanções alternativas - como medidas educativas, advertência e prestação de serviços - para a compra, porte, transporte ou guarda de drogas para consumo pessoal, preenchendo o vácuo jurídico deixado pelos legisladores. Essa atuação do STF em assuntos de grande impacto político é frequentemente criticada, sendo denominada de “ativismo judicial”, expressão criada pelo historiador e intelectual Arthur M. Schlesinger Jr. em um artigo no qual foi feita uma análise dos perfis dos juízes que compuseram a Suprema Corte dos Estados Unidos¹.

Por outro lado, o Tribunal de Contas da União, em sua função constitucional² como principal órgão de controle externo do governo federal e auxiliar do Congresso Nacional no acompanhamento na execução orçamentária, não costuma ser alvo das mesmas críticas. Assim como o STF, o TCU, por meio de seus acórdãos, atua sobre vazios legislativos, dando novas interpretações às leis existentes, como quando estabeleceu novos critérios para aceitação de alteração de contrato administrativo em valor excedente ao limite estabelecido na Lei nº 8.666/1993³ e vinculou a eficácia dos acordos de leniência à participação do próprio tribunal.⁴

Ao estudar a jurisprudência do TCU, percebe-se que não havia o reconhecimento da possibilidade de prescrição dos processos de ressarcimento, conforme disposto pela Súmula 282 de 2012⁵. A aplicação do instituto da prescrição nos processos administrativos do TCU

¹ Arthur M. Schlesinger, Jr., *The Supreme Court: 1947*, Fortune, jan. 1947

² BRASIL, Constituição (1988). Artigos 33, §2º, 70, 71, 72, §1º, 74, §2º, 159-A, §5º e 161, parágrafo único.

³ Decisão no 215/1999–TCU-Plenário

⁴ Acórdão 239/2024 – Plenário

⁵ SÚMULA TCU 282: As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis.

deu-se início após a decisão do STF no RE 636886 fixar o Tema 899⁶, segundo o qual a prescrição no TCU deve ser regradada nos moldes da Lei nº 9.873/99.

Com intuito de se adequar ao entendimento do STF, o TCU aprovou a Resolução nº 344/2022, que regula os prazos de cinco anos para a prescrição e de três anos para a prescrição intercorrente, além de estabelecer o prazo inicial de contagem e os marcos interruptivos da prescrição.

Entretanto, após a publicação da referida resolução, ao analisar os recentes acórdãos do TCU, percebe-se que o tribunal tem atuado de maneira a retomar a tese de imprescritibilidade das ações punitivas e de ressarcimento ao erário por meio do uso da referida resolução para justificar a existência de um número excessivo de marcos interruptivos, a ponto de processos que tiveram início a mais de quinze anos não terem a sua prescrição reconhecida. Além disso, há aspectos da resolução que estão em conflito com o disposto pela Lei nº 9.873/99, como por exemplo a contagem do marco inicial da prescrição, o que contraria a jurisprudência do STF, gerando insegurança jurídica àqueles submetidos à persecução do TCU.

Portanto, o presente trabalho busca revisar as principais definições do termo “ativismo judicial” e aplicá-las a casos práticos de análise de prescrição do TCU a fim de averiguar se, mesmo se tratando de um tribunal administrativo, há na atuação do TCU elementos análogos ao ativismo judicial, especialmente ao se tratar dos prazos de prescrição.

Para tal objetivo, é necessário antes delimitar uma teoria com a qual será possível melhor definir ativismo judicial. A escolhida é a do Dr. Carlos Alexandre de Azevedo Campos, professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Conselheiro Titular da OAB, que com base nos estudos de Arthur Schlesinger, Keenan Kmieciak e Min. Luís Barroso, definiu o ativismo judicial como uma combinação dos seguintes fatores: ausência de deferência judicial às decisões prévias tomadas pelos demais poderes políticos, desrespeito aos precedentes, criação judicial do Direito, dirigismo em matéria de políticas públicas, expansão do campo de atuação do tribunal ao decidir controvérsias que não estão em seu alcance usual, decisões para atingir um resultado específico e decisões seguindo determinado alinhamento partidário. Consequentemente, caso haja a identificação de um ou mais desses fatores nas decisões do TCU sobre a prescrição a serem analisadas, pode-se afirmar que há na atuação do tribunal elementos análogos ao ativismo judicial.

⁶ Tema 899: É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas.

O problema a ser respondido é o seguinte: “É possível encontrar nas decisões do Tribunal de Contas da União que tratam da prescrição das pretensões punitivas e ressarcitórias elementos análogos ao ativismo judicial?”. A resposta provisória é de que as ações do TCU possuem características análogas ao ativismo judicial, e, conseqüentemente, geram insegurança jurídica. Alternativamente, pode-se chegar à conclusão de que não há indícios de ativismo na atuação do TCU, e que em realidade é a atuação do STF que se encontra inadequada ao invadir a competência do TCU e restringir a independência dos processos administrativos.

O estudo irá focar apenas nos casos do Tribunal de Contas da União onde ocorre a análise de prescrição cujos acórdãos decisivos sobre a configuração ou não da prescrição foram publicados apenas após a Resolução nº 344/2022, em 11 de outubro de 2022. A tese também se limita apenas sobre os casos de prescrição, não buscando analisar se há elementos de ativismo judicial nas decisões do TCU sobre demais aspectos processuais ou diferentes tópicos.

O primeiro capítulo deste trabalho irá aprofundar a teoria selecionada a fim de melhor delimitar o termo “ativismo judicial” e sua aplicabilidade nos processos do TCU. O segundo capítulo irá realizar uma revisão sobre a importância da prescrição e a visão histórica do TCU a respeito do tema, para em seguida ser feita análise de diferentes acórdãos do tribunal, conforme os diferentes aspectos da prescrição de que cada um trata: o primeiro será composto de acórdãos que discutem acerca da definição do marco inicial de contagem do prazo e o segundo os que realizam a definição dos marcos interruptivos da prescrição.

DESENVOLVIMENTO

1. DEFININDO ATIVISMO JUDICIAL

1.1 A separação e harmonia entre os três poderes

A fim de melhor compreender o ativismo judicial, é necessário discutir a respeito do princípio da separação dos poderes, previsto no artigo 2º da Constituição Federal⁷, estabelecendo a importância da independência e harmonia entre os poderes Judiciário, Legislativo e Executivo.

Conforme o professor José Afonso da Silva⁸, a divisão dos poderes pode ser identificada por meio de dois elementos. Primeiro, a especialização funcional trata do fato de que cada um dos órgãos dos três poderes possui respectivamente uma função principal na qual se especializa, sem extrapolar o seu campo de atuação. Por exemplo os tribunais de justiça, que apesar de também realizarem decisões de cunho administrativo, possuem como atribuição principal a efetivação do Poder Judiciário. Portanto, não seria permitido a órgãos do poder executivo, por exemplo, intervir na atuação do tribunal e definir como ele deve ou não julgar os casos que enfrenta. Em contrapartida, não poderá o tribunal elaborar as leis que irá aplicar, pois é a atividade de competência principal dos órgãos do poder legislativo.

Já o segundo elemento é que cada órgão funciona de modo independente, sem haver uma subordinação de um poder ao outro. Logo, desde que dentro dos limites constitucionais, cada órgão é livre para decidir sua própria organização, escolher os membros que o compõem e não necessita de permissão dos outros poderes para atuar na sua especialização.

Importante notar que os elementos são essenciais, mas não absolutos. Existem diversos mecanismos de equilíbrio entre os poderes, onde interferências são realizadas de maneira controlada e constitucional, a fim de manter o funcionamento harmônico entre os poderes.

⁷ CF/88, Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁸ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 41º ed. - São Paulo, p. 111 a 113.

Cita-se, por exemplo, o veto presidencial⁹, que permite ao poder executivo intervir de maneira limitada no processo de elaboração de normas do poder legislativo.

Observa-se então que para a continuidade da harmonia entre os poderes é necessário que haja respeito às competências legais de cada um. A lei é o limite da atuação, essencial para a preservação da segurança jurídica, protegendo a população contra as arbitrariedades dos poderes.

De acordo com o professor Elival da Silva Ramos¹⁰ o Estado democrático nasce sob o signo da juridicização do poder, que, dado o êxito do movimento jurídico-político que ficou conhecido como constitucionalismo, no qual se preconiza a afirmação do estado ao mesmo tempo que este se encontra submetido ao direito se tornou sinônimo de Estado constitucional, em que uma das peças-chave, inquestionavelmente, é o princípio da separação dos Poderes.

Ramos pontua que o princípio do constitucionalismo e sua separação de poderes nasce com Montesquieu. Até a idade Moderna, prevalecia a ideia de que o êxito de um sistema de governo, no sentido de maior favorecimento ao bem comum, dependia principalmente da distribuição de seu exercício entre as principais forças sociais, ao invés da separação das funções estatais entre diferentes órgãos de poder, vale dizer, antes da concretização do ideal do governo misto do que da separação de Poderes.

No Capítulo VI, do Livro XI, de O espírito das leis, Charles Louis de Secondat, a pretexto de descrever a Constituição da Inglaterra, faz a defesa enfática da monarquia limitada, em que as três funções estatais então por ele identificadas (legislativa, executiva e judiciária) são atribuídas a órgãos distintos, dotados de prerrogativas de independência institucional (Poderes), disso resultando um sistema de freios e contrapesos inibidor de abusos e altamente benéfico à liberdade individual.

Pode-se afirmar que as funções estatais se alteram em comparação à sua visão inicial para que se tenha a propósito das finalidades do Estado, mas, também, o número de órgãos constitucionalmente previstos varia em face da maior ou menor amplitude do catálogo de atividades a serem por eles desempenhadas. Ademais, se em um Estado que se ocupe, primordialmente, da contenção do poder a rígida distribuição de funções, com hipóteses restritas de interpenetração de competências, se afigura satisfatória, no contexto de um Estado

⁹ CF/88, Art.66 § 1º: Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

¹⁰ RAMOS, Elival da S. Ativismo judicial : parâmetros dogmáticos, p. 69

que combine a proteção da liberdade com a construção da igualdade, o rateio funcional há que assumir contornos profundamente diversos, compatíveis com a necessária eficiência na atuação estatal, admitindo-se, sem pudores, o compartilhamento de atividades e o exercício de múltiplas funções por um mesmo órgão.

O princípio da separação dos Poderes envolve uma articulação entre os órgãos e as funções do Estado, apresentando “um princípio organicamente referenciado e funcionalmente orientado”.¹¹

Ressalta-se a importância de se ter presente que o cuidado da separação entre as estruturas orgânicas que exercem o poder estatal, em razão de um critério funcional, não tendo de que se falar em quebra da unidade do poder do Estado. Os atos por meio dos quais se manifesta a vontade do Estado podem ser vistos sob o prisma formal ou material. Sob o ângulo formal, os atos estatais são ordenados considerando-se a qualidade do órgão dos quais emanam ou a forma da qual são revestidos, que, em regra, está associada ao órgão competente para produzi-los. Já sob o ângulo material é considerado o conteúdo do ato independentemente do órgão do qual emana e da forma que o reveste.

As Constituições que consagram o Estado de Direito jamais deixam de indicar quais são os órgãos titulados ao exercício do poder estatal. No entanto, como bem nota o constitucionalista português Jorge Miranda¹², nem sempre indicam, de modo direto e claro, quais funções cada órgão deverá exercer preferencialmente em relação aos demais, e mais raramente ainda se ocupam da caracterização material dessa atividade. Ambas as tarefas acabam sendo cumpridas pela doutrina e pelos agentes do sistema, tendo como referencial o elenco de atos incluídos no rol de competências dos órgãos de poder.

Por outro lado, como as atividades estatais interagem entre si, o exercício de função que se aparte de suas características materiais intrínsecas acabará, inevitavelmente, resultando em interferência indevida na esfera de competência de outro Poder. O exemplo clássico é quando o Poder Judiciário realiza o controle de constitucionalidade de uma lei elaborada pelo Poder Legislativo. Apesar de estar cumprindo com sua função constitucional de controle, o judiciário acaba por influenciar como o legislativo deve elaborar novas normas, a fim de evitar que sejam impugnadas por possuírem vícios inconstitucionais.

¹¹ IBIDEM, p.117

¹² MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional, p.21

Esclarecida a importância da separação dos Poderes, conclui-se que o ativismo judicial é, principalmente, a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento das demais funções do Estado. A observância da separação dos Poderes importa na manutenção dos órgãos do Judiciário nos limites da função jurisdicional que lhes é confiada e para cujo exercício foram estruturados.

Nos estados democráticos com intervenção de poderes, a subversão dos limites impostos à criatividade da jurisprudência, implica a deterioração do exercício da função jurisdicional, cuja autonomia é inafastável sob a vigência de um Estado de Direito, afetando-se, inexoravelmente, as demais funções estatais, configurando gravíssima agressão ao princípio da separação dos Poderes.

A liberdade de criação deferida pela Constituição aos juízes de direito é reduzida quando comparada com a reservada ao Poder Legislativo. Enquanto o Legislativo possui uma ampla liberdade para a elaboração ou alteração das normas, as decisões judiciais devem possuir as devidas justificativas, baseadas nas normas constitucionais e legais, com forte sustento doutrinário.

Portanto, quando o Poder Judiciário, durante o exercício da função de aplicador das leis, distorce extensivamente as normas a modo de atribuí-las interpretações próprias, divergindo das intenções do Legislativo, ele passa a invadir a competência do outro poder, em detrimento das suas funções especializadas, prejudicando a manutenção do princípio da harmonia. Logo, o primeiro elemento do ativismo judicial, com base nas definições de José Afonso da Silva e Elival Ramos, é a atuação do Poder Judiciário para além dos limites legais de sua competência, de modo a infringir o princípio constitucional da harmonia entre os poderes.

1.2 As diferentes visões sobre o ativismo judicial

Inicialmente, importante ressaltar que não é o objetivo do presente trabalho realizar uma análise categórica de todas as visões e definições sobre ativismo judicial, mas sim demonstrar a existência de divergências sobre o tema e a dificuldade de enquadrar objetivamente o que pode ser considerado ou não como ativismo judicial. O ativismo judicial é criticado, mas raramente são fixados critérios adequados para sua identificação e avaliação. Não há realmente consenso sobre o que é ativismo judicial e ele acaba significando coisas distintas para pessoas distintas.

1.2.1 - Ativismo judicial conforme a doutrina norte-americana

A expressão “ativismo judicial” foi cunhada pelo historiador norte-americano Arthur Schlesinger em seu artigo *The Supreme Court*¹³, no qual foi feita uma análise dos perfis de atuação dos membros da Suprema Corte dos Estados Unidos, o que permitiu a divisão dos juízes em dois grupos: (a) os juízes ativistas, que buscavam suplementar a atuação dos legisladores por meio de decisões que promoviam maiores liberdades civis em frente das lacunas das leis; (b) os juízes campeões da auto restrição, que defendiam que a Suprema Corte não deveria intervir em matérias de competência do legislativo, a fim de evitar conflitos políticos.

Apesar de o aludido artigo não definir concisamente o que seria um perfil ativista de um juiz, apenas o contrapondo em frente aos juízes campeões da auto restrição, a terminologia foi acolhida amplamente na doutrina jurídica, influenciando a análise e os métodos com os quais as observações, e principalmente as críticas, de diversas decisões judiciais seriam elaboradas. Sem embargo, a forma de se enxergar o que seria um comportamento ativista e a valoração que a ele se confere não encontra unanimidade na doutrina (internacional e brasileira).

Começando com uma revisão da doutrina norte-americana, percebe-se que a concepção original de ativismo trazia uma visão positiva à atuação dos juízes ativistas, que eram tidos como protetores dos direitos civis. Kmiec¹⁴, ao analisar as decisões dos ativistas, observa que estas eram vistas mais como “ativistas dos direitos civis” do que “juiz abusando da autoridade”, e que refletiam a visão do poder jurídico como ferramenta para proteger direitos democráticos.

Observa-se esse ativismo de direitos civis a partir da década de 50, quando a Suprema Corte norte-americana produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966), mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973).

¹³ SCHLESINGER Jr., Arthur M. *The Supreme Court: 1947*. Fortune, vol. 35 (1), 1947, p. 73.

¹⁴ KMIEC, Keenan D., *The Origin and Current Meanings of Judicial Activism*, California Law Review, vol. 92:1441, 2004, p. 1444.

A atuação ampliada do judiciário tornou-se alvo de críticas, dentre as quais se destaca as do juiz da suprema corte norte-americana Antonin Scalia no julgamento do caso *Obergefell vs Hodges*, que declarou que os casamentos homoafetivos eram um direito protegido pela 14ª emenda constitucional¹⁵. Scalia critica a decisão majoritária da Suprema Corte, afirmando que gera um perigoso precedente no qual a vontade dos cidadãos passa a ser controlada por nove juízes não eleitos, conforme observado em seu voto no caso *Obergefell*, no qual aponta que a Suprema Corte passa a se colocar como última defensora e revisora do texto constitucional, “roubando a população da mais importante liberdade defendida na Declaração de Independência e ganhada na Revolução de 1776: a liberdade para se governarem.”¹⁶

Kmiec, em análise do histórico de ativismo da suprema corte¹⁷, defende que a constituição foi elaborada com um sistema que permite alterações, desde que realizada pelos representantes do povo, eleitos democraticamente. Assim, critica a visão do ativismo judicial como meio necessário para a proteção de direitos civis, pois acredita que para a manutenção do Estado de Direito, é necessário que as mudanças constitucionais surjam a partir da manifestação do consenso majoritário da população, representado pelos membros do legislativo e executivo democraticamente eleitos. Para o autor, aceitar mudanças na constituição por meio de decisões judiciais é retirar da população o seu direito de representação, denominada de *overruling* vertical e horizontal (*judicial activism as vertical and horizontal overruling*), apontando esta definição de ativismo como sendo a falha de adesão ao precedente. Na mesma linha, Cass Sunstein também afirma que “Uma corte que rejeita seus próprios precedentes pode ser considerada ativista”.

Já segundo Barnett¹⁸, o ativismo judicial é diretamente correlacionado com a análise da correção ou não das decisões judiciais. Para o autor, utilizar o termo para discutir a postura das cortes é uma discussão sem substância material, com propósito único de livrar-se dos custos de “estudar mais profundamente uma decisão particular ou ter uma opinião formada sobre sua correção de substância”. Ser ativista, então, significa que os juízes julgaram

¹⁵ Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e, portanto, sujeitas a sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do estado onde residem. Nenhum estado deverá criar ou aplicar qualquer lei que prejudique os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem deverá qualquer estado privar qualquer pessoa de vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal; nem negar a qualquer pessoa em sua jurisdição a igual proteção das leis.

(Constitution of the United States, tradução própria)

¹⁶ UNITED STATES, **Obergefell v. Hodges**, voto do Justice Scalia, Supreme Court, 2015 (tradução própria).

¹⁷ KMIEC, Keenan D., The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”, California Law Review, vol. 92:1441, 2004, p.28-29.

¹⁸ BARNETT, Randy. Constitutional Clichés. p. 493 a 496

incorretamente a respeito da constitucionalidade de determinada norma, logo, alcançaram uma conclusão errônea sobre a Constituição.

1.2.2 - Ativismo judicial na doutrina brasileira

Tratando da doutrina brasileira, quando se realiza análise sobre os elementos do ativismo percebe-se que há forte influência da doutrina norte-americana. O Dr. Julio Grostein¹⁹, após uma revisão bibliográfica dos principais autores brasileiros, destaca três características mais comuns das definições de ativismo judicial pela doutrina brasileira: o desbordamento dos limites impostos ao Judiciário pelo próprio ordenamento jurídico, sobretudo quando a função jurisdicional ultrapassa suas balizas para invadir a função legislativa; realização de julgamento com base em posições valorativas ou ideológicas do julgador; e o ativismo como criação judicial do direito.

Já conforme os estudos do Min. Barroso²⁰, existem diferentes elementos que compõem a atuação ativista dos tribunais: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Barroso descreve a atuação extensiva das cortes como “participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”²¹. Para ele, o “ativismo judicial” é um aspecto positivo do Poder Judiciário, exercido de modo legítimo ao extrair a potencialidade das proteções constitucionais quando em face de vazios legislativos e da inércia dos legisladores. Cita-se o exemplo da decisão do STF em reconhecer as uniões homoafetivas como entidades familiares, sujeitas às mesmas regras das uniões heteroafetivas, mesmo sem haver previsão legislativa²².

¹⁹ GROSTEIN, Julio. **Ativismo Judicial**, p. 17.

²⁰ BARROSO, Luís. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, 2012, p.26.

²¹ *Idem*. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2017, p. 321

²² ADI 4277 e ADPF 132

Para o ministro, as decisões do STF que costumam ser chamadas de ativistas “ocorrem sem conflitos com os outros poderes, e são apenas ocupações em vazios legislativos, atuando nos limites constitucionais”. De fato, o autor defende que há poucas decisões que realmente podem ser consideradas ativistas, e que o problema no Brasil é, na verdade, a existência de uma demanda excessiva de “judicialização”²³.

A judicialização ocorre devido a diversos fatores, como a recente redemocratização brasileira, que retomou a capacidade do Judiciário de aplicar a Constituição mesmo em frente aos outros poderes; à elevada abrangência de direitos constitucionalizados, que antes eram dependentes das vontades políticas; e ao modelo de controle existente na CF/88, que permite a qualquer tribunal realizar o julgamento de compatibilidade entre as normas existentes e a Lei Magna, e ao controle concentrado, exercido exclusivamente pelo STF. De acordo com Barroso, é a partir do modo como o tribunal lida com essa judicialização que surge o ativismo jurídico:

Nesse contexto, a judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial.²⁴

O ministro também destaca que há um maior foco midiático e popular nas audiências públicas e no julgamento das questões controversas do que nos processos legislativos que resultaram na elaboração das mais diversas leis.

O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso.

O Prof. Emerson Affonso²⁵ destaca o risco de excessos pelo Poder Judiciário, que desborda em condutas ativistas, bem como risco da consolidação de uma hegemonia judicial

²³ Ativismo judicial é “lenda”, diz Roberto Barroso. Disponível em <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/ativismo-judicial-e-lenda-diz-roberto-barroso/> Acesso em 25/10/2024.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo, p.193.

²⁵ MOURA, Emerson Affonso da Costa. O controle da Administração Pública pelo Judiciário em tempos de neoconstitucionalismo: os limites do ativismo judicial na concretização dos direitos fundamentais em proteção ao mérito administrativo. p. 243.

ou o perigo do exercício de preferências políticas, pois, muitas vezes, o Poder Judiciário, a título de promoção dos direitos fundamentais, acaba por adentrar nos espaços legítimos de atuação dos Poderes públicos. As consequências do ativismo envolvem a perda da legitimidade democrática, a politização da justiça e o reconhecimento da falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias.

Destaca-se também a análise de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, que define o ativismo judicial como a expansão do campo de atuação dos tribunais em face dos demais atores políticos, que se manifesta por diferentes comportamentos dimensionais que transcendem os limites ordinários do Judiciário²⁶. É a partir das definições de Campos sobre as dimensões do ativismo judicial que o presente trabalho irá realizar a identificação da existência ou não de elementos análogos ao ativismo judicial na atuação do TCU, portanto o aprofundamento de sua teoria será abordado mais adiante.

Já o professor Elival Ramos²⁷ classifica perante a constituição diferentes graus de intervenção judicial, afirmando que no Brasil, a doutrina não tem se dedicado à identificação e sistematização dos diversos graus de intensidade pelos quais se desenvolve o controle jurisdicional dos atos do Poder Público, ao contrário do que sucede com alhures. Nos Estados Unidos, por exemplo, se admite a existência de três padrões de controle de constitucionalidade, tendo como referência a distinta proteção que, segundo se entende, a Constituição dispensa aos direitos fundamentais. Com efeito, a consolidação da teoria das liberdades preferenciais, correspondentes aos direitos de cunho pessoal, em meados do século passado, importou na submissão de toda a legislação que de algum modo as afete a um teste estrito de constitucionalidade, por meio do qual se exige a demonstração de ser ela indispensável à proteção de interesses constitucionais de superior monta.

Conforme Seabra Fagundes²⁸, o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário já se pode divisar a existência de diferentes níveis de controle jurisdicional tendo por objeto atos do Poder Público, o qual faz alusão a situações excepcionais que, em nosso direito, estariam excluídas do controle judicial, por importarem em exercício anômalo da função jurisdicional por órgão estranho ao Poder Judiciário (o caso mais típico seria o do processo e

²⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Moreira Alves v. Gilmar Mendes: A evolução das dimensões metodológica e processual do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*, 2011, p. 9

²⁷ RAMOS, Elival da S. *Ativismo judicial : parâmetros dogmáticos*, p. 154

²⁸ SEABRA, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 6. ed., São Paulo, Saraiva, 1984, p. 117-123.

juízo dos chamados crimes de responsabilidade). Além disso, no terreno dos atos administrativos a extensão do controle jurisdicional seria mais ou menos ampla, dependendo da presença ou não de apreciação de mérito, deferida com exclusividade ao Poder Executivo.

Algumas delas já são pré-fixadas, direta ou indiretamente, pela própria Constituição, cabendo ao Governo detalhá-las e estabelecer a estratégia para alcançá-las. Outras diretrizes da política governamental podem ser tidas como contingentes, já que razoavelmente distanciadas da Constituição, também esses fins, secundários sob um perfil constitucional, mas sempre primários sob perspectiva histórica, convertem-se em programas legislativos.

Destaca-se que a função de governo, na maioria das vezes, se desenvolve mediante a elaboração de programas de governo, de planos de ação, globais ou setoriais, compreendendo, ainda, a busca do engajamento dos demais Poderes e da sociedade civil em relação às diretrizes traçadas. Ora, essas atividades raramente assumem forma jurídica, permanecendo, via de regra, adstritas à esfera política. A sua vocação natural, entretanto, é a de se espalhar por todas as atividades estatais, deflagrando providências legislativas, administrativas e até mesmo jurisdicionais, sempre sob a impulsão do Governo, a quem as Constituições social-democráticas conferem poderes para tanto.

A função de governo revela-se judicialmente incontrolável, o que é simples de demonstrar: em primeiro lugar, por não envolver a prática de atos concretos, capazes de afetar a esfera jurídico-subjetiva de quem quer que seja; em segundo lugar, porque mesmo o controle preventivo da constitucionalidade de atos do Poder Público jamais retroage a ponto de surpreender a planificação política da ação governamental. É certo que, por vezes, a função de governo se reveste de forma legislativa, se manifestando por meio de diplomas legais que não veiculam normas gerais e abstratas e sim programas de ação governamental, de abrangência maior ou menor, porém sempre dimensionados tendo em vista uma concreta situação fática. Desse teor, as leis pertinentes à programação da despesa pública como plano plurianual, diretrizes orçamentárias e orçamento anual ou as que aprovam planos e programas nacionais, regionais ou setoriais de desenvolvimento. Cuida-se de atos formalmente legislativos, porém materialmente governativos, os quais, entretanto, se submetem à fiscalização de constitucionalidade não pelo conteúdo e sim pela forma que apresentam, a qual os submete ao regime de controle jurisdicional próprio dos atos legislativos.

O Poder Judiciário sofre forte restrição no tocante ao controle jurisdicional amplo que, enquanto garantia constitucional, lhe compete exercer. Não se lhe permite, por exemplo,

substituir a decisão de mérito proferida pelo Senado, sob qualquer viés (apreciação da prova, interpretação do dispositivo-sede a que se subsumiriam os fatos da acusação etc.). Entretanto, na jurisprudência consolidada pelo Supremo Tribunal Federal a partir da década de noventa, especialmente em função do processo de impeachment do Presidente Fernando Collor de Mello, estabeleceu-se que existe, ainda que em um grau mínimo, o controle das instâncias judiciárias sobre aquela atividade jurisdicional exercida pelo Senado. Assim é que o princípio do devido processo legal e seus consectários no plano formal (ampla defesa, contraditório, etc.) deve ser observado pela Câmara Alta nos processos por crime de responsabilidade de sua competência, sob pena de, em não o fazendo, sujeitar-se à intervenção reparadora do Poder Judiciário. Aliás, mesmo na fase preliminar à instauração do processo propriamente dito, objetivando o juízo de admissibilidade da acusação a ser proferido pela Câmara dos Deputados, entendeu-se que deve o Judiciário velar pela observância da ampla defesa ao acusado.

Não se discute que o fenômeno do ativismo pode ocorrer na aplicação de normas de qualquer setor do ordenamento. Todavia, a busca de parâmetros que permitam a sua identificação em concreto se revela mais produtiva se for feita levando em conta as peculiaridades dos preceitos aplicados, podendo, destarte, se circunscrever a conhecimento dogmático objeto de sistematização específica, cientificamente autônoma.

A singularidade do ativismo judiciário em matéria constitucional está, pois, diretamente relacionada às especificidades da atividade de interpretação e aplicação da Lei Maior, que, dentre outras, compreendem: a supremacia hierárquica das normas constitucionais sobre todas as demais do ordenamento, revogando-as ou invalidando-as em caso de conflito; o caráter nomogênico de boa parte dos preceitos constitucionais, concretizados na estrutura lógica de normas-princípio, o que amplia sua incidência a outros quadrantes do ordenamento, porém, torna menos intensa sua capacidade regulatória direta; a fluidez e a decorrente imprecisão semântica (vagueza e ambiguidade) da linguagem constitucional, frequentemente referida a conceitos indeterminados de cunho valorativo; a fundamentalidade da maior parte das normas formalmente constitucionais, que dizem respeito a aspectos básicos da organização estatal e de seu relacionamento com a sociedade civil; a posição de supremacia funcional dos órgãos judiciários com atuação mais decisiva no tocante à interpretação aplicação da Constituição, quer por lhes incumbir, a título exclusivo, o controle de constitucionalidade de atos e omissões legislativas (sistema europeu), quer por se tratar do órgão de cúpula do Poder

Judiciário e que, nessa condição, tem a palavra final sobre questões constitucionais (sistema estadunidense).

Não se deve restringir o exame do ativismo judicial de natureza constitucional ao controle de constitucionalidade, ou seja, à jurisdição constitucional em sentido estrito. Se a essência do fenômeno está no menoscabo aos marcos normativos que balizam a atividade de concretização de normas constitucionais por juízes e tribunais, toda e qualquer situação que envolva a aplicação da Constituição por esses órgãos há que ser avaliada. Desse modo, o ativismo pode se dar em sede de fiscalização de atos legislativos ou administrativo-normativos, mas, também, no âmbito do controle de atos administrativos de natureza concreta, de atos jurisdicionais atribuídos a outro Poder ou de atos relativos ao exercício da função de chefia de Estado.

1.2.3 - As virtudes do ativismo judicial

Concluindo-se, as diferentes visões representadas no presente capítulo demonstram a diversidade das realidades políticas envolvidas na manifestação das medidas de ativismo judicial, de modo que todas elas, sem exceção, produziram lições úteis para a construção de um esquema de explicação e identificação do ativismo judicial no Tribunal de Contas da União.

Observamos que, dentro de seu amplo universo de debate, a opinião sobre a virtude normativa do ativismo judicial não é homogênea. Conforme a Dra. Lindquist²⁹, a visão majoritária dos pesquisadores e doutrinadores que buscam aprofundar o tema tende a afirmar que os juízes ativistas são sempre uma ameaça aos valores democráticos e à separação de poderes, de modo que o termo acaba servindo como um “substituto para excesso judicial”. Nesses casos, a expressão “ativismo judicial” torna-se uma mera expressão de discordância do julgamento.

Lino Graglia, professor conservador e um dos maiores críticos do controle judicial, de forma ainda mais direta, é um grande exemplo da visão negativa sobre os juízes ativistas, ao afirmar que a pura e simples anulação de decisões políticas tomadas pelas legislaturas ordinárias caracteriza o ativismo judicial:

²⁹ LINDQUIST, Stefanie A. The Scientific Study of Judicial Activism. *Minnesota Law Review* V. 91 (6), 2007, p. 1.752

Por ativismo judicial eu quero dizer, simples e especificamente, à prática dos juízes para proibir escolhas políticas de outros oficiais de governo ou instituições, sobre as quais a Constituição não claramente proíbe. Nesta visão, não há ativismo quando juízes deixam de desaprovar uma escolha política, mantendo os resultados do processo político, ainda que ele seja inconsistente com o constitucionalismo. Constitucionalismo, como eu geralmente tenho notado, levanta o problema da regulação dos vivos pelos mortos. Ativismo judicial suscita um problema bastante diferente, o problema da regulação por juízes não eleitos, vitalícios e que estão bem vivos.³⁰

Para outros, porém, os juízes e as cortes devem agir de um modo mais assertivo em nome dos direitos da liberdade e igualdade e diante da inércia ou do abuso de poder por parte de outros atores políticos e instituições.

O principal exemplo dessa visão positiva sobre o ativismo judicial na doutrina brasileira, conforme já citado anteriormente, é o Min. Barroso, de acordo com o qual o ativismo do STF significa que o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais.

Cita-se também o Prof. Ricardo Marcondes Martins³¹, que, defende um papel destacado ao Poder Judiciário, com base em três pontos distintos: a) a Administração Pública brasileira é fortemente marcada, em decorrência de uma longa tradição histórica, pelo clientelismo e pelo patrimonialismo; b) a corrupção atinge índices alarmantes; c) só há democracia formal no Brasil, nunca tendo havido democracia material. Conseqüentemente, a maioria da população brasileira não possui educação formal suficiente para escolher, com absoluta liberdade e consciência, seus representantes, resultando na necessidade do Poder Judiciário de corrigir as sequelas de uma massa política despreparada para lidar com a coisa pública.

1.3 Os principais elementos do ativismo judicial

Feita a revisão da doutrina a respeito do ativismo, percebe-se que, embora não exista um consenso doutrinário a respeito das exatas definições sobre o que é ativismo judicial, pode-se inferir a existência de elementos similares presentes nas principais visões a respeito do tema.

O primeiro elemento, conforme ilustrado anteriormente por José Afonso da Silva e Elival Ramos, é a ultrapassagem dos limites jurisdicionais do princípio da separação dos

³⁰ GRAGLIA, Lino A. It's not constitutionalism, it's judicial activism. Tradução própria

³¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. "Políticas públicas" e Judiciário: uma abordagem neoconstitucional, p. 162.

Poderes. Quando se alude à ultrapassagem dos marcos normativos materiais da função jurisdicional não significa isso, por certo, que decisões ativistas, necessariamente, ampliem, de modo juridicamente inaceitável, o campo de incidência projetado por um enunciado normativo.

Os limites substanciais a serem observados pelo Poder Judiciário no exercício de sua função típica são os referentes à atividade de interpretação e aplicação que constitui o seu cerne, a qual sempre considera o conjunto do ordenamento, seja para fixar o sentido das disposições que o integram, seja para estabelecer a adequada relação entre elas. A norma de decisão concretizada pelo juiz poderá desbordar do direito aplicado de múltiplas formas, como, por exemplo, deixando de reconhecer a revogação ou a invalidade de dispositivo legal ou ampliando, reduzindo ou alterando o espaço de interpretação que ele comporta. No caso de textos normativos veiculadores de conceitos indeterminados, a incursão do Poder Judiciário na zona de significação dúbia, conquanto não se possa afirmar desbordante do dispositivo de base, pode importar em obstaculização do exercício de discricionariedade legislativa ou administrativa assentada no princípio da separação dos Poderes, princípio esse que resultaria, afinal, violado.

O próximo elemento advém da análise do prof. Ernest Young³² sobre as diferentes críticas dos doutrinadores norte-americanos aos juízes ativistas. O que o prof. denomina de *common thread* (linha comum) é, em realidade, um conjunto de comportamentos jurídicos que procuram aumentar a importância e a liberdade das cortes frente aos rumos políticos dos Poderes Executivo e Legislativo. Essa linha comum se manifesta por meio de decisões que rejeitam os limites constitucionais do Poder Jurídico, ignoram os pontos de vista dos outros poderes e realizam interpretações constitucionais para além do poder constituinte originário. Thomas Baker, professor de Direito e historiador da Suprema Corte norte-americana, resume bem a visão pejorativa dessa espécie de ativismo:

Os juízes pensam que eles sabem mais que qualquer outro. Eles acham que são mais espertos que o Presidente em determinar quais regulamentações federais são boas e quais são ruins. Eles são melhores que o Congresso em proteger direitos constitucionais. Eles sabem mais sobre golfe do que a Associação Profissional de Golfe. Não há dúvidas de que essa é uma corte ativista. Restrição jurídica não está no dicionário deles.³³

³² YOUNG, Ernest. *Judicial Activism and Conservative Politics*, 73 U. COLO. L. REV. 1139 (2002).

³³ *Ibidem*, p. 1162, tradução própria.

Outro aspecto importante é o fato de que quando uma corte constitucional ou suprema passa a decidir sobre os mais diversos aspectos da vida dos cidadãos, ela acaba tornando-se personagem central nas discussões do cotidiano. Nesses casos, as decisões da corte constitucional se apresentam como a plataforma principal para a discussão sobre determinados temas. Exemplos como questões relacionadas ao aborto e legalização de drogas recreativas por exemplo, passam a ser plenamente discutidas quando são posicionadas em frente à uma corte para passar por decisão. Esse processo torna-se ainda mais intenso com a grande atenção midiática e das redes sociais. Isso é assim particularmente em países que adotam constituições abrangentes, que disciplinam quase toda a vida política e social de seu país, como no caso do Brasil. O ativismo judicial, sob essa perspectiva, é identificado pelo grande número de questões levadas à corte para serem decididas.

Esse aumento do número de casos a serem decididos, junto com o maior foco da população na atuação da corte, acaba por fazer com que os tribunais se tornem verdadeiros atores políticos na resolução das questões governamentais. As cortes ativistas são verdadeiros centros de poder que participam, direta ou indiretamente, da formação da vontade política predominante.

Outro aspecto do ativismo judicial é a relação feita por diversos doutrinadores entre ativismo e correção das decisões judiciais. Muitos autores utilizam do termo como sinônimo de “ erro judicial”, para afirmar que as cortes possuem um problema na escolha do método de interpretar a constituição. Paulo Gustavo Gonet Branco³⁴ ressalta o desdém que parte da doutrina americana tem sobre esse conceito de ativismo, que é utilizado como sinal de não concordância com determinada decisão. Como a ideia de ativismo judicial deveria estar associada à extrapolação dos limites do Poder Judiciário na interpretação do Direito, a discussão sobre se uma decisão é ou não ativista com base na correta interpretação da norma acaba por perder todo sentido.

Como bem remonta Young, discutir o ativismo ou a auto restrição judicial não é discutir se determinada decisão é correta ou não, e sim o quanto de autoridade constitucional e epistêmica a corte tinha para tomar essa decisão. A realidade é que uma decisão judicial pode configurar uma aplicação claramente correta de uma regra ou princípio da constituição, portanto, correta em seu mérito e ainda assim ser considerada ativista e levantar suspeitas a respeito de sua ilegitimidade.

³⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial, p. 387.

Além de não possuir relação com a correção das decisões em seu mérito, o ativismo judicial também não trata sobre a legitimidade ou ilegitimidade *a priori* das decisões judiciais. A conclusão de que uma decisão judicial é ativista não significa adiantar o resultado da avaliação de sua ilegitimidade, pois ativismo judicial não é sinônimo de ilegitimidade, e essa correlação simplesmente não pode ser feita de modo apriorístico e em nível puramente conceitual.

É importante compreender ainda que a identificação do ativismo judicial não pode ignorar o contexto particular em que ele se desenvolve. Para a construção de uma definição adequada de ativismo judicial, deve-se ter presente a ideia de que se está diante de fatores dinâmicos, que não podem ser avaliados por meios exclusivamente quantitativos. Os elementos que definem o ativismo devem variar de sistema para sistema, de matéria para matéria, de tempos em tempos, sempre em função das particulares estruturas constitucionais, políticas, culturais e institucionais locais.

Em conclusão, há uma diversidade de fatores do ativismo judicial. Diferentes condições e variáveis, contextuais e dinâmicas, necessárias e suficientes, exógenas e endógenas, de natureza institucional, política, social e jurídico-cultural favorecem, restringem, moldam o ativismo judicial e devem, portanto, compor sua equação explicativa ao lado de variáveis normativas como “democracia” e “constitucionalismo”.

1.4 A aplicação do ativismo judicial ao TCU.

Primeiramente, é necessário esclarecer aspectos importantes a respeito da presente abordagem. Destaca-se o fato de que, apesar do nome, o TCU não faz parte do Poder Judiciário, e sim compõe um sistema de controle externo de contas públicas, verificando a gestão de recursos públicos por meio de recomendações e determinações ao Poder Público. Embora a natureza de controle das decisões do TCU possa sugerir o uso de termos alternativos, o presente estudo utiliza a palavra “ativismo”, mantendo o mesmo núcleo conceitual definido para a forma judicial de ativismo.

Portanto, ao analisar o ativismo judicial na atuação do TCU em casos de prescrição, não se pretende afirmar que o tribunal é ou não é ativista, nem que ele age de maneira idêntica ao STF ou a qualquer outro órgão do judiciário. O principal objetivo é identificar se há

elementos na atuação do TCU que podem ser comparados à crescente expansão do campo de decisões do STF, o que indicaria possível interferência direta e irrestrita na atuação dos outros poderes.

Importante também entender como será feita a identificação da existência de elementos do ativismo judicial. Conforme supracitado, a teoria utilizada será a de Campos, cuja principal característica é a abordagem multidimensional, de acordo com a qual o ativismo judicial possui caráter dinâmico, se manifestando de diferentes formas conforme o contexto da decisão. Logo, por tratar de dimensões que não são exclusivas ao Poder Judiciário, é a melhor teoria para realizar a análise da atuação do TCU.

Para o autor, ativismo judicial é uma questão de postura expansiva de poder político-normativo de juízes e cortes quando de suas decisões, e não de correção de mérito dessas decisões judiciais, que deve ser identificado a partir dos desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; e se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias.³⁵

Campos defende que as propostas unidimensionais não resistem ao fato de estarmos diante de um comportamento de diferentes dimensões, e não apenas uma única forma de manifestação. A complexidade do ativismo judicial revela-se, particularmente, na forma como se manifestam as decisões ativistas. Essas decisões apresentam diferentes dimensões, e não apenas uma única forma de manifestação, o que significa dizer que o ativismo judicial consiste em práticas decisórias que são, em geral, multifacetadas e, portanto, insuscetíveis de redução a critérios singulares de identificação. Há uma multiplicidade de indicadores do ativismo judicial, como a interpretação expansiva dos textos constitucionais; a falta de deferência institucional aos outros poderes de governo; a criação judicial de normas gerais e abstratas; etc. Assumir essa perspectiva transforma sua identificação em uma empreitada mais completa e segura.

A proposta multidimensional tem como principal função colocar definições objetivas ao ativismo, de forma que seja capaz de identificar se uma determinada decisão é ou não ativista com base em critérios não subjetivos. A existência de múltiplas dimensões permite que

³⁵ Campos, 2012. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, p. 151.

apenas uma dessas dimensões esteja presente em uma dada decisão, ou que haja múltiplas, inclusive em conflito uma com as outras.

No âmbito de uma avaliação multidimensional e, principalmente, diante de dimensões conceitualmente opostas, é possível que diferentes autores cheguem a conclusões absolutamente distintas a depender do critério que julguem mais relevante. Contudo, diferente do que ocorre com as abordagens unidimensionais, a fixação casuística de um dado critério como mais saliente é sempre feito a partir da assunção da existência de outros critérios relevantes e depois de devidamente balanceados todos esses critérios. A mais destacada virtude epistêmica é mantida então pela abrangência do processo de identificação/avaliação.

Para realizar essa avaliação, Campos definiu sete diferentes dimensões de ativismo judicial, cada uma com características diferentes de aplicação³⁶, que se identificadas na atuação do TCU, indicam elementos análogos do ativismo judicial.

1.4.1 Dimensão Metodológica

A dimensão metodológica ocorre quando a interpretação dos dispositivos constitucionais ou legais ocorre de modo a expandir ou reduzir expressivamente o significado original, podendo até ser de modo contrário à vontade do legislador. Ocorre também quando o dispositivo é aplicado fora da situação prevista em seu texto.

A interpretação da Constituição e das leis mais liberta do sentido literal dos textos normativos, a aplicação de normas constitucionais implícitas, a utilização excessiva e às vezes desnecessária de princípios e da técnica da ponderação para resolver casos são alguns dos meios de manifestação dessa dimensão.

A exemplo, cita-se a decisão do RE 579.951³⁷, onde o STF proibiu o nepotismo com base apenas por aplicação do princípio da moralidade do art. 37 da CF, sem haver a necessidade de lei específica. A polêmica da decisão é saber se o Tribunal, ainda que para concretizar princípios e direitos fundamentais, teria autoridade para tomar decisões de caráter verdadeiramente legislativo.

³⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Moreira Alves v. Gilmar Mendes: A evolução das dimensões metodológica e processual do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*, 2011, p.16

³⁷ STF – Pleno, RE 579.951/RN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 24 de outubro de 2008.

1.4.2 Dimensão Processual

A dimensão processual é quando o tribunal amplifica os efeitos de suas próprias decisões, aumentando a sua participação no sistema democrático. O Tribunal amplia assim sua participação na ordem jurídica e democrática por meio da amplificação de seus instrumentos processuais.

Exemplos dessa dimensão incluem o estabelecimento de excessiva modulação temporal da sentença, a tentativa de extensão da eficácia vinculante das decisões para os seus motivos determinantes, a busca pela amplitude do cabimento do instrumento da reclamação, de modo que se possa realizar em seu bojo o controle incidental de constitucionalidade e a criação de súmulas vinculantes a partir de decisões que ainda não foram consolidadas jurisprudencialmente.

1.4.3 Dimensão Dirigista

A dimensão dirigista ocorre quando o tribunal utiliza de seu poder para interferir diretamente na criação e efetivação de políticas públicas. É mais comumente observada por tribunais de primeira instância, em casos em que a efetivação de determinada política pública não ocorre de modo pleno, e a pessoa prejudicada entra na justiça a fim de que lhe seja concedido o devido benefício.

O principal exemplo são os casos de concessão judicial de medicamentos não previstos no Sistema Único de Saúde, onde o tribunal determina a compra de medicamentos de alto custo nos casos de doenças de difícil tratamento, mesmo quando prejudica o orçamento para os casos mais comuns.

A controvérsia desse tipo de ativismo envolve principalmente a falta de especialização dos juízes em matéria de políticas públicas, a falta de visão sistêmica dos mesmos sobre a alocação de recursos públicos e as consequências de suas decisões.

1.4.4 Dimensão Estrutural

A dimensão estrutural é a interferência direta do tribunal em matérias tradicionalmente reservadas aos demais poderes, imunes ao controle judicial, sem respeito à harmonia entre

eles. Em um sistema ideal, o juiz reconheceria a capacidade legal dos demais poderes, e decidirá a modo de deferir aos outros poderes a possibilidade de atuar nos moldes da independência dos poderes, a fim de manter a harmonia institucional.

Não se trata exatamente da perspectiva de como o juiz interpreta e aplica a ordem constitucional e infraconstitucional (dimensão metodológica), ou de como utiliza seus instrumentos de decisão (dimensão processual), mas sim, de como ele se comporta diante das decisões prévias dos outros poderes, ou melhor, do quanto ele interfere nessas decisões e de como ele vem atuando livremente em áreas tradicionalmente reservadas aos demais atores políticos.

Destaca-se o controle do STF sobre a confecção da lei orçamentária em face de violação constitucional, matéria normalmente elaborada pelo executivo e aprovada pelo legislativo, onde a expansão dos poderes da Corte se mostra muito significativa ao endereçar-se a uma das últimas províncias do legislador imune ao poder judicial.

Essa dimensão também pode ser identificada a partir da carência de deferência do tribunal às decisões dos demais poderes quando a ilegitimidade constitucional não se apresenta clara, mas ao contrário, insere-se em um contexto de dúvida razoável.

1.4.5 Dimensão Intrainstitucional

Decorre da dimensão processual, visto que quando o tribunal passa a ampliar o alcance dos efeitos de suas próprias decisões, conseqüentemente reduz o campo de atuação dos outros tribunais. É, resumidamente, a concentração de poderes de decisão em uma única instância. A luta pela extensão do cabimento da reclamação, capitaneada principalmente pelo ministro Gilmar Mendes, é um exemplo de pretensão à realização desta dimensão.

1.4.6 Dimensão Maximalista

Enquanto que o juiz minimalista não diz mais do que o necessário para justificar o resultado de suas decisões, decidindo apenas sobre o que lhe é diretamente questionado, na dimensão maximalista, o juiz procura solucionar casos por meio da fixação de regras e doutrinas tão amplas que, além de o caso julgado prescindir das mesmas, acabam por estabelecer os precedentes para a resolução de casos no futuro. A manifestação particular de

certos membros da corte acaba por definir as decisões definitivas e gerar súmulas vinculantes, que deixam de ser o resultado das deliberações colegiadas.

1.4.7 Dimensão Antidialógica

Por fim, a dimensão antidialógica ocorre quando a corte se posiciona como último e único intérprete da Constituição, sem espaço para o diálogo com os outros poderes. A Corte pode ter a última palavra sobre um caso particular, mas não necessariamente acerca da questão constitucional mais ampla que governa o caso.

A Constituição é construída a partir de um diálogo apropriado entre todos os poderes. Atitudes de tribunais contrários a essa visão são ilegítimas e constituem a dimensão antidialógica do ativismo judicial. O respeito ao espaço dos demais poderes torna a atuação do Tribunal mais legítima e agrega valor ao processo de construção dos significados da Constituição.

2. ATUAÇÃO DO TCU NOS CASOS DE ANÁLISE DE PRESCRIÇÃO

2.1 Breve visão histórica da prescrição

Na época do Direito Romano arcaico, não havia a figura da prescrição. Durante a fase da *legis actiones*, a regra era a perpetuidade das ações, se mantendo igual no período formulário. Não havia uma elaboração sistemática, jurisprudencial ou legislativa da prescrição.

A primeira referência à prescrição surgiu na época do direito justiniano, quando foram introduzidos, na via legislativa, limites temporais para o exercício dos direitos em juízo. A prescrição, ainda que limitada, se relacionava diretamente à possibilidade de exigir o direito por meio de um remédio judicial, não havendo a decadência do direito em si. Logo, havendo o cumprimento do direito após o prazo, era visto como perfeitamente válido e não autorizava o exercício de restituição.

Essa visão se manteve por toda Idade Média até o século XVII, quando chegou na Inglaterra. Segundo a lei inglesa, tal como já dispunha o direito romano, o direito subjetivo, ainda depois de verificada a prescrição, poderá ser eventualmente atuado em juízo por meio

de outro remédio processual que não aquele afetado pelo efeito prescricional, ou por via de exceção.

Logo após, no século XIX, a prescrição passou a ser plenamente codificada, encontrando-se prevista nos principais códigos civis europeus, como no Código Napoleão, art. 2.105, e Códigos da Alemanha (B.G.B), art. 194.

Já no Código italiano abandonou-se a tese de que a prescrição era a perda da ação, pelo decurso do tempo, para declarar, textualmente, em seu art. 2.934, que são os próprios direitos que se extinguem, na espécie. Mesmo tendo a prescrição como causa de extinção do direito material da parte inerte, essa modalidade extintiva operaria de maneira diferente das autênticas extinções previstas na disciplina geral porque seus efeitos dependem de exceção do devedor, não podem ser reconhecidos pelo juiz de ofício, podem ser elididos por renúncia do devedor e não impedem os efeitos amplos do pagamento, quando este é voluntariamente efetuado pelo devedor depois de já consumado o prazo prescricional.

O Código brasileiro de 2002, conhecendo a divergência entre o direito alemão e o italiano, seguiu a tradição romanística consagrada pelo B.G.B., para considerar a prescrição como causa de extinção da pretensão e não do direito subjetivo material.

2.2 A importância da prescrição

Sob diversos aspectos, e em diversas oportunidades, o direito atenta para a circunstância temporal: ao disciplinar a eficácia da lei, estatui as normas a que subordina o começo e o fim de sua vigência; ao tratar das modalidades do negócio jurídico, cuida do termo inicial ou final, a que sujeita o exercício do direito; e dita as regras a serem observadas na contagem dos prazos.

O princípio basilar do Estado de Direito é o da preservação da segurança jurídica. Conforme leciona Gomes Canotilho³⁸, é dever da Administração Pública reagir à alteração das realidades sociais com o passar do tempo, especialmente no período atual de rápidas evoluções tecnológicas e sociológicas, a fim de proteger a confiança da população na capacidade dos administradores em manter a boa-fé na preservação dos demais direitos fundamentais.

³⁸ CANOTILHO, José. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 265.

Decorrendo desse pensamento, a prescrição se torna um princípio geral do direito, que protege tanto o indivíduo quanto o Estado da perseguição eterna no passar do tempo. A prescrição é um aspecto essencial do princípio da segurança jurídica, pois garante a efetiva proteção do indivíduo à tentativa de punição ilimitada e constante do poder estatal. É uma extensão do direito da razoável duração do processo, disposto pelo Art. 5º, LXXVIII da CF/88.³⁹

A prescrição atinge todas as relações que tratem de direitos, tanto subjetivos quanto reais. Exceto nas situações expressamente previstas na lei, como no caso do crime de racismo⁴⁰, a regra geral é de prescritibilidade das ações de quaisquer atos, práticas ou condutas. Importante notar que a prescrição é um instrumento tão importante que a própria CF/88, ao tratar dos crimes hediondos, mesmo que sejam inafiançáveis e excluídos de graça ou anistia, não os livrou da prescrição decorrida do tempo.

Quando um direito é violado, surge a pretensão, o direito de ingressar com uma ação judicial para assegurar aquilo que foi violado. Já a prescrição, conforme o art. 189 do Código Civil⁴¹, é a extinção dessa pretensão judicial de modo puramente objetivo, originada da passagem do tempo, cujo prazo é definido por lei.

A norma constitucional tutela, além do direito de ação ou de acesso ao poder judiciário, prestação jurisdicional dentro de um prazo razoável, com eficiência, celeridade e tempestividade. A duração irrazoável do processo suprime garantias do acusado, desvia a finalidade processual e compromete a eficácia da decisão judicial.

Inicialmente, é importante distinguir a decadência, a preclusão e a prescrição. A decadência é prevista nos Arts. 207 a 211 do Código Civil, e conforme o antigo Procurador-Geral Moreira Alves⁴², ocorre quando não há o exercício do direito potestativo, ou seja, o direito sem pretensão, insuscetível de violação. A decadência atinge o próprio direito potestativo, pois não há pretensão a ser extinta, separadamente do direito subjetivo.

A preclusão é a perda do direito de praticar um ato processual, ou seja, de manifestar-se no processo, seja em razão do seu não exercício dentro do prazo previsto (preclusão

³⁹ CF/88, Art. 5º LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

⁴⁰ CF/88, Art. 5º, XLII: A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

⁴¹ Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

⁴² MOREIRA ALVES, José Carlos. A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 155.

temporal), seja da realização de outro ato incompatível com aquele anteriormente pretendido (preclusão lógica).

Já a prescrição é disposta pelos Arts. 197 a 206 do Código Civil, atingindo os direitos subjetivos. Pontes de Miranda a define como “a exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação”⁴³. De fato, diferente da decadência, a prescrição não atinge o direito em si, mas sim a ação de exigi-lo, gerando a perda da exigibilidade da pretensão. Assim leciona Sílvio de Salvo Venosa:

Historicamente, a prescrição foi introduzida como forma de tolher a ação. O direito podia sobreviver à ação. A inércia é causa eficiente da prescrição; ela não pode, portanto, ter por objeto imediato o direito. O direito incorpora-se ao patrimônio do indivíduo. Com a prescrição o que perece é o exercício desse direito. É, portanto, contra a inércia da ação que age a prescrição, a fim de restabelecer estabilidade do direito, eliminando um estado de incerteza, perturbador das relações sociais. Por isso, a prescrição só é possível quando existe ação a ser exercida. O direito é atingido pela prescrição por via de consequência, porque, uma vez tornada a ação não exercitável, o direito torna-se inoperante.⁴⁴

Conforme o professor Humberto Theodoro⁴⁵, para a configuração da prescrição, é necessário primeiro que haja um direito material do indivíduo, que será violado por outro, o que gera a pretensão de reparação pelos meios judiciais. Mas o indivíduo possuidor do direito violado se manteve inerte, deixando de exercitar o seu direito no devido prazo legal, o que leva à extinção da pretensão de ajuizar. A prescrição também ocorre antes da aplicação da pena, que não existe juridicamente, motivo pelo qual é considerada causa extintiva da punibilidade.

A prescritibilidade das ações é um princípio geral do Direito, que se justifica como ferramenta necessária para garantir a segurança das relações jurídicas. Conforme Orlando Gomes⁴⁶, pode-se fundamentar a prescrição como sendo a sanção do desinteresse ou negligência do titular do direito, consolidando as situações jurídicas perdidas pelo tempo.

Para Savigny, a prescrição decorre da necessidade de serem fixadas as relações jurídicas incertas, suscetíveis de dúvidas e controvérsias, encerrando-se a incerteza em determinado lapso de tempo, visto que a persistência no tempo de uma determinada situação, sem alterações, sedimenta nas pessoas a expectativa de sua continuidade. E tal expectativa, embora

⁴³ MIRANDA, Pontes. Tratado de Direito Privado, Tomo VI, p.218.

⁴⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. Código Civil Interpretado. p. 214

⁴⁵ THEODORO JÚNIOR, H. Prescrição e decadência, p. 19 a 21.

⁴⁶ GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil - 22ª Edição 2019. p. 354.

não se apoie em uma certeza positiva, induz um estado de conforto espiritual, de acomodação, no ser que vivencia a situação fática.

Cita-se também a importância de proteger os obrigados contra a dificuldade da manutenção de provas por longo período de tempo após a realização dos negócios jurídicos. De acordo com o jurista clássico Washington de Barros Monteiro⁴⁷, sem a prescrição a realização de negócios jurídicos se tornaria quase impossível, pois, utilizando-se de exemplo o negócio de compra e venda, o adquirente seria obrigado a examinar todo o histórico de títulos de posse do bem, que o vendedor seria obrigado a fornecer, a fim de garantir que não há nenhuma pendência jurídica de anos ou décadas atrás. Além disso, após o fim do negócio, o novo possuidor teria que guardar permanentemente os seus comprovantes, pois poderia a qualquer momento no futuro ser alvo de uma ação judicial.

Já o Dr. Marcos Ehrhardt Jr afirma que a prescrição é um instrumento essencial da segurança jurídica, pois é a materialização da máxima *dormientibus non succurrit jus*, o direito não socorre aos que dormem⁴⁸.

A importância da prescrição também é reconhecida pela Corte Europeia de Direitos Humanos, que afirma que os limites para a aplicação das sanções servem para “assegurar a certeza e finalidade jurídica, proteger potenciais réus de acusações obsoletas que podem ser difíceis de se defender e prevenir qualquer injustiça que pode surgir se as cortes fossem obrigadas a decidir sobre eventos que ocorreram no passado distante com base em evidência que se tornou não confiável e incompleta devida a passagem do tempo.”⁴⁹

No sistema jurídico brasileiro, a prescrição apresenta-se em quase todas as relações jurídicas entre o Estado e as pessoas, compreendendo as esferas cível, penal e administrativa. Essa proteção legal impede que as pessoas sofram ações coercitivas, punitivas ou de cobranças extemporâneas intentadas pelo Estado

No campo civil, a prescrição é uma ferramenta para proteger o devedor da inércia do credor, não sendo passível de alteração por meio de acordo entre partes. Conforme o Dr. Paulo Lobo⁵⁰, o Código Civil, por meio do art. 196⁵¹, define que a prescrição ocorre sem ligação subjetiva à titularidade do direito, não importando se há mudança do titular da pretensão. O

⁴⁷ MONTEIRO, Washington. Curso de Direito Civil, 1991.

⁴⁸ JÚNIOR, Marcos Ehrhardt. Direito civil: LICC e Parte Geral, p.462.

⁴⁹ 16 CEDH, 9 janeiro 2013, n. 21722/11. Oleksandr Volkov v. Ucrânia, § 137.

⁵⁰ LÔBO, P. L. N. Direito Civil Volume 1 - Parte Geral

⁵¹ Art. 196. A prescrição iniciada contra uma pessoa continua a correr contra o seu sucessor.

Código Civil também prevê o impedimento da prescrição, que ocorre nos casos onde o titular do direito se encontra em sociedade conjugal, sob poder familiar, entre os tutelados e os tutores ou em face de incapazes e ausentes⁵².

O Código Civil também dispõe a respeito das causas de suspensão e interrupção da prescrição. Nesse ponto, é importante destacar que, em prol do princípio da celeridade processual, o art. 202 determina que o prazo prescricional poderá ser interrompido uma única vez, o que mais adiante será utilizado pelo STF como fundamento para decidir sobre como deve ocorrer a prescrição dos casos do TCU.

Na área penal, a prescrição afasta a pretensão punitiva do Estado, extinguindo a punibilidade do indivíduo, ou seja, extingue a possibilidade de aplicação de efetiva sanção criminal ao infrator. Para o procurador Renato Sobrosa⁵³, não há motivos humanos ou sociais que justifiquem deixar pesar sobre o criminoso eternamente a ameaça do processo ou da execução da pena. Em realidade, haveria dois motivos para legitimar a prescrição penal: o primeiro é quando ocorre a perda do interesse do Estado em perseguir a punição, demonstrada pela falta de iniciativa nos meios processuais. A segunda é que com o passar do tempo, dificulta-se a colheita e validade das provas capazes de permitir uma verdadeira apreciação do mérito da investigação penal.

Já no campo do Direito Administrativo, a prescrição pode afetar tanto a Administração Pública em face do indivíduo, representada pela perda do prazo para que a Administração reveja os próprios atos ou aplique sanções administrativas; quanto o indivíduo em face da Administração Pública, que ocorre com a perda do prazo do particular para desafiar decisões administrativas. Assim como nos outros ramos, a prescrição é considerada parte do princípio formador do ordenamento jurídico brasileiro.

No processo administrativo, o poder da Administração Pública de sancionar os particulares não está sujeita à vontade discricionária do administrador, mas sim deriva da supremacia do interesse público. Godoy descreve que há um poder-dever incumbido ao agente público de punir o infrator, e que a prescrição administrativa representa uma impossibilidade do cumprimento desse dever devido à falta de diligência do agente em agir conforme o princípio da celeridade processual. Em mesma visão, o próprio TCU, em seu

⁵² Arts. 197 e 198 do Código Civil.

⁵³ Cordeiro, R. S. (1997). Prescrição administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, 207, 105–120.

Manual de Sanções Administrativas, reforça o dever da Administração de instaurar o processo adequado para a aplicação das penas cabíveis.

Um aspecto importante da prescrição administrativa é que apesar de existir a previsão expressa do prazo quinquenal de prescrição para a Administração Pública realizar a revisão de seus próprios atos⁵⁴ e para a ação punitiva da Administração Pública Federal⁵⁵, não há qualquer lei ou decreto que diretamente regule a prescrição nos processos do TCU quanto ao poder de aplicar multas e outras sanções decorrentes de ilicitudes administrativas, o mesmo ocorrendo em relação à competência do Tribunal de Contas para negar registro a atos de aposentadorias, reformas e pensões.

O Dr. Carlos Lociks⁵⁶ define a discrepância das prescrições administrativas como “assimetria normativa”, que acaba por elevar os poderes de controle externo a um nível superior ao poder de sanção do Estado em face de ilícitos criminais, tributários, administrativos e civis. Essa assimetria torna-se mais evidente ao analisar o fato de que o STJ⁵⁷ tem aplicado o princípio da simetria para decidir que o prazo quinquenal para prescrição do direito de ação de cobrança do indivíduo contra a Fazenda Pública também deve ser aplicada à Fazenda Pública em face do indivíduo.

2.2.1 Da prescrição das ações de ressarcimento ao erário.

O art. 37, §5º da CF/88⁵⁸, ao excluir as ações de ressarcimento ao erário, gerou divergências doutrinárias a respeito da existência ou não da prescrição nesses processos. Para diversos constitucionalistas, a interpretação a ser feita é de que o parágrafo citado representa uma exceção intencional do poder constituinte originário ao princípio da segurança jurídica e

⁵⁴ Lei nº 9.784/1999: Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

⁵⁵ Lei nº 9.783/1999: Art. 1º. 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.

⁵⁶ LOCIKS, Carlos. Ausência de prazos prescricionais na atuação do Tribunal de Contas da União e seus reflexos sobre a segurança jurídica.

⁵⁷ REsp 1284645/RS

⁵⁸ CF/88, art. 37, § 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

da ação do tempo. Assim é a visão de José Afonso da Silva⁵⁹, que defende a existência da ressalva constitucional, apesar de notar que é contrária a certos princípios jurídicos.

Di Pietro⁶⁰ afirma que a norma constitucional tem eficácia contida complementável, e caso a Administração não toma providências à sua apuração e à responsabilidade do agente, a sua inércia gera a perda do direito de investigar e punir o ilícito, mas não o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário.

O Dr. João Monteiro de Castro⁶¹ conclui que o direito de agir da Administração surge com o dano a seus cofres, ou seja, quando sofre diretamente o dano ou compondo aquele que seu agente infligiu a terceiro, e que a imprescritibilidade favorece as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público, possibilitando-as de recompor o que foi perdido ou prejudicado.

Por outro lado, há diversos doutrinadores que defendem a existência da prescrição dos processos de ressarcimento ao erário. O Dr. Raphael Peixoto⁶², por exemplo, escreve que como a imprescritibilidade, conforme a interpretação do texto constitucional, é uma exceção taxativa, não poderia o aplicador da norma alegar com base na existência de lacuna legislativa. Logo, não faria sentido lógico a aplicação das teses de imprescritibilidade dos processos administrativos, visto que ocorreria de forma unilateral, apenas em favor do Estado e nunca em prol do administrado. Seria necessário então a utilização da analogia ou interpretação extensiva a fim de preencher o vácuo legal.

Fazendo uma análise interessante, a Dra. Elody Nassar⁶³ afirma que existe um choque entre princípios: o princípio da necessidade do ressarcimento ao erário público e o princípio da estabilidade das relações constituídas no tempo. Para ela, o entendimento de que as ações de ressarcimento seriam imprescritíveis, sem limites temporais, fere a segurança e a estabilidade das relações jurídicas.

Para Caio Mário da Silva Pereira⁶⁴, a prescrição alcança todas as ações patrimoniais, reais ou pessoais, estendendo-se aos efeitos patrimoniais de ações imprescritíveis, o que inclui

⁵⁹ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 41º ed. - São Paulo, p. 673.

⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2024.

⁶¹ CASTRO, João Monteiro de. **Imprescritibilidade da responsabilidade civil do ilícito prejudicial ao erário por ato culposos de agente público**, p. 217

⁶² PEIXOTO, Raphael. **Instituto da prescrição no Direito Administrativo**. 2003, p. 4.

⁶³ NASSAR, Elody. **Prescrição na administração pública**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2009

⁶⁴ PEREIRA, Caio Mário da S. **Instituições de Direito Civil**, p. 591

as ações de ressarcimento ao erário. O CF/88 não afirmou que estas seriam imprescritíveis, apenas que estavam excluídas do prazo prescricional criado por lei.

Por fim, Leidiane Jardim⁶⁵ afirma que a prescritibilidade das ações refletem a necessidade de segurança jurídica, e para tanto deve-se, por meio de analogia, utilizar os prazos prescricionais já existentes na lei brasileira.

2.3 Evolução da visão do TCU a respeito da prescrição

Assim como as visões doutrinárias, a jurisprudência sobre a prescrição administrativa possui divergências, tendo que passar por um processo de evolução. Inicialmente, o STF, através do MS 24.519, considerou a taxatividade da parte final do texto do art. 37, § 5º da CF para declarar imprescritível o direito de cobrança, pelo Estado, dos prejuízos causados em virtude de atos ilícitos. A jurisprudência do STF se manteve por um longo período reconhecendo a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. AFASTAMENTO DE OUTROS PRECEITOS LEGAIS. IMPOSSIBILIDADE. CONSTITUCIONAL. AUTONOMIA DAS INSTITUIÇÕES DE PESQUISA CIENTÍFICA E TECNOLÓGICA [ART. 207, CAPUT E § 2º DA CB/88]. LEGITIMIDADE DE SUAS RESOLUÇÕES. FUNÇÃO REGULAMENTAR. OBRIGAÇÃO DE RETORNO DO BENEFICIÁRIO DE BOLSA DE ESTUDOS NO EXTERIOR COM FINANCIAMENTO PÚBLICO IMEDIATAMENTE APÓS O PERÍODO DE CONCESSÃO. REGRESSO APÓS ONZE ANOS. AFASTAMENTO DA RESPONSABILIDADE DE RESSARCIMENTO DO ERÁRIO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Embora caiba ao Tribunal de Contas da União a elaboração de seu regimento interno [art. 1º, X, da Lei n., 8.443/92], os procedimentos nele estabelecidos não afastam a aplicação dos preceitos legais referentes ao processo administrativo, notadamente a garantia processual prevista no art. 3º, III, da Lei n. 9.784/99. Precedente [MS n. 23.550, Relator para o acórdão o Ministro SEPULVEDA PERTENCE, DJ 31.10.2001].

2. O beneficiário de bolsa de estudos no exterior, às expensas do Poder Público, não pode alegar o desconhecimento de obrigação prevista em ato normativo do órgão provedor.

3. A legitimidade das resoluções do CNPq, bem como das demais instituições de pesquisa científica e tecnológica decorre da autonomia conferida pelo artigo 207, caput e § 2º, da Constituição do Brasil.

4. O retorno do impetrante ao Brasil onze anos após o encerramento do benefício não afasta --- ante a existência de preceito regulamentar que determinava o regresso imediatamente após o término do período de concessão da bolsa, sob pena de devolução integral dos valores recebidos --- sua responsabilidade pelo ressarcimento do erário.

⁶⁵ JARDIM, Leidiane Mara Meira. Decadência e prescrição da ação de ressarcimento nas hipóteses de ilícito que causem prejuízo ao erário. *Juris Plenum*, n. 41, p. 90, set. 2011.

5. Segurança denegada.⁶⁶

Outro precedente importante é o MS 26.210, impetrado contra o Acórdão 2.967/2005-TCU-1ª Câmara, no qual a impetrante alegou de que havia incidido sobre a pretensão do TCU, na espécie, a prescrição quinquenal prevista no Decreto 20.910/32. Em seu voto, o Rel. Min. Ricardo Lewandowski defende a imprescritibilidade por referência direta ao constitucionalista José Afonso da Silva:

A prescritibilidade, como forma de perda da exigibilidade de direito, pela inércia de seu titular, é um princípio geral do direito. Não será, pois, de estranhar que ocorram prescrições administrativas sob vários aspectos, quer quanto às pretensões de interessados em face da Administração, quer quanto às desta em face de administrados. Assim e especialmente em relação aos ilícitos administrativos. Se a Administração não toma providências à sua apuração e à responsabilidade do agente, a sua inércia gera a perda de o seu *ius persecuendi*. E o princípio que consta do art. 37, § 5º, que dispõe: 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. Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (*dormientibus no succurrit ius*).⁶⁷

Importante notar que a jurisprudência do STF à época também afirmava que não era aplicável a analogia nos casos de vácuo legislativo sobre a existência dos prazos prescricionais:

7. Quanto à alegação de prescrição, tenho que não é de ser acatada. É que “incabível (...) falar-se, no caso, de prescrição administrativa, tendo em vista que o direito de invalidar, conforme a doutrina, não é dotado de pretensão e por isso não é passível de prescrição, mas só de decadência, inaplicável ao caso. Além disso, a prescrição é sempre dependente de lei, inexistente na espécie, não se podendo também aplicá-la por analogia, bem como, nos termos do artigo 37, parágrafo 5º, in fine, da CF88, as ações que visam o ressarcimento do erário são imprescritíveis.”⁶⁸

Nos moldes da jurisprudência do STF, a linha de pensamento seguida pelo TCU era de que não poderia haver obstáculos para a concretização do ressarcimento aos cofres públicos, e por isso as ações de ressarcimento ao erário eram imprescritíveis. O principal fundamento adotado foi o de que a existência de prescrição inviabilizaria a eficácia do dispositivo constitucional que torna inesgotável a possibilidade de recomposição do patrimônio público.

⁶⁶ BRASIL. STF. Mandado de Segurança 24.519. Relator: Ministro Eros Grau. Tribunal Pleno. Data da sessão: 28/09/2005.

⁶⁷ MS 26.210-DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski

⁶⁸ MS 27.395/DF, Rel. Min. Menezes Direito. Julg. em 3/8/2009. DJe de 25/8/2009

Ademais, entendeu-se que, à época, os julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal se alinhavam à tese de imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento de danos causados ao erário.

Observa-se o consolidamento desse pensamento no julgado do acórdão 2166/2012 do plenário do tribunal:

Deixar assente no âmbito desta Corte que **o art. 37 da Constituição Federal conduz ao entendimento de que as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis**, ressalvando a possibilidade de dispensa de instauração de tomada de contas especial prevista no §4º do art. 5º da IN TCU nº 56/2007; Ora, se é a Tomada de Contas o instrumento hábil para identificar responsabilidades e quantificar o dano causado ao Erário, **perecendo o direito do Estado de proceder a estas apurações, deixará este de dispor, por decorrência lógica, de meios jurídicos para exigir do agente do ilícito a recomposição dos cofres públicos e inviabilizando a eficácia concreta do dispositivo constitucional que torna perene a possibilidade de recomposição do patrimônio público.**⁶⁹

Essa decisão originou a súmula 282 do TCU, que determinava a imprescritibilidade das ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra agentes causadores de danos ao erário. A partir dessa decisão, o TCU passou a desconsiderar todas as alegações de prescrição nos processos de ressarcimento ao erário, independente da situação do caso em concreto, conforme observado no acórdão a seguir:

Aliás, nos termos da consolidada jurisprudência desta Corte, o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva não implica o afastamento do débito, porquanto as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao Erário são imprescritíveis, nos termos do art. 37, § 5º, da Constituição Federal e da Súmula TCU 282.⁷⁰

Após certo tempo, a jurisprudência do TCU passou a apresentar divergências internas, pois apesar de consolidado o entendimento de que as ações de ressarcimento ao erário eram imprescritíveis, ainda havia questionamentos a respeito da prescrição da pretensão punitiva do tribunal.

O Ministro Walton Alencar Rodrigues, em seu voto no acórdão 1441/2016 do plenário, defendeu que deveria então ser aplicada a cláusula genérica do art. 205 do Código Civil⁷¹ para

⁶⁹ Acórdão 2166/2012 - Plenário, TCU.

⁷⁰ Acórdão 3033/2019 - Plenário, TCU.

⁷¹ Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor

fixar a prescrição decenal das ações, enquanto termo inicial de contagem seria o momento que a irregularidade foi detectada, conforme o art. 189⁷²:

A Parte Geral, que dispõe sobre Pessoas, Bens e Fatos Jurídicos, é propriamente Teoria Geral do Direito e indispensável à ordem jurídica como um todo, embora dê unidade ao Direito Civil.

(...)

Aplica-se, assim, o prazo prescricional indicado no art. 205 do Código Civil a todas as situações em que lei específica fixar prazo superior a dez anos, ou não dispuser sobre o tema. **Nesses termos, ao não dispor sobre o prazo de prescrição da pretensão punitiva do Estado, no exercício do controle externo – ressalvando o meu entendimento pessoal - o único prazo admissível seria a regra geral de prescrição, consignada no Código Civil.**

O silêncio da Lei 8.443/1992, acerca da prescrição da multa, não abre lacuna a ser colmatada por analogia, mas hipótese de incidência da regra geral de prescrição, contida na legislação civil codificada.⁷³

Em seu voto, percebe-se a transposição dos ensinamentos de Maria Helena Diniz a respeito da aplicabilidade dos princípios da parte geral do Código Civil aos mais diversos ramos do Direito:

Apesar de haver objeções à sua inclusão no Código Civil, grande é sua utilidade por conter normas aplicáveis a qualquer relação jurídica. Deveras, o direito civil é bem mais do que um dos ramos do direito privado; **estabelece os parâmetros de todo ordenamento jurídico e engloba princípios ético-jurídicos de aplicação generalizada e não restritiva às questões cíveis.**

É consultando o direito civil que o jurista alienígena percebe qual a estrutura fundamental do ordenamento jurídico de um dado país e que o jurista nacional encontra as normas que têm repercussão em outros âmbitos do direito.

É na Parte Geral que estão contidos os preceitos normativos relativos à prova dos negócios jurídicos, à noção dos defeitos dos atos jurídicos, à prescrição e à decadência, institutos comuns a todos os ramos do direito. Eis por que Planiol, Ripert e Boulanger sustentam que o direito civil continua sendo o direito comum, compreendendo normas atinentes às relações de ordem privada, generalizando conceitos fundamentais utilizados, frequentemente, por juspublicistas.⁷⁴

Por outro lado, importante notar que a aplicação da regra geral de prescrição do Código Civil não foi corrente unânime entre os ministros do TCU, recebendo grande oposição do Ministro Benjamin Zymler:

Por esse motivo, entendo que a utilização das regras do Código Civil para a definição do prazo prescricional aplicável à sanção aplicada pelo TCU no exercício da atividade de controle externo não constitui procedimento adequado, haja vista a absoluta diferença entre os fatos abarcados pelo espaço de incidência daquela regra

⁷² Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

⁷³ Acórdão 1441/2016 - TCU - Plenário.

⁷⁴ DINIZ, Maria H. Curso de Direito Civil Brasileiro - Teoria Geral do Direito Civil Vol.1 - 41ª Edição 2024, página 55.

jurídica – de natureza eminentemente privada – e os inerentes à relação de direito público travada entre a União e os administrados, no âmbito dos processos do TCU.
75

Além disso, no que dizia respeito à fixação de marcos interruptivos para a contagem prescricional, o Ministro Benjamin Zymler entendeu que a citação e a audiência válidas interrompem a contagem do prazo prescricional, o que só deve ocorrer uma única vez durante o processo.

Após as discussões internas, o TCU, na decisão contida pelo Acórdão 1441/2016, chegou ao consenso e consolidou o entendimento de que a pretensão punitiva do TCU deveria ocorrer conforme a regra geral da prescritibilidade prevista no Código Civil, sendo contada a partir da data da ocorrência da irregularidade e interrompida pelo ato que ordenar a citação, a audiência ou a oitiva da parte. Observa-se que o acórdão é, em realidade, um regulamento para a aplicação da prescrição genérica no TCU:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. deixar assente que:

9.1.1. a pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União subordina-se ao prazo geral de prescrição indicado no art. 205 do Código Civil;

9.1.2. a prescrição a que se refere o subitem anterior é contada a partir da data de ocorrência da irregularidade sancionada, nos termos do art. 189 do Código Civil;

9.1.3. o ato que ordenar a citação, a audiência ou oitiva da parte interrompe a prescrição de que trata o subitem 9.1.1, nos termos do art. 202, inciso I, do Código Civil;

9.1.4. a prescrição interrompida recomeça a correr da data em que for ordenada a citação, a audiência ou oitiva da parte, nos termos do art. 202, parágrafo único, parte inicial, do Código Civil;

9.1.5. haverá a suspensão da prescrição toda vez que o responsável apresentar elementos adicionais de defesa, ou mesmo quando forem necessárias diligências causadas por conta de algum fato novo trazido pelos jurisdicionados, não suficientemente documentado nas manifestações processuais, sendo que a paralisação da contagem do prazo ocorrerá no período compreendido entre a juntada dos elementos adicionais de defesa ou da peça contendo o fato novo e a análise dos referidos elementos ou da resposta da diligência, nos termos do art. 160, §2º, do Regimento Interno;

9.1.6. a ocorrência desta espécie de prescrição será aferida, independentemente de alegação da parte, em cada processo no qual haja intenção de aplicação das sanções previstas na Lei 8.443/1992.⁷⁶

A fim de enfrentar a posição do TCU a respeito da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, a questão foi levada ao STF por meio de múltiplos mandados de segurança, que discutiam principalmente a respeito da aplicabilidade da Lei nº 9.873/99, que

⁷⁵ Acórdão 1314/2013 – TCU - Plenário.

⁷⁶ Acórdão 1444/2016 – TCU - Plenário.

em seu art. 1º determina o prazo prescricional de cinco anos para a ação punitiva da Administração Pública⁷⁷. Ao julgar, o STF decidiu que de que a Lei nº 9.873/99 deveria ser aplicada aos processos do TCU:

DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. MULTAS APLICADAS PELO TCU. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. EXAME DE LEGALIDADE.

1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada integralmente pela Lei nº 9.873/1999, seja em razão da interpretação correta e da aplicação direta desta lei, seja por analogia.

2. Inocorrência da extinção da pretensão punitiva no caso concreto, considerando-se os marcos interruptivos da prescrição previstos em lei.

3. Os argumentos apresentados pelo impetrante não demonstraram qualquer ilegalidade nos fundamentos utilizados pelo TCU para a imposição da multa.

4. Segurança denegada.⁷⁸

Importante notar que o acórdão acima menciona apenas a pretensão punitiva do TCU, sem julgar a respeito da imprescritibilidade das pretensões ressarcitórias. Em seu voto, no entanto, o Ministro Relator Luís Roberto Barroso indicou ser incontroverso o entendimento de que o exercício da competência sancionadora da Corte de Contas seria objeto de prescrição, justamente em função da predominância do princípio geral da segurança jurídica.

O STF, então, foi questionado a respeito de ampliar esse entendimento para as ações de ressarcimento ao erário através do RE 636.886/AL, no qual se discutia a constitucionalidade de acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que extinguiu processo de execução de acórdão do TCU por reconhecer a existência de prescrição e extinguir o processo. No acórdão decisório, o Ministro Relator Alexandre de Moraes retomou o tema 897⁷⁹ do STF, afirmando que foi fixada a imprescritibilidade apenas das ações de ressarcimento ao erário decorridas da prática dolosa de improbidade administrativa, conforme tipificado na Lei de Improbidade Administrativa Lei 8.429/1992.

Para os demais atos, seria aplicável o tema 666⁸⁰, que determina a prescritibilidade das ações de ressarcimento à Fazenda Pública.

⁷⁷ Art. 1º 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.

⁷⁸ MS 32.201, Rel. Min. Roberto Barroso, PRIMEIRA TURMA, 29/09/2017

⁷⁹ RE 852475, Rel. Min. Alexandre de Moraes. Tema 897: São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.

⁸⁰ RE 669069, Rel. Min. Teori Zavascki. Tema 666: É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil.

Em seguida, o relator afirma que o TCU, no processo de tomada de contas, não realiza a análise e julgamento de dolo do agente, e sim a análise de elementos técnicos e objetivos das contas fiscalizadas que possam ou não ter resultado em danos ao erário. Portanto, a situação do tema 897 não seria aplicável aos casos de ressarcimento do TCU:

A excepcionalidade reconhecida pela maioria do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no TEMA 897, portanto, não se encontra presente no caso em análise, uma vez que no processo de tomada de contas, o TCU não perquire nem culpa, nem dolo decorrentes de ato de improbidade administrativa, mas, simplesmente realiza o julgamento das contas à partir da reunião dos elementos objeto da fiscalização e apurada a ocorrência de irregularidade de que resulte dano ao erário, proferindo o acórdão em que se imputa o débito ao responsável, para fins de se obter o respectivo ressarcimento.⁸¹

Ademais, destaca-se que o processo de julgamento do TCU não possui garantia do amplo contraditório e da ampla defesa, conflitando com a garantia do devido processo legal. Logo, declarar a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário permitiria a extensão eterna do poder persecutório do Estado, sem que o indivíduo possuísse igual poder de defesa, o que vai de encontro com os princípios da segurança jurídica. Conclui o Ministro afirmando que não há previsão constitucional que determine a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas.

Comentando sobre a decisão, o Min. Gilmar Mendes ressalta em seu voto que, por ser considerada poder de polícia administrativa, a prescrição dos processos de controle externo do TCU deve ser regradada conforme a Lei nº 9.873/99:

Considerando que a atividade de controle externo, a cargo do Poder Legislativo e auxiliado pelo Tribunal de Contas, é exercida, mutatis mutandis, como poder de polícia administrativa lato sensu, cujo objeto é agir preventiva ou repressivamente em face da ocorrência de ilícito que possa causar ou cause prejuízo ao erário, entendendo aplicável o prazo quinquenal punitivo para os casos de ressarcimento aos cofres públicos, salvo em se tratando de fato que também constitua crime, ocasião em que a prescrição rege-se pelo prazo previsto na lei penal.

Até porque, como garantia fundamental do cidadão fiscalizado, conforme visto, é etapa obrigatória a efetivação do contraditório e da ampla defesa no processo de tomada de contas para que, após o regular processo administrativo, culmine-se com o título executivo extrajudicial que enseje a cobrança judicial visando ao ressarcimento ao erário.⁸²

Fixou-se então o tema 899 do STF, cuja tese afirma que “é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão do Tribunal de Contas”.

⁸¹ RE 636.886/AL, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Plenário.

⁸² RE 636.886/AL - Voto Vogal Min. Gilmar Mendes.

Entretanto, o TCU insistiu em manter a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, alegando que a jurisprudência do STF se refere apenas à fase judicial do processo, em nada afetando a o trâmite do processo na corte de contas, conforme se observa nos seguintes acórdãos publicados após o julgamento do tema 899 do STF:

O entendimento proferido pelo STF no RE 636.886 (Tema 899 da Repercussão Geral) , a respeito da prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário com base em decisão de tribunal de contas, alcança tão somente a fase judicial de execução do título extrajudicial, não atingindo os processos de controle externo em trâmite no TCU. As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de dano ao erário são imprescritíveis (Súmula TCU 282) .⁸³

Vale ressaltar que a jurisprudência pacífica nesta Corte é no sentido da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário (Súmula TCU 282). Dessa forma, identificado dano ao erário, deve-se instaurar e julgar o processo de tomada de contas especial para responsabilizar seus agentes causadores, respeitando o direito ao contraditório e à ampla defesa, independentemente de quando ocorreram os atos impugnados. [...]. **Diante de todas as dúvidas ainda existentes sobre a decisão do STF no âmbito do RE 636.886, opto por aplicar ao caso em exame a jurisprudência do TCU então existente, que se fundamenta no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, no que tange ao ressarcimento do prejuízo.**⁸⁴

Dessa forma, se a questão decidida no RE 636.886 AL (Tema 899) não tratou da prescritibilidade das medidas administrativas adotadas no curso do processo de controle externo, ou seja, da existência de prazo prescricional para a constituição do título executivo extrajudicial por tribunal de contas, **não há que se cogitar em mudança na jurisprudência desta Corte de Contas, segundo a qual são imprescritíveis os processos de controle externo que tratem de dano ao erário decorrente da irregular aplicação de recursos públicos.**⁸⁵

Importante notar que a argumentação deste último acórdão tornou-se um entendimento repetitivo do TCU, visto que foi copiada sem qualquer alteração em outro caso distinto:

No que diz respeito à prescrição, ressalto que, no julgamento do Recurso Extraordinário 636.886 AL (Tema 899), que tratou da prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao Erário fundada em decisão de tribunal de contas, os embargos de declaração opostos ao decisum foram apreciados pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual ocorrida de 13/8 a 20/8/2021. (...)

Desse modo, se a questão decidida no RE 636.886 AL (Tema 899) não abordou a prescritibilidade das medidas administrativas adotadas no curso do processo de controle externo, ou seja, da existência de prazo prescricional para a constituição do título executivo extrajudicial por tribunal de contas, não há que se cogitar mudança na jurisprudência desta Corte de Contas, segundo a qual são imprescritíveis os processos de controle externo que tratem de dano ao Erário decorrente da irregular aplicação de recursos públicos.⁸⁶

⁸³ Acórdão 18604/2021 - TCU - Primeira Câmara.

⁸⁴ Acórdão 1060/2021 - TCU - Plenário

⁸⁵ Acórdão 13302/2021 - TCU - Primeira Câmara.

⁸⁶ Acórdão 995/2022 – TCU – Plenário.

A insistência do TCU em não seguir o disposto pelo Tema 899 do STF demonstra uma posição antidialógica do tribunal, que refuta interpretações do art. 37, §5º da CF/88 que divergem de sua visão, mesmo que provenientes do Supremo. Isso resultou na necessidade de os investigados em processos do TCU provocarem o STF por meio de mandados de segurança a fim de obterem o reconhecimento da prescrição dos processos de ressarcimento ao erário:

Cabe assinalar, no entanto, que as informações oficiais prestadas pelo Senhor Presidente do Tribunal de Contas da União, elaboradas por sua consultoria jurídica, revelam que aquela E. Corte de Contas, embora destacando não desconhecer a orientação jurisprudencial firmada por esta Suprema Corte (MS 32.201/DF, v.g.), deixou de observar, mesmo assim, a diretriz jurisprudencial firmada por esta Suprema Corte, tal como enfatizado na manifestação produzida pelo TCU nestes autos, “dada a ausência de efeitos erga omnes da decisão então adotada, aplicável, portanto, somente às partes envolvidas naquela ação”.⁸⁷

Após o STF reverter diversas condenações do TCU, solidificando o entendimento do Tema 899, o TCU organizou um grupo técnico para que fosse redigida uma resolução que dispõe de critérios para a verificação da ocorrência de prescrição em seus processos, pacificando as discussões entre os dois tribunais.

Isso resultou na criação da Resolução nº 344/2022, que reconheceu o prazo quinquenal para a prescrição dos processos no TCU⁸⁸, supostamente nos moldes da Lei nº 9.873/99, conforme estabelecido na jurisprudência do STF.

2.4 Análise da definição dos marcos iniciais de contagem da prescrição

A existência de vácuo legislativo específico sobre a atuação do controle externo permitiu ao TCU estabelecer seus próprios entendimentos utilizando como base apenas a própria resolução interna. A Resolução nº 344/2022, apesar de ser um avanço em relação à antiga jurisprudência do TCU de não reconhecer em nenhuma circunstância a prescrição dos

⁸⁷ MS 37173/DF, Rel. Min. Nunes Marques

⁸⁸ Resolução nº 344/2022:

Art. 1º A prescrição nos processos de controle externo, em curso no Tribunal de Contas da União, exceto os de apreciação, para fins de registro, da legalidade dos atos de admissão de pessoal ou de concessão de aposentadorias, reformas e pensões, observará o disposto na Lei 9.873, de 23 de novembro de 1999, na forma aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, em especial a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5509, e regulamentada por esta resolução.

Art. 2º Prescrevem em cinco anos as pretensões punitiva e de ressarcimento, contados dos termos iniciais indicados no artigo 4º, conforme cada caso.

processos de ressarcimento ao erário, possui dispositivos que permitem a extensão perpétua do prazo de prescricional, retomando a ideia de imprescritibilidade das ações punitivas e de ressarcimento ao erário.

De início, destaca-se o art. 4º da referida resolução, que estabelece os parâmetros dos marcos iniciais da contagem do prazo prescricional:

Art. 4º O prazo de prescrição será contado:

- I - da data em que as contas deveriam ter sido prestadas, no caso de omissão de prestação de contas;
- II - da data da apresentação da prestação de contas ao órgão competente para a sua análise inicial;
- III - do recebimento da denúncia ou da representação pelo Tribunal ou pelos órgãos de controle interno, quanto às apurações decorrentes de processos dessas naturezas;
- IV - da data do conhecimento da irregularidade ou do dano, quando constatados em fiscalização realizada pelo Tribunal, pelos órgãos de controle interno ou pelo próprio órgão ou entidade da Administração Pública onde ocorrer a irregularidade;
- V - do dia em que tiver cessado a permanência ou a continuidade, no caso de irregularidade permanente ou continuada.

De início, percebe-se que há divergências importantes entre a resolução e o disposto pela Lei nº 9.873/99, que conforme a jurisprudência do STF é a lei que define os parâmetros de prescrição dos processos no TCU. Enquanto a resolução prevê cinco possibilidades de contagem do marco presencial, a lei prevê apenas uma: a data de prática do ato, ou em atos contínuos, do dia que tiver cessado⁸⁹.

Outro elemento importante é que a resolução não prevê como definir qual das possibilidades de data do marco inicial de contagem deverá ser utilizada, o que resulta em diferentes marcos iniciais para casos semelhantes, como observado nos seguintes acórdãos:

Portanto, a prescrição deve ser contada a partir da autuação do TC Processo 012.759/2010-4 no TCU, em 12/5/2010, nos termos do art. 4º, inciso III, da Resolução TCU-344/2022.⁹⁰

De acordo com o previsto no artigo 4º, inciso III, da Resolução TCU 344/2022, o termo inicial do prazo prescricional se deu em 19/11/2019, data do recebimento da denúncia pela Caixa Econômica Federal (peça 4, p. 6).⁹¹

No caso em análise, o prazo de prescrição deverá ser contado a partir da data do conhecimento da irregularidade ou do dano, quando constatados em fiscalização realizada pelo Tribunal, à luz do que determina o art. 4º, inciso IV, da Resolução-TCU 344/2022. Assim, deve ser adotado como termo inicial do prazo

⁸⁹Art. 1º 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.**

⁹⁰ Acórdão 243/2023 - TCU – Plenário

⁹¹ Acórdão 256/2023 - TCU - Plenário

prescricional a data do Relatório de Levantamento de Auditoria (peça 4, p. 147-188). Portanto, o termo inicial é o dia 29/7/2003.⁹²

A discricionariedade do TCU em decidir os marcos iniciais da prescrição dos próprios casos gera enorme insegurança jurídica, pois dificulta a preparação de defesa dos próprios investigados, que não possuem modo de calcular se houve ou não a prescrição quando não se sabe o termo inicial de contagem.

Além disso, se considerar como prazo inicial para a contagem do prazo prescricional como sendo do momento em que é dada a denúncia ou da data de conhecimento da irregularidade do TCU, é plenamente possível retomar a tese de imprescritibilidade das ações punitivas e de ressarcimento. Por exemplo, caso considere-se como marco inicial o momento da denúncia ou do conhecimento do ato, um ilícito ocorrido há quinze anos atrás, mas que apenas foi denunciado ao TCU esse ano, não seria suscetível de prescrição, mesmo tendo mais que superado o prazo prescricional quinquenal. Não há compatibilização entre a data de ocorrência do fato investigado e o momento de conhecimento do mesmo pelos tribunais.

Para melhor demonstrar esse ponto, será feita uma análise destacada do acórdão 1364/2024 do Plenário do TCU. O acórdão decorre do processo TC 014.614/2017-0, que investiga a Furnas Centrais Elétricas S.A. e seus administradores por conta de possíveis irregularidades ocorridas no o Lote 'E' do Leilão-Aneel 5/2009.

Os supostos danos ocorreram em 2009, oito anos antes da instauração do processo no TCU. A defesa dos investigados utilizou-se da jurisprudência do STF no Tema 899 e no MS 32.201/DF para afirmar que, conforme o art. 1º da Lei nº 9.873/99, a prescrição quinquenal deve ser contada da data da prática do ato. Citam também o MS 37.664/DF, onde foi julgado caso similar no qual foi reconhecida a prescrição da pretensão punitiva para ato ocorrido em 2009, cuja tomada de contas especial foi instaurada somente em 2018.

Entretanto, o TCU, de modo discricionário, considerou a data do relatório de auditoria, 24 de agosto de 2017, como o termo inicial da fruição do prazo, por corresponder ao conhecimento da irregularidade constatada em fiscalização realizada pelo tribunal, utilizando-se como justificativa única o inciso IV do art. 4º da Resolução nº 344/2022 e, conseqüentemente, não reconheceu a prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória.

⁹² Acórdão 149/2023 - TCU - Plenário

Observa-se que a Resolução nº 344/2022, cujo objetivo era regular a prescrição nos processos do TCU, foi utilizada como justificativa para decidir de modo contrário à jurisprudência do STF, em confronto direto com o estabelecido pelo Tema 899 e pela Lei nº 9.873/99.

2.5 Análise da definição de marcos interruptivos da prescrição

A respeito dos marcos interruptivos da prescrição, o art. 5º da Resolução nº 344/2022 reproduz o disposto pelo art. 2º da Lei nº 9.873/99. Entretanto, a resolução introduz no §1º do referido artigo que “a prescrição pode se interromper mais de uma vez por causas distintas ou por uma mesma causa desde que, por sua natureza, essa causa seja repetível no curso do processo”, confrontando diretamente a Lei nº 9.873/99.

A ausência de limites de interrupções permite que seja retomada a tese da imprescritibilidade das pretensões punitivas e ressarcitórias do TCU por meio do estabelecimento de repetitivos marcos interruptivos, sendo comum processos com dez ou mais marcos interruptivos. Cita-se, por exemplo, o acórdão 9893/2024, com total de onze marcos interruptivos por investigado, e o Acórdão 10320/2023, onde foram identificados trinta e dois marcos interruptivos. O próprio STF já reconheceu que a Resolução nº 344/2022, ao permitir a multiplicidade de marcos interruptivos, torna-se incompatível com a legislação e, conseqüentemente, com o disposto pelo tema 899 do STF, conforme observado no voto vencedor do Min. Gilmar Mendes no Ag. Reg. em MS 37.941.

Retornando ao acórdão 10320/2023, percebe-se que dos trinta e dois marcos interruptivos, vinte e dois deles ocorreram antes da citação do investigado. Isso demonstra que a resolução permite que o indivíduo, sem qualquer espécie de notificação, possa ser alvo de investigações e ser prejudicado inúmeras vezes por interrupções e decisões, sem ter ciência da existência do processo administrativo e sem haver qualquer possibilidade de apresentar as suas devidas contrarrazões, prejudicando o princípio do devido processo legal e gerando enorme insegurança jurídica.

À época da decisão do TCU, o STF já havia se manifestado a respeito do tópico, afirmando que os marcos interruptivos somente possuem validade após a citação do responsável:

Ressalto, ainda, que a empresa não foi notificada da instauração da tomada de contas no TCU. Não teve conhecimento desse fato. Não pode ser considerado, portanto, como interruptivo da prescrição. Além do que, entre a instauração do aludido procedimento e a citação decorreram mais de cinco anos.⁹³

O decurso de prazo superior a 5 (cinco) anos entre a prestação de contas do impetrante, relacionada à aplicação da segunda parcela dos valores oriundos do Convênio n. 257/2003, e sua citação na TC n. 028.839/2014-0, no âmbito da qual as contas apresentadas foram rejeitadas, sobrevindo condenação ao ressarcimento de valores, **impõe o reconhecimento da prescrição, na hipótese de o interessado/responsável não haver tomado conhecimento de qualquer ato da Administração Pública praticado com a finalidade de apurar fatos relacionados à utilização das verbas.**⁹⁴

Outro aspecto controverso da resolução diz respeito ao art. 6º, que dispõe que “aproveitam-se as causas interruptivas ocorridas em processo diverso, quando se tratar de fato coincidente ou que esteja na linha de desdobramento causal da irregularidade ou do dano em apuração”. Conforme a redação do artigo, seria permitido ao TCU interromper o prazo prescricional de um determinado processo por conta de processos diversos que o investigado do processo principal desconheça ou cujas irregularidades investigadas não sejam as que justifiquem a condenação no processo principal. Já a Lei nº 9.873/1999 não faz qualquer menção à essa possibilidade de interrupção da prescrição.

Cita-se, por exemplo, o disposto na decisão de mérito do Acórdão nº 2.586/2021 do Plenário do TCU e na subsequente decisão de embargos de declaração presente no Acórdão nº 612/2022. O caso se tratava de uma investigação da corte de contas a respeito de uma possível fraude à licitação conduzida pela Petrobras na Refinaria Presidente Getúlio Vargas (Repar), o que teria ocorrido em 2008, ano de celebração do contrato.

A denúncia ao TCU a respeito dessa fraude somente foi feita em 2017. Entretanto, ao analisar a ocorrência de prescrição, o Plenário afirmou que os contratos estavam sendo investigados desde 2009, e que havia notificado os responsáveis no mesmo ano, o que daria causa à interrupção da prescrição. Ocorre que a investigação inicial tratava apenas sobre possível sobrepreço nas contratações, e não havia qualquer menção à fraude de licitação, que havia sido a justificativa pela condenação dos responsáveis.

O STF, por meio do MS 38.614, afirmou que, apesar da Lei nº 9.873/1999 prever a interrupção da prescrição por qualquer ato inequívoco que importe a apuração do fato, os atos de investigação levados a efeito sobre fatos e pessoas diversos não podem ser usados para

⁹³ MS 38.223, Rel. Min. Nunes Marques.

⁹⁴ MS 37.807, Rel. Min. Nunes Marques.

justificar a interrupção da prescrição. Para haver efetivamente uma causa interruptiva, o fato inequivocamente apurado deve ser aquele que justificou a aplicação da sanção, e não qualquer outro.

Por fim, é importante notar que, recentemente, a Segunda Turma do STF tem decidido de modo a aplicar o princípio da unicidade da interrupção prescricional, previsto no art. 202 do Código Civil⁹⁵, de modo que a interrupção da prescrição somente ocorrerá uma única vez, afastando a verificação, na prática, da imprescritibilidade das ações de tomada de contas. O entendimento da Segunda Turma define que a citação do investigado é o primeiro e único marco interruptivo da contagem da prescrição:

Admitir-se que o prazo prescricional possa ser interrompido por um número indeterminado de vezes, bastando que para isso se verifique a ocorrência de uma das causas previstas no art. 2º da Lei nº 9.873/1999, **seria o mesmo que, na prática, chancelar a tese da imprescritibilidade das apurações levadas a efeito pelo TCU, o que não encontra ressonância no ordenamento jurídico brasileiro.**

Necessidade de preservação da previsibilidade e da segurança jurídica nas relações existentes entre a Corte de Contas e as pessoas e entidades sujeitas a seu controle. **Incidência do “Princípio da unicidade da interrupção prescricional” (art. 202, caput, do Código Civil).**

(...)

No caso, **a citação para o processo de tomada de contas especial constituiu a primeira medida inequívoca de apuração da conduta individualmente descrita, imputada à pessoa do impetrante, de modo que deve ser considerada a única causa interruptiva do prazo prescricional.**⁹⁶

Nesse mesmo julgado, o Min. Gilmar Mendes reforçou o entendimento de que o termo inicial do prazo prescricional deve ser aquele em que a autoridade toma conhecimento das irregularidades, nos casos em que, por iniciativa própria, o Tribunal realiza auditorias ou inspeções, assim como nos casos em que a ele são diretamente levadas as informações necessárias para a instauração de tomada de contas especial.

2.6 Identificando os elementos do ativismo judicial na atuação do TCU

De início, percebe-se a existência de um padrão de atuação do TCU em relação à aplicação da prescrição em seus processos. A Corte de Contas tem tido uma postura de tentar, ao máximo, manter a imprescritibilidade das ações punitivas e de ressarcimento ao erário. Para tanto, conforme analisado nos acórdãos selecionados acima, são aplicados diversos

⁹⁵ Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:

⁹⁶ MS 37.941, Rel. Min. Edson Fachin

mecanismos internos, majoritariamente derivados da Resolução nº 344/2022, a fim de estabelecer inúmeros obstáculos à prescrição por meio da criação de inúmeros marcos interruptivos e da discricionariedade da definição dos marcos iniciais da contagem do prazo prescricional.

A dimensão estrutural do ativismo judicial, definida principalmente pelo desrespeito às decisões dos outros poderes, se manifesta por meio do histórico de conflito entre o STF e o TCU a respeito dos parâmetros de prescrição. A interpretação do sistema jurídico brasileiro deve ser no sentido de limitar atitudes discricionárias por parte dos agentes públicos. É evidente a deferência do TCU à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que na qualidade de órgão máximo do Poder Judiciário, é o único a poder deliberar com força de definitividade. É ilógico em termos de eficiência, de coerência e de integridade que órgãos públicos não se sintam vinculados a precedentes da Suprema Corte.

O TCU, por outro lado, tem mantido a postura de tentar ao máximo limitar a eficácia das decisões do Supremo por meio de acórdãos que retomam a posição de imprescritibilidade das pretensões punitivas e ressarcitórias, mesmo com o STF possuindo jurisprudência firmemente consolidada a respeito da existência da prescrição nos processos do TCU, e que a mesma deve ser regulada exclusivamente pela Lei nº 9.873/1999.

Conforme demonstrado anteriormente no presente trabalho, inúmeros acórdãos recentes do TCU contradizem diretamente as decisões antecedentes do Supremo, especialmente quando se trata da delimitação dos marcos interruptivos. Mesmo quando diretamente apontado pela defesa dos investigados, o TCU, com apoio da sua Unidade de Auditoria Especializada em Recursos (AudRecursos), costuma rejeitar as justificativas da ocorrência de prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória que se baseiam na jurisprudência do STF, e decidem exclusivamente por meio da resolução interna. Ao se manifestar no sentido de ignorar as decisões realizadas pela Suprema Corte, por meio de acórdãos que argumentam a ineficácia em relação a sua própria atuação, o TCU adentra na dimensão do ativismo estrutural.

A dimensão metodológica do ativismo compreende-se a partir da atitude dos ministros em interpretar os dispositivos constitucionais ou legais expandindo ou reduzindo os seus significados para muito além ou aquém do sentido literal, e até mesmo contra este sentido. Historicamente, percebe-se um reflexo dessa dimensão na interpretação do TCU a respeito da taxatividade do §5º do art. 37 da CF, utilizando-o como base para defender a

imprescritibilidade de todos os seus processos. Também se manifesta quando a Corte de Contas passou a decidir com alto teor de criatividade normativa, sendo o principal exemplo o já citado anteriormente Acórdão 1444/2016, que é menos uma decisão sobre um caso concreto e mais uma elaboração legislativa interna do próprio tribunal para estabelecer princípios próprios de como a prescrição deverá ser aplicada. Percebe-se que há a construção de um terreno fértil para que o ativismo possa se manifestar com bastante força na edição dos acórdãos do TCU, fruto de uma jurisprudência consolidada e firme da própria Corte no que concerne à prescrição.

Após a publicação da Resolução nº 344/2022, essa dimensão se intensificou, pois o tribunal passou a participar ativa e criativamente da construção da ordem jurídica, utilizando-se de normas próprias para decidir, em detrimento do disposto pela legislação vigente, excluindo o espaço de liberdade de atuação do legislador democrático ao criar novas regras normativas. A referida resolução é uma desconsideração da literalidade da Lei nº 9.873/99, visto que expande as definições dos marcos iniciais de contagem do prazo prescricional e permite uma infinidade de marcos interruptivos, ambas proposições não previstas pelo legislador originário.

Em realidade, estamos diante do fenômeno de criação judicial de direito, que conforme os ensinamentos do juiz Scalia⁹⁷ é incompatível com os princípios democráticos do Estado de Direito. As constituições modernas, em especial a brasileira, não permitem aos que decidem se colocarem no lugar dos legisladores a fim de criar normas que vão além das intenções originais do processo legislativo. Fora do âmbito de competência do poder regulamentar, a atividade de elaboração de normas jurídicas deve ser evitada, conforme o princípio da separação dos poderes.

Por fim, a dimensão antidialógica é perceptível quando se observa a percepção que o TCU tem a respeito do seu próprio papel constitucional. A interpretação constitucional não é uma tarefa exclusiva de um único órgão, mas sim uma construção realizada por meio do diálogo entre os diferentes Poderes.

O TCU possui uma identidade institucional não direcionada para a proteção dos direitos individuais das pessoas alvejadas por suas decisões, mas dirigida à proteção dos recursos da União e de sua administração indireta, com enfoque preponderante na supremacia do interesse público sobre o particular. Assim, se posiciona como o último bastião em face das

⁹⁷ SCALIA, Antonin. A matter of interpretation: federal courts and the law. p. 188;

irregularidades e desvios dos administradores públicos, o que em sua visão acaba justificando a imprescritibilidade como ferramenta essencial para garantir que haja a compensação do prejuízo dos cofres públicos, sem diálogo com os demais Poderes.

O Poder Judiciário já se manifestou diversas vezes a respeito da existência da prescrição das pretensões punitivas do TCU, e enquanto o Legislativo não se preocupou em elaborar normas específicas ao processo do TCU, a prescrição configura como direito constitucional, existindo normas que a regulam para os variados processos administrativos. Entretanto, a Corte de Contas se mantém firme ao ignorar possíveis diálogos entre os poderes, não admitindo posições contrárias a sua própria interpretação a respeito da imprescritibilidade prevista no art. 37, §5º da CF/88.

Logo, utilizando como base a teoria multidimensional de Campos, é possível afirmar com plenitude que há sim elementos do ativismo judicial na atuação do TCU em casos de análise de prescrição das pretensões punitivas e ressarcitórias.

CONCLUSÃO

De início, foi feita uma revisão a respeito do histórico doutrinário do ativismo jurídico a fim de identificar os principais elementos que o caracterizam, e como podem ser aplicáveis à atuação do Tribunal de Contas da União. A partir desse ponto, percebe-se que não há um consenso doutrinário a respeito do que exatamente é o ativismo judicial, e sim múltiplas visões com diferentes interpretações sobre suas virtudes.

Com base nas principais doutrinas, foram definidos os principais elementos que consistentemente aparecem nas discussões a respeito da definição do ativismo judicial: a ultrapassagem do princípio da separação dos três poderes; a existência de um conjunto de comportamentos que aumentam a importância e a liberdade das cortes frente aos rumos políticos dos Poderes Executivo e Legislativo; e a centralização das cortes como importante ator político.

A partir da realização da diversidade de elementos que compõem o ativismo, percebeu-se que a melhor doutrina para realizar análises sobre a atuação da Corte de Contas seria a teoria da multidimensionalidade do ativismo de Carlos Alexandre Campos, pois é a melhor capaz de ser aplicada a contextos não jurídicos, visto que analisa os diferentes contextos e formas na qual o ativismo se manifesta, sendo os principais a ausência de deferência judicial às decisões prévias tomadas pelos demais poderes políticos, o desrespeito aos precedentes e a criação judicial do Direito.

Em seguida, foi feita uma revisão bibliográfica da importância do instituto da prescrição para a preservação da segurança jurídica no sistema jurídico brasileiro e da discussão a respeito das diferentes interpretações da existência da prescrição das ações de ressarcimento ao erário com base no art. 37, § 5º da CF/88. Foi observado que a interpretação restrita da norma constitucional a fim de defender a existência da imprescritibilidade fere diretamente os princípios da segurança jurídica.

Estudou-se o histórico do TCU a respeito da prescrição dos processos administrativos, em especial nos casos de ressarcimento às contas públicas, onde foi possível observar que a adoção de teses prescricionais pelo TCU foi marcada por um longo período de conflitos jurisprudenciais entre as interpretações do próprio tribunal e a mudança de visões do STF a respeito da imprescritibilidade.

A partir dessa análise, conclui-se que a ausência de prazos específicos de prescrição para os processos do TCU acabou por permitir ao tribunal que aplicasse os seus próprios entendimentos restritivos a respeito da parte final do § 5º do art. 37 da Constituição Federal, no sentido de que tais ações são imprescritíveis, mesmo em face de decisões do STF que determinam que a prescrição deve seguir o rito disposto pela Lei nº 9.873/1999. Foi apenas em 2022, após o STF realizar a reversão de diversas condenações de ressarcimento ao erário por estarem prescritas, que o Tribunal de Contas da União publicou normativo que regula a figura da prescrição em seus processos.

Apesar de a edição da Resolução nº 344/2022 pretender consolidar a jurisprudência entre os dois tribunais, os acórdãos estudados no presente trabalho demonstraram que a resolução, na verdade, foi utilizada como uma justificativa para retomar a tese de imprescritibilidade das pretensões punitivas e ressarcitórias do tribunal de contas. A referida resolução possui alterações se comparadas à Lei nº 9.873/1999, o que permite ao TCU decidir de modo discricionário em relação ao marco inicial de contagem do prazo prescricional e aplicar inúmeros marcos interruptivos.

O prazo de prescrição quinquenal, conforme disposto pela Lei nº 9.873/1999, tem como principal objetivo proteger a segurança jurídica no âmbito dos processos administrativos ao limitar o poder punitivo do Estado, protegendo o indivíduo de ações investigativas muitos anos após os fatos, quando não se possui mais toda a plena ciência dos fatos ocorridos e/ou a documentação necessária para realizar sua plena defesa.

Portanto, a persistência do TCU em manter a imprescritibilidade das pretensões punitivas e ressarcitórias representa uma corrosão ao princípio da segurança jurídica e, conseqüentemente, uma perda da confiança dos submetidos à sua jurisdição. Ademais, acrescenta-se que a manutenção das condenações pelo TCU dos processos prescritos, apesar da intenção do tribunal em aumentar as devoluções ao erário, em realidade acaba por elevar os custos aos cofres públicos, pois além dos custos processuais elevados ao se manter um processo durante mais de cinco anos, a atual jurisprudência do STF acaba por constantemente reconhecer a prescrição quinquenal, anulando todas as condenações e realizando a devolução de todas as quantias recolhidas com a devida correção monetária.

Embora não seja possível afirmar que toda a instituição do TCU em todos os seus processos é certamente ativista, a partir do exposto no presente trabalho, pode-se concluir que o Tribunal de Contas da União, no exercício de suas competências constitucionais, expede

decisões que possuem elementos considerados ativistas, especialmente se seguirmos a análise multidimensional apresentadas na doutrina de Carlos Alexandre de Azevedo Campos.

Logo, é certo afirmar que o presente trabalho, ao demonstrar o histórico do TCU em relação à prescrição de seus processos, obteve sucesso em identificar, de maneira explícita, a existência de elementos de ativismo judicial na atuação do tribunal, o que evidencia a necessidade de reforma da Resolução nº 344/2022, a fim de se adequar à jurisprudência do STF e melhor proteger a segurança jurídica dos submetidos à persecução do TCU.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Carlos Maurício Brasília: IDP/EDB, 2014.189f.- Dissertação (Mestrado). Instituto Brasiliense de Direito Público.

_____. **Ausência de prazos prescricionais na atuação do Tribunal de Contas da União e seus reflexos sobre a segurança jurídica.** RIL Brasília a. 52 n. 208 out./dez. 2015 p. 277-301.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **A prescrição em abstrato no processo administrativo disciplinar.** Revista de Direito Administrativo, Belo Horizonte, v. 244, jan./abr. 2007.

BARNETT, Randy. **Constitutional Clichés.** Capital University Law Review V. 36 (3), 2008,

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo.** Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro: MPRJ, nº 40, jul./set. 2013.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** [Syn] Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012a.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo,** 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2017.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet., BARROS, Janete Ricken. **Ativismo em decisões judiciais/** Organizador Paulo Gustavo Gonet Branco – Brasília : IDP, 2014.

_____. **Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial.** In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Jus Podivm, 2011

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Manual de Sanções Administrativas do TCU**. Brasília/DF, 2020. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/manual-de-sancoes-administrativas-do-tcu.htm>. Acesso em: 14 de novembro de 2024.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2ª ed. Coimbra: Almedina. 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Improbidade Administrativa: prescrição e outros prazos extintivos**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

CARVALHO, Jéssica Reis Sulz Gonsalves. (2023). **Evolução das teses de prescrição nos processos em trâmite no Tribunal de Contas da União**, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, p. 4-49.

CASTRO, João Monteiro de. **Imprescritibilidade da responsabilidade civil do ilícito prejudicial ao erário por ato culposo de agente público**. In: CIANCI, Mirna (Coord.). **Prescrição no Código Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CASTRO, José Ricardo Parreira. **Ativismo de contas – controle das políticas públicas pelos Tribunais de Contas. Dissertação (Mestrado)** – Curso de Direito, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – Unirio, Rio de Janeiro, 2015

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Moreira Alves v. Gilmar Mendes: A evolução das dimensões metodológica e processual do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. In: LIMA, Luiz Henrique; OLIVEIRA, Weder de; CAMARGO, João Batista (Coords.). **Contas governamentais e responsabilidade fiscal: desafios para o controle externo – estudos de ministros e conselheiros substitutos dos Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. **As dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**, In Revista de Direito Público n.º 06, Julho-Dezembro de 2011, Instituto de Direito Público, Lisboa, Almedina, 2011, p. 242 e 246-250

_____. **A Evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana**, Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 60, abr./jun. 2016

CAMPOS, Éric Izáccio de Andrade. **Análise da Prescrição pelo Tribunal de Contas da União** In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Revista do TCU**, Brasília, v. 116, n. 1, p. 27-38, set/dez. 2009. Edição completa.

CORDEIRO, R. S. **Prescrição administrativa**. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 207, p. 105–120, 1997. DOI: 10.12660/rda.v207.1997.46940. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/46940>. Acesso em: 12 dez. 2024.

DIAS, Eduardo Rocha; SÁ, Fabiana Costa Lima de. **O ativismo judicial à luz do pensamento de Konrad Hesse sobre a força normativa da Constituição**. Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 57, n. 225, p. 165-179, jan./mar. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Teoria Geral do Direito Civil Vol.1 - 41ª Edição 2024**. 41. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. *E-book*. p.IV. ISBN 9788553621439. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553621439/>. Acesso em: 08 jan. 2025.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2024.

DUNCAN, Richard. **Justice Scalia and the Rule Of Law: Originalism Vs. The Living Constitution (2016)**. University of Nebraska College of Law, Faculty Publications.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 22ª Edição 2019. 22nd ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p.354. ISBN 9788530986810. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530986810/>. Acesso em: 13 nov. 2024.

GRAGLIA, Lino A. **It's not constitutionalism, it's judicial activism**. 19 Harv. J. L. & Pub. Polly, n. 293, p. 5, 1995-1996

GROSTEIN, Julio. **Ativismo Judicial**. São Paulo: Almedina, 2019. *E-book*. p.23. ISBN 9788584935420.

JARDIM, Leidiane Mara Meira. **Decadência e prescrição da ação de ressarcimento nas hipóteses de ilícito que causem prejuízo ao erário**. Juris Plenum, n. 41, p. 90, set. 2011.

JÚNIOR, Marcos Ehrhardt. **Direito civil: LICC e Parte Geral**. Salvador: JusPodium, 2009. v. 1, p. 462.

KMIEC, Keenan D., **The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”**, California Law Review, vol. 92:1441, 2004.

KREMER, Keila Oliveira. **O Ativismo do Tribunal de Contas da União no âmbito das licitações e contratos públicos**. Universidade Federal Fluminense, 2023.

LINDQUIST, Stefanie A. **The Scientific Study of Judicial Activism**. Minnesota Law Review V. 91 (6), 2007, p. 1.752

LÔBO, P. L. N. **Direito Civil Volume 1 - Parte Geral**. [S.l.]: Saraiva, 2022.

MARQUES, Raphael Peixoto. **O instituto da prescrição no direito administrativo**. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Revista do TCU**, Brasília, v. 95, n. 1, p. 53-73, jan/mar. 2003. Edição completa.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **“Políticas públicas” e Judiciário: uma abordagem neoconstitucional**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, a. 18, n. 71, jan./mar. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 13ª ed., São Paulo, Saraiva, 2018.

MENDES, Lucas; **Ativismo judicial é “lenda” diz Roberto Barroso**. CNN Brasil, disponível em
<<https://www.cnnbrasil.com.br/politica/ativismo-judicial-e-lenda-diz-roberto-barroso/>>
Acessado em 25 de outubro de 2024.

MELLO, Ruy Nestor Bastos. **O ativismo judicial do STF em face do legislativo: Identificação de limites de jurisdição constitucional e análise crítica de decisões sobre a reforma política**. Escola Judiciária Eleitoral de Bahia, 2018.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1996.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**. 6 vol. Rio de Janeiro, Revista dos Tribunais, tomo VI, 2013.

MONTEIRO, Washington. **Curso de Direito Civil**. 27ª Edição. São Paulo, Saraiva, 1991.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. **O controle da Administração Pública pelo Judiciário em tempos de neoconstitucionalismo: os limites do ativismo judicial na concretização dos direitos fundamentais em proteção ao mérito administrativo**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, a. 18, n. 73, jul./set. 2018.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 155.

NASSAR, Elody. **Prescrição na administração pública**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2009

PEREIRA, Caio Mário da S. **Instituições Direito Civil-Introd. ao Dir. Civil-Teoria Geral Dir. Civil-Vol.I-35ª Ed. 2024**. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. *E-book*. p.587. ISBN 9786559649105. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559649105/>. Acesso em: 16 jan. 2025.

RAMOS, André de Carvalho. **Imprescritibilidade da ação de ressarcimento por danos ao erário** Brasília : Escola Superior do Ministério Público da União, 2011.

RAMOS, Elival da S. **Ativismo judicial : parâmetros dogmáticos, 2ª edição.** Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2015. *E-book*. p.11. ISBN 9788502622289. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788502622289/>. Acesso em: 30 dez. 2024.

SCALIA, Antonin. **A matter of interpretation: federal courts and the law**. Princeton: Princeton University Press, 1997.

SCHLESINGER, Arthur M., **The Supreme Court: 1947**, Fortune, janeiro de 1947, p. 208.

SEABRA, Miguel. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**, 6. ed., São Paulo, Saraiva, 1984.

SÉRGIO, Francisco. **O ativismo na atuação jurídico-administrativa do Tribunal de Contas da União**. RIL Brasília a. 53 n. 209 jan./mar. 2016 p. 303-328.

SILVA, José Alfonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 41º ed. - São Paulo, 2018.

THEODORO, Humberto. **Prescrição e decadência**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

YOUNG, Ernest. *Judicial Activism and Conservative Politics*, 73 U. COLO. L. REV. 1139 (2002).

NORMAS E JULGADOS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Planalto, outubro de 1988.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

_____. Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999. Estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, e dá outras providências. Diário Oficial da União: 24 de novembro de 1999, p. 3.

_____. Lei nº 9.784/1999, de 29 de janeiro de 1999. Lei Geral do Processo Administrativo Federal

_____. Decreto n. 20.910, de 6 de janeiro de 1932. Regula a prescrição quinquenal. Diário Oficial da União, 8 jan. 1932.

_____. Tribunal de Contas da União. Resolução - TCU nº 344, de 11 de outubro de 2022, Brasília, DF.

_____. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 215/1999 - Plenário, Rel. Min. Substituto José Antonio Barreto de Macedo, 12 de maio de 1999.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.166/2012 – Plenário, Rel. Min. Ana Arraes, 15 de agosto de 2012.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 3.033/2019 – Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman, 15 de agosto de 2019..

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 13.302/2021 – Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, 14 de setembro de 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 18.604/2021 – Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman, 23 de novembro de 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 146/2023 – Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer, 01 de fevereiro de 2023.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 146/2023 – Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer, 01 de fevereiro de 2023.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 243/2023 – Plenário, Walton Alencar Rodrigues, 15 de fevereiro de 2023..

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 259/2023 – Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman, 15 de fevereiro de 2023.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 239/2024 – Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, 21 de fevereiro de 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 579.951, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, plenário, 20 de outubro de 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 669.069, Rel. Min. Teori Zavascki, plenário, 12 de novembro de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 852.475, Rel. Min. Alexandre de Moraes, 23 de agosto de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 636.886, Rel. Min. Alexandre de Moraes, plenário, 20 de abril de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS 32.201, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, primeira turma, 29 de setembro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS 37.807, Rel. Min. Nunes Marques, segunda turma, 27 de março de 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS 38.223, Rel. Min. Edson Fachin, segunda turma, 09 de maio de 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS 37.941, Rel. Min. Edson Fachin, segunda turma, 27 de maio de 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS 37.173, Rel. Min. Nunes Marques, segunda turma, 07 de agosto de 2024.

Tribunal Europeu de Direito Humanos. 9 janeiro 2013, n. 21722/11. **Oleksandr Volkov v. Ucrânia**, § 137.

UNITED STATES, **Obergefell v. Hodges**, 576, Supreme Court, 2015.