

Processo: 1031790
Natureza: RECURSO ORDINÁRIO
Recorrente: Aelton José de Freitas
Órgão: Prefeitura Municipal de Iturama
Processo referente: 490739, Processo Administrativo
Apenso: 1024745, Embargos de Declaração
Procuradores: Gilberto Ferreira Ribeiro Júnior, OAB/MG 101.907 e Rodrigo Ferreira de Carvalho, OAB/MG 93.212
MPTC: Glaydson Santo Soprani Massaria
RELATOR: CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO

TRIBUNAL PLENO – 15/12/2021

RECURSO ORDINÁRIO. PREFEITURA MUNICIPAL. PRELIMINAR. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. AFASTADA. PREJUDICIAL DE MÉRITO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. SEGURANÇA JURÍDICA. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.

1. Salvo as hipóteses previstas expressamente na Constituição Federal, a regra da prescrição é garantia de justiça e viabiliza a segurança jurídica ao estabelecer limites temporais ao exercício do direito de ação. O exercício do contraditório e da ampla defesa podem ser inviabilizados pela passagem do tempo, sendo a previsibilidade do prazo prescricional imprescindível para o alcance da verdade material.
2. Compete exclusivamente ao Judiciário a manifestação quanto à configuração de ato doloso de improbidade administrativa previsto na Lei nº 8.429/1992.
3. A atuação dos tribunais de contas nos processos de controle externo submete-se a limites temporais tanto na aplicação de sanções como na imputação de débito, com fundamento nas teses de repercussão geral fixadas pelo STF nos Temas nºs 666, 897 e 899.
4. Aplicam-se as disposições previstas na Lei Complementar estadual nº 102/2008 para a prescrição da pretensão punitiva e da pretensão de ressarcimento enquanto não sobrevier regulamentação específica.
5. O reconhecimento da prescrição da pretensão de ressarcimento nos tribunais de contas não obsta a cobrança, pela via judicial, do valor dano ao erário decorrente da prática de ato doloso de improbidade administrativa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e das Notas Taquigráficas, diante das razões expendidas no voto do Relator, em:

- D) conhecer do recurso ordinário, preliminarmente, uma vez que a parte é legítima e o recurso é próprio e tempestivo;

- II)** afastar a preliminar suscitada pelo recorrente quanto à violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa pelos fundamentos já expostos nos Embargos de Declaração n. 1024745;
- III)** reconhecer, em prejudicial de mérito, a ocorrência da prescrição da pretensão de ressarcimento, com fundamento no art. 118-A, II, da Lei Complementar estadual nº 102/2008 e do parágrafo único do art. 392-A do RITCMG, em razão do transcurso de prazo superior a oito anos entre a ocorrência do primeiro marco interruptivo da prescrição e a prolação da decisão de mérito recorrível, sem que este Tribunal tenha julgado em caráter definitivo a matéria;
- IV)** dar provimento ao recurso interposto por Aelton José de Freitas, ex-Prefeito do Município de Iturama e afastar a imputação de dano ao erário determinado na decisão proferida no acórdão do Processo Administrativo n. 490739 de 28/11/2016, pela Segunda Câmara;
- V)** declarar a extinção do processo com resolução de mérito, em conformidade com o preceituado no art. 110-J da Lei Complementar estadual nº 102/2008;
- VI)** determinar a intimação do Sr. Aelton José de Freitas, ex-Prefeito do Município de Iturama, e dos seus procuradores, do inteiro teor desta decisão, nos termos do disposto no art. 166, § 1º, inciso I, e § 3º, da Resolução n. 12/2008;
- VII)** determinar, após o trânsito em julgado da decisão, o encaminhamento dos autos ao Ministério Público junto ao Tribunal para que avalie a necessidade de acionar o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, nos termos do disposto no art. 32, inciso VI, da Lei Complementar estadual nº 102/2008; e
- VIII)** determinar o arquivamento dos autos, com base no art. 176, inciso I, do Regimento Interno (Resolução nº 12/2008).

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro em exercício Adonias Monteiro, o Conselheiro Wanderley Ávila, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão, o Conselheiro José Alves Viana e o Conselheiro Gilberto Diniz.

Presente à sessão a Procuradora Sara Meinberg.

Plenário Governador Milton Campos, 15 de dezembro de 2021.

MAURI TORRES
Presidente

DURVAL ÂNGELO
Relator

(assinado digitalmente)

NOTAS TAQUIGRÁFICAS
TRIBUNAL PLENO – 15/12/2021

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Ordinário interposto pelo Sr. Aelton José de Freitas, ex-Prefeito do Município de Iturama em face do acórdão proferido pela Segunda Câmara desta Corte na sessão do dia 28/11/2016, publicado no Diário Oficial de Contas em 20/09/2017 nos autos do Processo Administrativo n. 490.739, que reconheceu a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal, considerando a paralisação da tramitação do processo por mais de cinco anos em um mesmo setor desta Casa. Contudo, em decorrência de despesas consideradas irregulares, determinou a devolução pelo ordenador de despesas, à época Sr. Aelton José de Freitas do valor de R\$665.544,82 (seiscentos e sessenta e cinco mil quinhentos e quarenta e quatro reais e oitenta e dois centavos).

O recorrente em suas razões recursais alegou como questão preliminar, cerceamento de defesa, sob o fundamento de que a decisão que condenou o recorrente ao ressarcimento de quantia ao erário se baseou em provas utilizadas de processo/procedimento considerado nulo judicialmente, além de incompletas e insuficientes e sem a devida apuração do valor.

Asseveraram, que, devido ao longo decurso de tempo entre a ocorrência dos fatos, que datam de dezembro de 1999, e o julgamento dos autos, ficou prejudicada a verificação material de eventual responsabilidade do gestor de um possível dano ao erário ocorrido aos cofres municipais.

Argumentaram ainda, que a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário está sendo relativizada e discutida pelo Supremo Tribunal Federal (Tema n 897 do STF).

No mérito, o recorrente solicitou a reforma da decisão, para que fosse acolhida as despesas constantes no Anexo 15 do relatório de inspeção (fl. 51/55 do Processo n. 490.739) e isenção do Recorrente ao ressarcimento da quantia a ele imputada.

A petição recursal foi protocolizada em 02/03/2018 e em seguida a Secretaria do Pleno emitiu a Certidão nos termos do art. 328 da Resolução 12/2008.

Distribuídos os autos e presentes os pressupostos de admissibilidade, a então Relatora Conselheira Adriene Andrade recebeu o recurso e, em observância ao disposto no caput do art. 336 do Regimento Interno desta Corte, determinou o encaminhamento dos autos à 4ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios para análise técnica e em seguida ao Ministério Público junto ao Tribunal para emissão de parecer conclusivo (fl. n. 12).

A unidade técnica, após análise da petição recursal e da documentação apresentada, concluiu que não foram apresentadas novas justificativas capazes de modificar a decisão proferida por este Tribunal no processo Administrativo n. 490.739. Contudo, com fundamento nos precedentes desta Casa de n. 453.690 e 694.117, em que foi acordado que despesas realizadas junto a empresas inidôneas não ensejam dano ao erário, manifestou-se no sentido da reforma parcial da citada decisão, com a dedução do montante de despesas irregulares imputadas ao ex-Prefeito (R\$665.544,82) do somatório dos gastos comprovados por notas fiscais de empresas declaradas inidôneas pela SEF/MG que somam o valor de R\$26.230,00 (vinte e seis mil duzentos e trinta reais) (fls. 14 à 20).

Em 01/08/2018 os autos foram redistribuídos a minha relatoria.

O Ministério Público junto ao Tribunal instado a se manifestar, entendeu haver no presente caso indícios de improbidade administrativa e dolo na conduta do Chefe do Poder Executivo de Iturama, tendo em vista que o Sr. Aelton José de Freitas era o ordenador de despesas à época dos fatos apurados e teria apresentado comprovantes de despesas mediante documentos fiscais emitidos por empresas falsas ou inexistentes, e que a alegação do recorrente de que a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário está sendo relativizada e discutida no STF, não merece prosperar, pois conforme julgado do STF em 08/08/2018, o entendimento é de que as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificadas na Lei de Improbidade Administrativa, são imprescritíveis e, portanto, tal alegação não merecia prosperar.

Asseverou, ainda, que cabe ao administrador o dever de cuidado de não estabelecer negociações com empresas inidôneas. Assim, concluiu pelo conhecimento do presente recurso e pela manutenção da decisão de mérito prolatada nos autos do processo administrativo n. 490.739.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1 – Preliminar de admissibilidade

Da análise dos pressupostos de admissibilidade, verifica-se que a parte é legítima e o recurso é próprio e tempestivo, razão pela qual conheço do recurso.

CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO ADONIAS MONTEIRO:

Conheço.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Também estou de acordo com o Relator.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

FICA APROVADA A PRELIMINAR DE ADMISSIBILIDADE.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

II.2 – Violação ao Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa

O recorrente alegou que as despesas realizadas e comprovadas com documentação inidônea, colhidas por uma Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI, considerada judicialmente anulada foram a base para que o Tribunal de Contas determinasse o ressarcimento ao erário do valor de R\$665.544,82.

Ressaltaram que, apesar de tais informações poderem ser aproveitadas para o exercício do controle externo, seriam necessárias “diligências para corroborar as informações constantes das referidas certidões, diligências estas que estariam prejudicadas, não tendo sido realizadas, em decorrência do transcurso de quase vinte anos da emissão de referidas notas fiscais., violando assim, o direito ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal.

Argumentaram ainda, que o valor apontado não tem respaldo legal, sequer técnico, tendo sido ordenado o seu ressarcimento sem que sequer se procedesse à devida apuração e atualização pela Unidade Técnica, incorrendo a condenação em ofensa aos princípios da segurança jurídica, razoável duração do processo, proporcionalidade, dignidade da pessoa humana, eficiência e racionalização administrativa.

A Unidade Técnica (fls. 14/70) entendeu desnecessárias tais argumentações recursais, haja vista que estas mesmas questões foram apontadas nas razões apresentadas nos Embargos de Declaração n. 1.024.745.

O Ministério Público junto ao Tribunal (fls. 25/30) concluiu que as alegações feitas em caráter preliminar, que inclusive já foram refutadas nos Embargos Declaratórios n. 1.024.745, não merecem prosperar, posto que a condenação do Sr. Aelton José de Freitas ao ressarcimento ao erário fora feita com base na análise de documentação apresentada pelos técnicos do Tribunal de Contas, após inspeção in loco, conforme relatório às fls. 2458/2460 dos autos n. 490.739, e não baseada em provas que foram desconsideradas judicialmente como insiste em afirmar o recorrente

Diante do exposto, reiterando as razões de direito expostas nos Embargos de declaração n. 1.024.745, em que o recorrente apresentou argumento de igual natureza ao aqui discutido, tendo o seu pleito sido julgado improcedente, conforme excerto transcrito pela Unidade Técnica, afasto a preliminar arguida pelo recorrente.

CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO ADONIAS MONTEIRO:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

De acordo.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

APROVADA A SEGUNDA PRELIMINAR.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

II.3 – Prejudicial de mérito

Passo a análise do instituto da prescrição para verificar a sua incidência no âmbito da competência deste Tribunal para imputar ao responsável ou ao interessado a devolução de valores ao erário (**pretensão de ressarcimento**).

II.3.1 – Prescrição da pretensão de ressarcimento

De início, ressalto que, em várias decisões¹, aderi ao posicionamento de que nenhuma das teses de repercussão geral fixadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nos Temas n^{os} 666, 897 e 899 se aplicava aos processos de controle externo. Por conseguinte, manifestei-me contrariamente à incidência da prescrição **sobre a pretensão deste Tribunal de Contas de apurar a ocorrência de prejuízo ao erário e de condenar o(s) agente(s) que lhe deu(ram) causa ao ressarcimento dos valores devidos**, pretensão essa adiante denominada apenas de **pretensão de ressarcimento**.

No entanto, em recentes julgados do Tribunal Pleno² e da Primeira Câmara³, após refletir sobre os novos argumentos trazidos pelo Conselheiro Cláudio Terrão e pelo Conselheiro Sebastião Helvecio, modifiquei o meu entendimento a respeito do sentido e do alcance da ressalva contida na parte final do art. 37, § 5^o, da Constituição Federal (“ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”), conforme será adiante detalhado.

Informo que o Ministério Público junto a este Tribunal⁴ já teve oportunidade de se manifestar a respeito do tema, aderindo ao posicionamento de que a ressalva da imprescritibilidade não se aplica aos processos de controle externo, conforme se verifica do parecer emitido nos autos do Recurso Ordinário n^o 1.098.280, cuja conclusão segue transcrita:

Diante da interpretação do art. 37, parágrafo 5^o, da Constituição de 1988, desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal nos Temas de Repercussão Geral n^{os}

¹ Seguem adiante especificados processos de minha relatoria nos quais defendi a tese da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento do Tribunal de Contas: Tomada de Contas Especial n^o 885.874 (1^a Câmara, julgado em 25/8/2020), Recurso Ordinário n^o 1.015.376 (Tribunal Pleno, julgado em 5/8/2020) e Recurso Ordinário n^o 1.047.689 (Tribunal Pleno, julgado em 12/8/2020).

² Seguem adiante especificados processos do Tribunal Pleno nos quais passei a aderir ao entendimento de que a pretensão de ressarcimento do Tribunal de Contas encontra-se sujeita à prescrição: Recurso Ordinário n^o 1.066.476 (relator conselheiro Claudio Terrão, julgado em 28/4/2021), Recurso Ordinário n^o 1.077.095 (relator conselheiro Cláudio Terrão, julgado em 28/4/2021), Recurso Ordinário n^o 1.084.258 (relator conselheiro Cláudio Terrão, julgado em 28/4/2021), Recurso Ordinário n^o 1.084.623 (relator conselheiro Cláudio Terrão, julgado em 28/4/2021), Recurso Ordinário n^o 1.082.569 (relator conselheiro Wanderley Ávila, julgado em 28/4/2021), Embargos de Declaração n^o 1.092.661 (relator conselheiro José Alves Viana, julgado em 28/4/2021), Recurso Ordinário n^o 1.084.527 (relator conselheiro José Alves Viana, julgado em 28/4/2021) e Recurso Ordinário n^o 1.054.102 (relator conselheiro Claudio Terrão, julgado em 28/4/2021).

³ Seguem adiante especificados processos da Primeira Câmara nos quais passei a aderir ao entendimento de que a pretensão de ressarcimento do Tribunal de Contas encontra-se sujeita à prescrição: Denúncia n^o 888.137 (relator conselheiro Sebastião Helvecio, julgado em 4/5/2021) e Processo Administrativo n^o 679.815 (relator conselheiro Sebastião Helvecio, julgado em 4/5/2021).

⁴ Manifestação da lavra do Procurador Daniel de Carvalho Guimarães

666, 897 e 899, de que a **pretensão ressarcitória exercida pelos Tribunais de Contas nos processos de sua competência não estão incluídos na ressalva da parte final do referido dispositivo**, entendendo que deve ser extinto o processo, com resolução de mérito pela ocorrência da prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória do TCEMG. **(Grifei.)**

Antes de elucidar as causas do meu novel entendimento, reitero minhas colocações iniciais quanto ao instituto da prescrição, em especial a mencionada lição de Tartuce de que a prescrição extingue apenas a pretensão, mantendo incólume o direito em si. Claro este meu entendimento quanto à permanência do direito em si, a despeito da prescrição da pretensão de ressarcimento em âmbito administrativo, sinto-me à vontade para esmiuçar melhor o tema, sob a ótica da jurisprudência do STF.

Desde a promulgação da Constituição Federal, questiona-se a interpretação que deve ser dada à parte final do seu art. 37, § 5º, tendo prevalecido durante décadas o entendimento de que o legislador constituinte definiu que as ações de ressarcimento ao erário eram imprescritíveis, fossem elas decorrentes de atos de improbidade ou não. Tal interpretação decorria de argumentos vários como o de que o patrimônio público pertence a toda a coletividade, de modo que o dano contra ele, por afetar toda a sociedade, exige proteção diferenciada. Por esse motivo, a Constituição haveria estabelecido a imprescritibilidade das ações voltadas à recomposição do erário. Este argumento conferiu uma superioridade à coisa pública que sempre destoou do sistema jurídico por impactar sobremaneira a proteção dos princípios da ampla defesa e da segurança jurídica.

Em 2008, ao julgar o Mandado de Segurança nº 26.210/DF⁵, o STF reafirmou, por maioria de votos, a tese da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento do dano ao erário:

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

A partir de 2016, o STF voltou a enfrentar, de forma verticalizada, pelo reconhecimento da repercussão geral, a questão hermenêutica da parte final do art. 37, § 5º, da Constituição Federal. Numa sucessão de julgamentos que originou os Temas nºs 666, 897 e 899, a Corte finalmente se manifestou quanto à celeuma interpretativa para adotar teses mais restritivas ao poder estatal.

Primeiramente, ao julgar o RE nº 669.069/MG⁶, o STF enfrentou a controvérsia quanto à prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário decorrentes de ilícitos civis, sem entrar na questão das ações decorrentes dos atos penais e de improbidade, divergência levantada pelo ministro Luís Roberto Barroso, que, à época, afirmara não haver consenso sobre a questão da imprescritibilidade em matéria de improbidade, tendo, ainda, ponderado que o recurso analisado estava restrito à prescrição de ilícitos civis. Também o ministro Marco Aurélio Mello reafirmou seu entendimento já manifestado no Mandado de Segurança nº 26.210/DF, supracitado de que as ações patrimoniais não são imprescritíveis.

⁵ Supremo Tribunal Federal. MS nº 26.210/DF. Plenário. Relator ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 04/09/2008.

⁶ Supremo Tribunal Federal. RE nº 669.069/MG. Plenário. Relator ministro Teori Zavascki. Julgado em 03/02/2016.

Segundo o professor Emerson Gabardo⁷, fervoroso defensor da tese da prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, “a pergunta a ser respondida pelo STF naquela oportunidade poderia assim ser descrita: ‘são ou não imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário oriundas de ato ilícito?’”.

O acórdão, objeto do RE nº 669.069/MG, proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim consignou:

(...) os requisitos que legitimam a ação de improbidade administrativa, imprescritível nos termos do permissivo constitucional inscrito no § 4º do artigo 37⁸⁹, não se confundem com aqueles decorrentes da ação de ressarcimento dos prejuízos ao patrimônio público por causa diversa, no caso, acidente automobilístico, que deve observar, dentre outros, a prescrição quinquenal.

A Fazenda Pública sustentou que “as ações de ressarcimento ao erário propostas em caso de ilícitos civis praticados contra o Poder Público são imprescritíveis” e “que, ainda quando direcionadas contra particulares, as ações de ressarcimento ajuizadas em nome do patrimônio público estariam ressalvadas da prescrição, pois o dispositivo constitucional em questão estaria impregnado de noções de supremacia e de indisponibilidade do interesse público”.

De acordo com o Procurador-Geral da República, no RE nº 669.069/MG, o art. 37, § 5º, da Constituição Federal deveria alcançar também os ilícitos civis, pois “a regra da imprescritibilidade, ao ser consagrada no texto constitucional, por legítima decisão do legislador constituinte, acarreta a afirmação da segurança jurídica em prol do interesse público consubstanciado na proteção do erário”.

Os argumentos da defesa não prosperaram e o STF adotou a seguinte tese, configurada no Tema nº 666: **“É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil.”**

Dessa forma, permaneceu a discussão quanto à imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento decorrente de ato de improbidade. Destaco, por oportuno, que, em 2016, não havia distinção entre ato ímprobo doloso e culposo.

Com o Tema nº 666, o STF dava início a uma importante guinada interpretativa, pois, até então, o esforço doutrinário e jurisprudencial era quase que em sua totalidade voltado para a interpretação literal, e não sistemática, da Constituição Federal.

Quanto a esse ponto, a ministra Carmen Lúcia destacou, no julgamento do RE nº 669.069/MG, a doutrina do professor titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Emerson Gabardo, em que ele aborda os dilemas envolvidos no interesse público primário

⁷ GABARDO, Emerson. *A mudança de entendimento do STF sobre a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário*. Revista Colunistas de Direito de Estado. Ano 2016. Núm. 81. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/emerson-gabardo/a-mudanca-de-entendimento-do-stf-sobre-a-imprescritibilidade-das-acoes-de-ressarcimento-ao-erario>. Acesso em: 21/5/2021.

⁸ A menção no acórdão recorrido ao art. 37, § 4º, da Constituição Federal foi considerada *obiter dictum* após manifestação do ministro Luís Roberto Barroso. O relator, ministro Teori Zavaski, pontuou que a tese da repercussão geral era “imprescritibilidade das ações de ressarcimento de danos causados ao erário ainda que o prejuízo não decorra de ato de improbidade administrativa”, todavia o ministro Luís Roberto Barroso sustentou a necessidade de aterem-se ao caso concreto, o qual versava sobre uma ação de reparação de dano por um acidente automobilístico. O posicionamento do ministro Luís Roberto Barroso foi encampado pelo voto vista do ministro Dias Toffoli, prevalecendo ao final a tese: “É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil.”

⁹ O *obiter dictum* (*obiter dicta*, no plural) ou simplesmente *dictum* é o argumento jurídico, consideração, comentário exposto apenas de passagem na motivação da decisão, que se convola em juízo normativo acessório, provisório, secundários, impressão ou qualquer outro elemento jurídico-hermenêutico que não tenha influência relevante e substancial para a decisão (“prescindível para o deslinde da controvérsia”). Conceito extraído de: DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil - v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 444.

e a questão interpretativa e em que, fundamentalmente, defende que o reconhecimento da prescritebilidade não é apenas questão de segurança jurídica, mas sobretudo de **justiça**:

(...) o Direito não existe sem o tempo. Todo o ordenamento constitucional está implicado pela sustentação dos fatos passados e seus efeitos, pela estabilidade do presente e pela garantia de um futuro previsível. Esta estruturação, essencialmente jurídica, está intimamente ligada a outro direito fundamental presente na Constituição Federal de 1998: a ampla defesa.

(...)

As normas constitucionais não devem ser entendidas topograficamente ou literalmente. Elas dependem do sistema como um todo e do relacionamento interno e externo entre os princípios e direitos fundamentais incidentes. No caso, embora seja um interesse público relevante o ressarcimento, há um valor maior que deve ser considerado: o direito real (efetivo) de o indivíduo se defender de qualquer imputação de responsabilidade que lhe atinja, realizado o devido processo legal. E não é crível imaginar que o cidadão terá condições de se defender sem que possua um prazo certo no qual sabe que possam lhe ser cobradas explicações em face dos seus atos. Se a passagem do tempo muitas vezes torna impossível ao cidadão provar seus direitos perante o Poder Público, quanto mais se defender de acusações (considerando, inclusive, o atualmente tão desvalorizado, mas importantíssimo, princípio da presunção de inocência).¹⁰ (Grifei)

Dois anos após a formulação do Tema nº 666, em agosto de 2018, no julgamento do RE nº 852.475/SP¹¹, foi fixada a seguinte tese, consubstanciada no Tema nº 897: **“São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.”**

Como já mencionei, até então, não havia distinção entre atos de improbidade culposos e dolosos. Tal diferenciação foi proposta pelo ministro Luís Roberto Barroso para resolver a questão processual exposta pelo relator, ministro Alexandre de Moraes, especialmente quanto às ações materialmente objetivas, em que não há verificação de culpa ou dolo para a caracterização da improbidade.

A Lei nº 8.429/1992, ao tratar dos atos que configuram improbidade administrativa, admitiu imputação por culpa apenas nos atos descritos no art. 10. Para todos os outros, arts. 9º, 10-A e 11, a imputação ocorre apenas a título de dolo.

Dessa forma, somente é imprescritível a pretensão de ressarcimento ao erário envolvendo atos de improbidade praticados dolosamente¹². Se do ato de improbidade praticado culposamente decorrer prejuízo ao erário, a pretensão de ressarcimento será prescritível e deverá ser proposta no prazo do art. 23 da Lei nº 8.429/1992, que é, em regra, de cinco anos.

¹⁰ GABARDO, Emerson. *A mudança de entendimento do STF sobre a imprescritebilidade das ações de ressarcimento ao erário*. Revista Colunistas de Direito de Estado. Ano 2016. Núm. 81. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/emerson-gabardo/a-mudancade-entendimento-do-stf-sobreimprescritebilidade-das-aco-es-de-ressarcimento-ao-erario>. Acesso em: 21/5/2021.

¹¹ Supremo Tribunal Federal. RE nº 852.475/SP. Plenário. Relator ministro Alexandre de Moraes. Julgado em 8/8/2018.

¹² Para Juliana Fagundes Mafra, em seu artigo intitulado **Primeiros reflexos dos julgamentos dos temas de repercussão geral sobre dano ao erário na jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de Minas**, publicado na Revista deste Tribunal (n. 37, v. 2, jul/dez 2019):

“Apesar de o STF, ao julgar o RE n. 852.475, leading case do Tema 897, ter alcançado a maioria para declarar a prescritebilidade do dano ao erário, ao final do julgamento o tema fixado apenas confirmou o que o dano ao erário decorrente de ato doloso de improbidade administrativa é imprescritível, não alterando o que vinha sendo decidido até então, apesar de as discussões terem indicado a tendência da Corte em declarar prescriteveis os demais casos de dano ao erário.

A Tese 897 poderia ter efetivamente inovado, declarando passível de prescrição o dano ao erário que não constitua ato doloso de improbidade administrativa, mas não o fez, indicando que a questão ainda não está madura no Supremo Tribunal Federal.”.

Emerson Gabardo e Lucas Saikali¹³, ao examinarem os atos de improbidade, destacam a distinção destes atos para os demais atos ilícitos:

Entende-se que a improbidade administrativa **não é a mera ilegalidade administrativa, mas sim a ilegalidade qualificada pela desonestidade**. É o agir do gestor público ou de beneficiário da Administração Pública de forma improba. É totalmente equivocada, portanto, a redação legal ao aceitar a modalidade culposa, se causar dano ao erário. Nesse sentido, **a improbidade difere da ilegalidade em sentido estrito, uma vez que não se busca a condenação do eventual gestor ou administrador inábil, de gestão imperfeita dos recursos públicos, pois ausente o elemento da “desonestidade”**. (FIGUEIREDO, 2009, p. 49 *apud* GABARDO *et* SAIKALI)

Retomando a importância da questão interpretativa, o reconhecimento, no RE nº 852.475/SP, da conexão hermenêutica¹⁴ entre os §§ 4º e 5º do art. 37 da Constituição Federal, determinou o entendimento de que a **imprescritibilidade serve apenas para as ações judiciais que possam levar à tipificação das condutas na Lei de Improbidade Administrativa**, ou seja, a ação judicial de conhecimento que conclui pelo ato ímprobo doloso é pressuposto da ação de ressarcimento ao erário.

Quero registrar que vejo, na evolução jurisprudencial do STF, ao tratar da (im)prescritibilidade da pretensão de ressarcimento de dano ao erário, uma incontestável e necessária adequação aos parâmetros trazidos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pela Lei nº 13.655/2018, publicada também em 2018, notadamente ao seu art. 28:

Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

Rodrigo Valgas dos Santos (2020, p. 201), em livro publicado em 2020, cujo título já nos provoca importante reflexão “Direito Administrativo do Medo”, ao tratar da casuística disfuncional nas ações de improbidade, diz que:

De regra os tribunais de contas acabam por impor responsabilidade objetiva ao gestor público, partindo da premissa que por ser ordenador de despesa, deva, necessariamente, defluir sua responsabilidade civil. Sua obrigação originária acaba por transmutar-se, automaticamente em responsabilidade.

Todavia, **a responsabilidade a incidir na espécie é sempre a responsabilidade civil subjetiva (...)**.

Além disso, a mera culpa simples na atual dicção da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, não é suficiente para a responsabilização do agente público que atue na condição de ordenador de despesas. É necessário que tenha agido com dolo ou culpa grave no processo de tomada de decisões (...). (Grifei.)

Em 2020, ao julgar o RE nº 636.886/AL¹⁵, o STF fixou, por unanimidade, o Tema nº 899, que possui inquestionável repercussão no exercício das competências dos tribunais de contas, nos seguintes termos: **“É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas.”**

A posição ora firmada modifica o entendimento do próprio STF consolidado no MS nº 26.210/DF que citei inicialmente, indicado como precedente acerca da imprescritibilidade dos processos de competência dos tribunais de contas.

¹³ GABARDO, Emerson. SAIKALI, Lucas Bossoni. *A prescrição da ação de ressarcimento ao erário em razão de atos de improbidade administrativa*. Revista Jurídica, vol. 01, nº 50, Curitiba, 2018, pp. 514 a 543.

¹⁴ FERRAZ, Luciano. *Segurança Jurídica Positivada: interpretação, decadência e prescrição*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 22, junho, julho, agosto, 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-22-JUNHO-2010-LUCIANO-FERRAZ.pdf>. Acesso em 21/5/2021.

¹⁵ Supremo Tribunal Federal. RE nº 636.886/AL. Plenário. Relator ministro Alexandre de Moraes. Julgado em 20/4/2020.

Em primoroso artigo, Daniel Giotti de Paula¹⁶ esclarece acerca dos precedentes:

O que seria precedente? Ravi Peixoto, após estabelecer que seria essa uma categoria da teoria do direito, diferencia precedentes próprio e impróprio.

O sentido próprio faria “referência a todo o ato decisório, abarcando o relatório, a fundamentação e o dispositivo. Nesse aspecto, **o precedente é texto, é fonte do direito. A partir dele e das decisões posteriores é que será formada a norma geral**”¹⁷. **Importa, porém, o sentido impróprio, mais restrito, que seria o aspecto normativo do precedente, “refere-se à *ratio decidendi*, ou seja, a norma jurídica a ser desenvolvida a partir da decisão enquanto texto a ser interpretado**”¹⁸.

Precedente se torna algo importante por se relacionar à segurança jurídica, por ser algo que permita que se conheça o direito, possa-se confiar na sua estabilidade, protegendo-se situações consolidadas no passado, e prever as condutas, a projeção para o futuro, com a possibilidade de saber as consequências aplicáveis a atos e fatos no tempo.

Trata-se das três dimensões da segurança jurídica: cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade¹⁹. A todo modo, **trata-se de uma tutela da previsibilidade**, o que motivou a que no Código de Processo Civil tenha se previsto pelo artigo 927, § 3º, que “na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”. (Grifei.)

O RE nº 636.886/AL foi interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal, que manteve sentença do juiz de primeiro grau, que reconheceu de ofício a prescrição de um título executivo decorrente de decisão do Tribunal de Contas da União (TCU) em uma tomada de contas especial. De acordo com a sentença, “a União não realizou diligências efetivas depois de decorridos mais de cinco anos do pronunciamento que determinou o arquivamento provisório da execução”. O juízo de primeira instância reconheceu a prescrição intercorrente com fundamento no art. 40, § 4º, da Lei nº 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal), ou seja, aplicou a norma de prescrição da dívida ativa da Fazenda Pública em um título executivo do TCU decorrente de decisão condenatória de ressarcimento ao erário.

De início, a União, por meio do RE nº 636.886/AL, atacou o acórdão do Tribunal Regional Federal por entender pela impossibilidade de prescrição dos títulos executivos já emitidos pelos tribunais de contas. Tanto este era o objeto do recurso que, ainda hoje, muitos tribunais de contas insistem na incidência da imprescritibilidade no bojo dos processos de controle externo, sob o argumento de que o referido recurso não tratou de prazo prescricional na fase de constituição do título executivo, já que o caso concreto se referia à fase executória de título já constituído.

Ora, devo frisar que a norma que fundamenta a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário é a mesma tanto para a constituição do título executivo, quanto para a sua execução: § 5º do art. 37 da Constituição Federal. Inclusive, nesse ponto, trago à baila para contribuir com o meu raciocínio, a Súmula nº 150 do STF: “Prescreve a execução no mesmo prazo da prescrição da ação.”.

¹⁶ PAULA, Daniel Giotti de. *A superação de precedente na exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS (ou o STF decidindo o que é precedente e as consequências da alteração da jurisprudência)*. Revista Colunistas de Direito de Estado. Ano 2021. Núm. 481. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-giotti/a-superacao-de-precedente-na-exclusao-da-base-de-calculo-do-pis-e-da-cofins-ou-o-stf-decidindo-o-que-e-precedente-e-as-consequencias-da-alteracao-da-jurisprudencia>. Acesso em 21/5/2021.

¹⁷ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e modulação de efeitos*. Salvador: Juspodium, 2021, p. 108 (prelo).

¹⁸ Idem.

¹⁹ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

Concordo que, no acórdão que reconheceu a repercussão geral, houve uma ampliação do tema para decidir-se sobre o alcance da regra estabelecida no § 5º do art. 37 da Constituição Federal relativamente a pretensões de ressarcimento ao erário fundadas em decisões de tribunais de contas.

Todavia, essa ampliação encontra guarida no art. 322, parágrafo único, do Regimento Interno do STF (RISTF)²⁰ pela existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassam os interesses subjetivos das partes, conferindo certo grau de abstração à questão, o que configura requisito para o reconhecimento da repercussão geral.

Em seu relatório, o ministro Alexandre de Moraes, relator do RE nº 636.886/AL, destacou:

A excepcionalidade reconhecida pela maioria do Supremo Tribunal Federal no Tema 897, não se encontra presente uma vez que, no processo de tomada de contas, o TCU não julga pessoas, não perquirindo a existência de dolo decorrente de ato de improbidade administrativa, mas, especificamente, realiza o julgamento técnico 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.

E, ainda, acrescentou “(...) **não ser legítimo o sacrifício de direitos fundamentais dos indivíduos, como forma de compensar a ineficiência da máquina pública**”.

O ministro Gilmar Mendes, em seu voto vogal, ao conjugar a análise dos Temas nºs 666 e 897 no RE nº 636.886/AL, concluiu que:

Da conjugação de tais precedentes firmados em repercussão geral, sobressai a conclusão de que, **em regra, as ações de ressarcimento ao erário são prescritíveis, salvo as ações fundadas especificamente na prática de ato doloso tipificado na Lei 8.429/1992.**

Isso inclui, por óbvio, todas as demandas que envolvam pretensão do Estado de ser ressarcido pela prática de qualquer ato ilícito, seja ele de natureza civil, administrativa ou penal, ressalvadas as exceções constitucionais (art. 5º, XLII, e XLIV, CF) e a prática de ato doloso de improbidade administrativa (excluindo-se os atos ímprobos culposos, que se submetem à regra prescricional).

O que se percebe, portanto, é a necessidade de revisão da jurisprudência consolidada no âmbito desta Corte, no MS 26.210, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, DJe 10.10.2008, mais especificamente em relação ao ressarcimento ao erário decorrente de acórdão da Corte de Contas.

Mais adiante, resgatando os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte no tocante à redação do dispositivo constitucional em análise, buscou o ministro Gilmar Mendes demonstrar inclusive a intenção do Constituinte:

A questão veio à tona no Substitutivo 2 do relator da Comissão de Sistematização e foi mantida no Projeto A, do início do 1º Turno de votação, com a seguinte redação:

“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, que serão imprescritíveis**”.

Do Projeto B em diante **até a promulgação do texto, a expressão “que serão imprescritíveis” foi suprimida, o que nos orienta no sentido de que a imprescritibilidade das ações de ressarcimento não fora pretendida pelo Constituinte.**

²⁰ Art. 322. O Tribunal recusará recurso extraordinário cuja questão constitucional não oferecer repercussão geral, nos termos deste capítulo. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007)

Parágrafo único. Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões que, relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassem os interesses subjetivos das partes. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007)

O dispositivo, tal como promulgado, prevê que a lei em sentido formal estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente público, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, excluindo expressamente as ações de ressarcimento. Tal fato não tem o condão de garantir a imprescritibilidade das ações de reparação de danos ao erário (...). (Grifei)

Em seguida, ao citar o art. 6º, inciso II, da Instrução Normativa nº 71/2012 do TCU, que dispensa a instauração da tomada de contas especial se houver transcorrido prazo superior a 10 anos entre a data provável de ocorrência do dano e a primeira notificação dos responsáveis pela autoridade administrativa competente, aduz:

Vê-se, pois, que a própria Corte de Contas Federal reconhece a dispensa de instauração de tomada de contas especial quando superado o prazo de “(dez) anos entre data provável de ocorrência do dano e a primeira notificação dos responsáveis pela autoridade administrativa competente”, **constatação da qual se deflui o claro reconhecimento administrativo de que o decurso do tempo decenal impede o prosseguimento das medidas administrativas cabíveis para desaguar na cobrança de ressarcimento ao erário.**

Dito isso, **assento que é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas, restando saber qual seria o seu transcurso: cinco ou dez anos.**

(...)

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, **entendo 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-á 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. (Grifei)**

Finalizando seu voto vogal, o ministro Gilmar Mendes apresenta a seguinte conclusão sobre os prazos prescricionais:

Por oportuno, **registro a incidência de prazos diferenciados a depender da fase fiscalizatória em que se encontra o fato que cause prejuízo ao erário.**

Primeiro, **há prazo decadencial (prescricional punitivo, nos termos da lei) quinquenal entre a data da prestação de contas e o início da fase preliminar de tomada de contas especial** (citação ou notificação do interessado ou responsável pela prestação de contas na fase preliminar de tomada de contas pelos órgãos internos ou externos), **com a observância de causas de interrupção** (retificação da prestação de contas pelo responsável) e **de suspensão** (enquanto durar a fiscalização preliminar realizada pelo controle interno do Ente Público, diante da inexistência de inércia estatal na averiguação do fato). Pela obviedade, em se tratando de ato de fiscalização prévia (controle externo preventivo), sequer existe a inércia estatal a justificar o início de qualquer decurso de tempo.

Secundariamente, **uma vez iniciada a tomada de contas pelo órgão de controle interno ou externo, de forma preliminar, em decorrência de ser causa interruptiva legal, reinicia-se novo prazo decadencial (prescricional punitivo) até a decisão condenatória recorrível pelo Tribunal de Contas.**

Terceiro, a contar da decisão final do Tribunal de Contas, inicia-se prazo prescricional (próprio) para ajuizamento da correspondente ação de execução.

(...)

Por conseguinte, há, em regra, prazos quinquenais diferenciados a depender da fase fiscalizatória em que se encontre o fato que cause prejuízo ao erário: fase administrativo-fiscalizatória (prazo decadencial ou prescricional punitivo) e fase executória (prazo prescricional próprio), observadas as causas suspensivas ou interruptivas dos cálculos. (Grifei)

Em recente artigo²¹ sobre o Tema nº 899, Luciano Ferraz cita o julgamento da ADI nº 5259/SC²² contra a Lei Complementar estadual nº 588/2013²³ de Santa Catarina, que instituiu prazo quinquenal de prescrição para processos administrativos submetidos à apreciação do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Ao acrescentar o art. 24-A à Lei Complementar estadual nº 202/2000, estabeleceu o prazo de cinco anos para análise e julgamento de todos os processos administrativos relativos a administradores e demais responsáveis que praticarem ilícitos ofensivos ao erário. No caso, o STF declarou a lei constitucional reiterando a tese firmada no julgamento do RE nº 636.886/AL. De acordo com Ferraz (2021):

Nos termos do voto do relator, ministro Marco Aurélio, a fixação de prazo para análise e julgamento de processos administrativos em curso no Tribunal de Contas não é incompatível com o artigo 37, §5º, da Constituição, apresentando-se, portanto, como subordinado ao prazo de fulminação (decadência ou prescrição).

Ao acompanhar o relator, o ministro Alexandre de Moraes acrescentou, referindo-se ao RE 636.886, que a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas é prescritível, havendo de prevalecer na espécie a orientação do Tema 666 do STF: "É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil.". (Grifei)

Em recentes decisões prolatadas em mandados de segurança, os ministros do STF têm enfrentado o Tema nº 899 e afirmado que a atuação dos tribunais de contas, em tomada de contas especial, não está abarcada pela exceção constitucional de imprescritibilidade estatuída na parte final do § 5º do art. 37 da Constituição Federal, pois a mencionada exceção tem âmbito de aplicação restrito às ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa. Assim, sem prejuízo de que a União, se assim entender, persiga os valores referentes ao ressarcimento do dano na esfera judicial, o STF tem declarado a ocorrência da prescrição da pretensão de ressarcimento fundada em decisão do TCU.

No MS nº 37.089/DF²⁴, impetrado contra o Acórdão nº 2.705/2019-TCU/Plenário, no qual o TCU julgou as contas irregulares e determinou o pagamento de multa e o ressarcimento ao erário, o relator ministro Ricardo Lewandowski informa que:

Com base no acórdão supratranscrito, a Corte de Contas sustenta que a tese firmada no julgamento do Tema 899 da Repercussão Geral, a saber, de que "é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas", seria aplicável

²¹ FERRAZ, Luciano. The walking dead na Administração Pública — Temporada 1 (Prescrição e TCU). Consultor Jurídico. Janeiro de 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-jan-07/interesse-publico-the-walking-dead-administracao-publica-temporada#_ftn1. Acesso em 21/5/2021.

²² Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5259/SC. Plenário. Relator ministro Marco Aurélio. Sessão virtual em 14/12/2020.

²³ Disponível em: http://leis.alesec.sc.gov.br/html/2013/588_2013_lei_complementar.html. Acesso em 24/5/2021.

²⁴ Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 37.089/DF. Relator ministro Ricardo Lewandowski. Decisão monocrática publicada em 16/11/2020.

²⁵ Foi interposto agravo regimental que não foi julgado até esta data (25/5/2021).

apenas à fase de execução da pretensão de ressarcimento fundada em acórdão de Tribunais de Contas, impossibilitando a sua aplicação ao caso dos autos.

In casu, conforme relatado, está-se diante de controle externo exercido pelo TCU com vistas à **aplicação das sanções previstas em lei e ao ressarcimento de valores, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas.**

(...)

Assim, faz-se necessário levar em consideração que os fatos objeto da apuração conduzida pela Corte de Contas remontam aos anos de 2009 e 2010, enquanto a citação nos autos do TC 028.371/2016-0, com a efetiva comunicação do ora impetrante, aconteceu em 9/12/2016 (pág. 1 do documento eletrônico 14), **ou seja, mais de 5 anos após a prática do ato.**

Nesses termos, aplicando-se a regulamentação da Lei 9.873/1999 ao caso concreto, **observa-se que a pretensão sancionatória do TCU em relação aos atos praticados pelo impetrante prescreveu 5 anos após a ocorrência do fato.** Esse também foi o entendimento ao qual chegou o Ministério Público Federal:

“Em razão disso, em que pese a gravidade dos fatos imputados pelo Tribunal de Contas da União, no acórdão condenatório n. 2705/2019-TCU-Plenário, nos autos da Tomada de Contas Especial n. 028.371/216-0, **observa-se o transcurso prazo prescricional de 05 (cinco) anos entre a data das irregularidades apontadas, no período de 17.07.2009 a 10.12.2010, e a instauração do processo administrativo em que aplicadas as sanções, em 04.10.2016.**” (pág. 5 do documento eletrônico 211).

No mesmo sentido são as manifestações exaradas pelo MPF nos autos do MS 35.430/DF, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes e do MS 35.165/DF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

Isso posto, adotando o entendimento apresentado no parecer ministerial, concedo a segurança para **declarar a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União, em relação às infrações imputadas ao ora paciente nos autos da TC 028.371/2016-0, sem prejuízo de que a União, se assim entender, persiga os valores referentes ao ressarcimento dos danos na esfera judicial.** (Grifei.)

No Ag. Reg no MS nº 34.467/DF²⁶, interposto contra a decisão unipessoal por meio da qual, com supedâneo no art. 205 do RISTF²⁷, a relatora ministra Rosa Weber concedeu a ordem para anular as deliberações proferidas pelo TCU na Tomada de Contas Especial TC nº 575.497/1998-0, o TCU argumentou a inexistência de jurisprudência consolidada e específica sobre o tema a justificar a aplicação do art. 205 do RISTF pela relatora:

Com a devida vênia, **não há precedente específico desse Supremo Tribunal Federal sobre a matéria discutida neste processo**, consubstanciada na incidência de prazo prescricional ou decadencial, **no tocante à pretensão de ressarcimento ao erário, na fase prévia à formação do título executivo extrajudicial** (procedimento de tomada de contas especial).

Com efeito, **são invocados, na decisão agravada, os seguintes precedentes:** RE-RG nº 669.069, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 28.04.2016 (**Tema nº 666**); RE-RG nº 852.475, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Red. p/Acórdão Min. Edson Fachin, DJe 25.03.2019

²⁶ Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. no Mandado de Segurança nº 34.467/DF. Primeira Turma. Relatora ministra Rosa Weber. Sessão virtual em 5/3/2021.

²⁷ **Capítulo II – DO MANDADO DE SEGURANÇA**

(...)

Art. 205. Recebidas as informações ou transcorrido o respectivo prazo, sem o seu oferecimento, o Relator, após vista ao Procurador-Geral, pedirá dia para julgamento, ou, quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal, julgará o pedido. (Redação dada pela Emenda Regimental nº 28, de 18 de fevereiro de 2009)

(Tema nº 897); RE-RG nº 636.886, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 24.06.2020 (Tema nº 899).

Conquanto todos esses julgados versem sobre a interpretação da parte final do art. 37, § 5º, da Constituição - segundo o qual “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 -, é possível afirmar que nenhum deles trata da matéria discutida neste processo.

(...)

Vê-se, pois, que **esse Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou, de forma conclusiva, sobre o tratamento jurídico a ser conferido ao lapso temporal decorrido entre o ato lesivo ao erário e a decisão condenatória proferida pela Corte de Contas.** Por conseguinte, não se revela possível potencializar o alcance da solução preconizada no referido precedente, de modo a alcançar o caso sob análise.

(...)

Em verdade, inexistindo precedente específico que tenha afastado a imprescritibilidade das pretensões de ressarcimento ao erário durante a fase administrativa do julgamento de contas, permanece hígida a diretriz jurisprudencial firmada pelo Plenário desse Excelso Pretório por ocasião do julgamento, em 2008, do Mandado de Segurança nº 26.210, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 10.10.2008.

(...)

(...) mesmo que a tese fixada por ocasião do julgamento do RE-RG nº 636.886 também abarcasse a fase anterior à formação do título executivo extrajudicial – o que se admite apenas para fins argumentativos -, não se pode admitir a sua aplicação aos acórdãos do Tribunal de Contas da União prolatados anteriormente ao julgamento do referido paradigma de repercussão geral, em homenagem aos princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva.

Conforme demonstrado no tópico anterior, a jurisprudência dessa Suprema Corte consolidou-se no sentido da imprescritibilidade de todas as pretensões de ressarcimento ao erário, tendo em vista o disposto no art. 37, § 5º, da Constituição. Tal entendimento jurisprudencial orientou, durante todos esses anos, o proceder do Tribunal de Contas da União, que, de modo a melhor espelhá-lo, editou a já mencionada Súmula nº 282.

Não há dúvida, portanto, que se está diante de uma mudança de jurisprudência. Desse modo, como corolário do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima, o novo entendimento deve ser aplicado de forma prospectiva (*ex nunc*), não abarcando as situações já consolidadas.

(...)

Por conseguinte, **mesmo que se entendesse, *ad argumentandum tantum*, aplicável ao caso dos autos a tese fixada por ocasião do julgamento do RE-RG nº 636.886, ela não poder ser invocada como fundamento para o desfazimento do ato do Tribunal de Contas da União impugnado, tendo em vista ter sido proferido em data anterior ao julgamento do mérito do mencionado paradigma de repercussão geral. (Grifei.)**

Em seu voto, aprovado por unanimidade pela Primeira Turma, a ministra Rosa Weber, após mencionar os recursos extraordinários paradigmáticos e que deram origem aos Temas nºs 897 e 899, consignou que:

Houve, assim, adequada aplicação à espécie do art. 205 do RISTF, uma vez que, à luz da jurisprudência consolidada desta Suprema Corte, **a atuação do Tribunal de Contas da União, em tomada de contas especial, não está abarcada pela exceção constitucional de imprescritibilidade, estatuída na parte final do § 5º do art. 37 da Magna Carta.** Isso

porque, como se extrai dos precedentes a que me reporte, a mencionada exceção tem âmbito de aplicação restrito às ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.

(...)

Verifico que, quer no RE nº 852475, com acórdão já transitado em julgado, quer no RE nº 636886, em que pendente o julgamento de embargos de declaração, não houve até o momento qualquer deliberação desta Casa no sentido de emprestar efeito prospectivo ao ali decidido. Vale dizer que situações anteriores também são alcançadas pelo entendimento assentado ao julgamento dos mencionados recursos extraordinários paradigmáticos, ausente, à luz do art. 927, § 3º, do Código de Processo Civil, decisão implementadora de modulação temporal de efeitos.

Afigura-se, portanto, superada, no âmbito desta Suprema Corte, compreensão segundo a qual a atividade do Tribunal de Contas da União, em tomada de contas especial, seria desenvolvida sob o signo da imprescritibilidade, no tocante a eventual imputação de débito, para efeito de ressarcimento ao erário.

(...)

Situada a atuação do TCU em tomada de contas especial fora do restrito e excepcional alcance da imprescritibilidade estatuída no art. 37, §5º, parte final, da Magna Carta, reitero, portanto, que, na espécie, até mesmo o lapso temporal mais dilatado previsto para o exercício de pretensão na seara civil, qual seja, o de dez anos, restou ultrapassado, circunstância que ensejou a concessão da ordem mandamental, por meio da decisão unipessoal ora agravada.

Registro, em acréscimo, que eventual aplicação à espécie do art.1º da Lei nº 9.873/1999, para **regular a atuação do TCU, na imputação de débito, e não apenas na aplicação de multa ou outras sanções** (MS 32.201, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 07.8.2017; e MS 35.940, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 14.7.2020), como sinalizado em decisões monocráticas de alguns de meus eminentes pares (exemplificativamente: MS 37.628, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 04.02.2021; MS 37.423, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 04.02.2021; e MS 37.368 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 28.10.2020), em nada modificaria a conclusão esposada na decisão unipessoal agravada. Isso não apenas porque, como já enfatizei, o lustru a que alude o mencionado dispositivo legal é inferior ao decênio, que parametrizou a argumentação desenvolvida na decisão agravada e ora retomada neste voto, mas também porque, quer nas informações, quer no presente agravo interno, a autoridade impetrada não indicou a ocorrência, entre a data da primeira citação válida na tomada de contas especial e a da deliberação que primeiro imputou débito à impetrante, ora agravante, de marcos interruptivos suscetíveis de afastar a incidência do cutelo prescricional quinquenal.

Assim por qualquer ângulo que se examine a pretensão, conluo pela insuficiência das razões da parte agravante para modificar a decisão agravada, balizada na jurisprudência desta Suprema Corte a respeito do tema, traduzindo o presente recurso mero inconformismo e resistência em pôr fim à demanda. (Grifei.)

Resumidamente, o STF resolveu pacificar a questão atinente ao § 5º do art. 37 da Constituição Federal e o fez por meio de teses firmadas em repercussão geral, correspondendo aos Temas nºs 666, 897 e 899²⁸.

No primeiro, consolidando a tese de que **“é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”**. No segundo, fixando a tese de que **“são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”**. E, no último, a tese de que **“é**

²⁸ Os autos do RE nº 636.886/AL estão conclusos para decisão em embargos de declaração opostos pela União.

prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas".

Ultrapassada a análise da evolução das deliberações do STF a respeito da prescrição da pretensão de ressarcimento dos tribunais de contas, destaco que, ainda que, no exercício de suas atribuições, esteja sob exame ato de gestão que, em tese, possa configurar ato de improbidade administrativa, tal fato não autoriza o tribunal de contas a se manifestar quanto à adequação da conduta aos tipos previstos na Lei nº 8.429/1992, seja porque, em conformidade com a referida lei, essa manifestação compete exclusivamente ao Poder Judiciário, seja porque, nos processos de controle externo, embora haja a observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa²⁹, não se abre ao responsável ou ao interessado a possibilidade de se defender com a mesma extensão e as mesmas garantias existentes no processo judicial. Na realidade, existem significativas diferenças entre o processo judicial e o de controle externo, conforme adiante exposto.

O primeiro ponto de diferenciação que entendo imprescindível realçar diz respeito ao fato de que o processo judicial somente pode ser instaurado “mediante provocação de uma das partes (o autor) que, por ser titular de um interesse conflitante com o de outra parte (o réu), necessita da intervenção de terceira pessoa (o juiz)”³⁰, caracterizando-se pela formação de uma relação triangular, composta pelo autor, pelo juiz e pelo réu. Por outro lado, o processo de controle externo, como qualquer processo administrativo, pode ser instaurado mediante provocação ou **por iniciativa do próprio tribunal de contas**, e é constituído por uma **relação bilateral**, estando, de um lado, o responsável ou o interessado, que pode ser uma pessoa física ou jurídica, e, de outro, o tribunal de contas, que, ao decidir, **não age como terceiro estranho à controvérsia**, mas sim como órgão de fiscalização legitimado a defender o interesse da coletividade e o patrimônio do órgão ou entidade afetada pelo suposto ilícito praticado, nos limites que lhe são impostos por lei.

Em decorrência da relação bilateral formada nos processos administrativos, Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera que as decisões proferidas nesses processos poderão ser revistas no Poder Judiciário com fundamento no princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal³¹.

Quanto à eficácia das decisões dos tribunais de contas, na obra denominada “O valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidades em contratos”, Carlos Ari Sundfeld e outros autores afirmam que: “Não existe, no direito brasileiro, reserva de competência para o TCU decidir, com exclusividade ou com efeito de coisa julgada judicial, sobre a existência de irregularidade ou dano em contrato estatal. O Judiciário possui jurisdição autônoma e plena a respeito dessas questões”³².

Outro ponto de distinção que merece ser salientado refere-se ao **ônus da prova**. Explico-me: numa ação judicial de improbidade administrativa com pedido de ressarcimento ou numa ação judicial autônoma de ressarcimento, o ônus da prova sobre o efetivo prejuízo ao erário, sobre a responsabilidade de quem lhe deu causa e sobre a existência de dolo na conduta do responsável incumbe àquele que pleiteia a reparação. Já no processo de controle externo, **com destaque para a tomada de contas especial**, há a inversão do ônus da prova, na medida em que caberá àquele que recebeu os recursos públicos comprovar que os aplicou de forma adequada e regular.

²⁹ Nos termos do disposto no art. 183 do Regimento Interno (Resolução nº 12/2008), o contraditório e a ampla defesa, nos processos de competência deste Tribunal, serão assegurados aos responsáveis e aos interessados por meio de: vista e cópia dos autos; apresentação de documentos, justificativas e alegações escritas; sustentação oral, perante o Tribunal Pleno e as Câmaras; obtenção de certidões e informações; conhecimento das decisões do Tribunal; e interposição de recursos.

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 766.

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 766.

³² Disponível em <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v13n3/1808-2432-rdgv-13-03-0866.pdf>. Acesso em 11/5/2021.

Nessa circunstância, se não houver a comprovação da adequada e regular aplicação dos recursos públicos, presume-se o comportamento culposos do agente e a ocorrência do dano ao erário, estando o tribunal de contas autorizado a imputar-lhe sanção (pretensão punitiva) e débito (pretensão de ressarcimento). Complemento dizendo que a inversão do ônus da prova na situação aqui narrada encontra respaldo no parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal que dispõe sobre o dever jurídico de prestar contas de todo aquele que administra recursos públicos³³.

Em virtude dessa distinção do ônus da prova entre o processo de controle externo, no caso a **tomada de contas especial**, e o processo judicial, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Recurso Especial nº 1.480.350/RS³⁴, decidiu que a prescrição incide não apenas sobre a pretensão punitiva do TCU, mas também sobre a sua pretensão de ressarcimento. A título de elucidação, transcrevo excerto do voto do relator, ministro Benedito Gonçalves:

(...) os autos não versam sobre o exercício do direito de ação, ou seja, de pedir ressarcimento perante o Poder Judiciário. Ao contrário, tratam da imputação de débito e aplicação de multa promovida pelo Tribunal de Contas da União, no exercício do seu poder/dever de velar pelas contas públicas, mediante atuação administrativa, oportunidade em que não há falar em exercício do direito de ação.

Trata-se de procedimento de controle das finanças públicas, de grande valia, a fim de constituir crédito não tributário, no caso de contas julgadas irregulares, com reconhecido status de título executivo extrajudicial, nos termos dos arts. 19, *caput*, e 24 da Lei 8.443/92 (...).

Sob esse prisma, o ônus da prova do adequado e regular emprego das verbas públicas é imputado, como não poderia ser diferente, ao responsável pela utilização dos valores repassados pela União. Assim, a não comprovação da adequada aplicação dos recursos públicos traduz, apenas por presunção, a ocorrência de prejuízo ao erário e, conseqüentemente, a imputação do débito e multa ao gestor falho ou faltoso. E nesse ponto reside o principal fundamento para entender que a atuação administrativa está sujeita a prazo para a constituição do crédito não tributário.

Enquanto que na tomada de contas especial o ônus da prova incumbe ao responsável pela aplicação dos recursos repassados, característica intrínseca do processo de prestação ou tomada de contas; na ação de ressarcimento, imprescritível, o ônus da prova do efetivo prejuízo ao erário incumbe a quem pleiteia o ressarcimento, perante o Poder Judiciário.

Não é razoável cogitar, mediante singelo raciocínio lógico, que ex-gestor público permaneça obrigado a provar que aplicou adequadamente verbas públicas após 30, 40 ou 50 anos dos fatos a serem provados, em flagrante vulneração dos princípios da segurança jurídica e da ampla defesa, bases do ordenamento jurídico, afinal é notória a instabilidade jurídica e a dificuldade, ou mesmo impossibilidade, de produção de provas após o decurso de muito tempo.

Lado outro, a imprescritibilidade das ações de ressarcimento visa, à evidência, o resguardo do patrimônio público a qualquer tempo. Nessa hipótese, conforme a dicção constitucional ‘ação de ressarcimento’, o ônus da prova incumbe a quem alega a ocorrência do prejuízo ao erário e atribui responsabilidade ao seu causador, perante o Poder Judiciário. Assim, a exceção constitucional à regra da prescritibilidade pressupõe o exercício da jurisdição e a

³³ O comando do parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal foi reproduzido no § 2º do art. 74 da Constituição do Estado.

³⁴ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.480.350/RS. Primeira Turma. Relator ministro Benedito Gonçalves. Julgado em 5/4/2016. O mesmo entendimento a respeito da aplicação da prescrição sobre a pretensão punitiva e de ressarcimento do Tribunal de Contas da União, também, foi defendido pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.464.480/PE, de relatoria do ministro Francisco Falcão, julgado em 13/6/2017.

efetiva prova do prejuízo ao erário e da responsabilidade do seu causador, ônus de quem pleiteia.

(...)

Dessa forma, repito, a atuação do Tribunal de Contas da União, mediante tomada de contas especial, atribuindo o ônus da prova a quem recebeu repasse de verbas públicas federais é legítimo e possível, nos termos da legislação, em especial a Lei 8.443/92. Entretanto, a não sujeição dessa atuação a limite temporal conduziria a situações de profunda e grave perplexidade, contrárias ao Estado de Direito. (Grifei)

Como terceiro ponto de diferenciação entre os processos judiciais e os de controle externo, friso que, nos primeiros, em especial nos de natureza civil, para demonstrar a verdade dos fatos, as partes possuem “o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos”, ainda que não especificados no Código de Processo Civil, nos termos do disposto no art. 369 desse Código. Já nos processos de controle externo, “as provas que a parte quiser produzir perante o Tribunal **devem sempre ser apresentadas na forma documental**, mesmo as declarações pessoais de terceiros” (Grifei.), em conformidade com o disposto no art. 190, *caput*, do Regimento Interno (Resolução nº 12/2008). Em outras palavras, não se admite a produção de prova oral nos processos de controle externo, como a prova testemunhal e o depoimento pessoal.

Quanto à produção de provas por iniciativa do próprio Tribunal Contas, em decorrência dos princípios da oficialidade e da verdade material, previstos no art. 104 do Regimento Interno, ressalto que existem alguns entraves ao exercício pleno dessa prerrogativa, conforme descrito pelo procurador do Ministério Público junto ao TCU, Sérgio Caribé, em parecer emitido no Processo TC 000.012/2020-3, do qual decorreu o Acórdão nº 18/2021 – TCU – 1ª Câmara³⁵:

Não se disponibilizam ao Tribunal de Contas da União, por exemplo, os instrumentos investigatórios próprios das polícias judiciárias. Desse modo, a produção de provas por iniciativa do próprio TCU está limitada à fiscalização executada por seus auditores, o que inclui auditorias e diligências. Não obstante a excelência do corpo de auditores, o trabalho investigativo realizado por um órgão policial, sobretudo quando **autorizado judicialmente**, com muito mais condições poderá amearhar provas cabais da existência de dolo. (Grifo no original.)

Destaco que outra limitação ao contraditório e à ampla defesa decorrente da sistemática do processo de controle externo refere-se à reapreciação das deliberações proferidas por este Tribunal. Explico-me: embora estejam previstos na Lei Complementar estadual nº 102/2008 instrumentos para questionar as deliberações proferidas por este Tribunal, como, por exemplo, os recursos e o pedido de rescisão, na realidade, a reapreciação da deliberação ocorrerá pelo próprio colegiado que a proferiu ou por parte do colegiado que a proferiu, o que flexibiliza o princípio do duplo grau de jurisdição.

Chamo, também, atenção para o fato de que o rito previsto para as ações de improbidade administrativa possui peculiaridades que conferem maiores garantias ao exercício do contraditório e da ampla defesa, o que o difere do rito de outros procedimentos próprios do Poder Judiciário ou de competência do tribunal de contas. A título de elucidação, menciono que, nos termos do disposto no art. 17, §§ 7º e 8º, da Lei nº 8.429/1992, o juiz, após determinar a autuação da petição inicial, “ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias”. Em seguida, com o recebimento dessa manifestação, em decisão fundamentada, o juiz poderá rejeitar a ação, “se convencido da inexistência do ato de improbidade, da impropriedade

³⁵ Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 18/2021. Primeira Câmara. Relator ministro Vital do Rêgo. Julgado em 26/1/2021.

da ação ou da inadequação da via eleita”, hipótese em que a citação do agente não será concretizada.

Sobre a questão ora discutida, transcrevo excerto do parecer emitido pelo Ministério Público junto a este Tribunal nos autos do Recurso Ordinário nº 1.098.280:

O terceiro aspecto é a possibilidade de o Tribunal de Contas reconhecer um fato como ato doloso de improbidade administrativa para fins de aplicação da tese da imprescritibilidade. **Indaga-se se seria possível o Tribunal de Contas exercer pretensão ressarcitória imprescritível, caso os fatos sob o seu crivo pudessem ser qualificados, ainda que sem caráter de definitividade, como atos dolosos de improbidade.**

A resposta deve ser negativa. A nosso ver, os julgados do STF, em especial aquele do tema 899, não deixam margem a essa possibilidade. O juízo acerca da qualificação dos atos como dolosos de improbidade administrativa pertence ao Poder Judiciário, que o fará seguindo regras materiais e processuais explicitadas na lei de improbidade administrativa, que não podem ser manejadas pelos Tribunais de Contas.

Caso eventualmente as situações de fato possam ser enquadradas como atos dolosos de improbidade e não houver mais prazo viável ao Tribunal de Contas exercer a pretensão ressarcitória deles decorrente, a solução jurídica encontrada pelo STF é permitir a busca do ressarcimento perante o Poder Judiciário, tendo com causa de pedir o reconhecimento de uma situação fática como ato doloso de improbidade causador de dano ao erário. **(Grifo no original.)**

Em razão do acima exposto, considerando as teses de repercussão geral fixadas pelo STF nos Temas nºs 666, 897 e 899 e considerando a ausência de competência dos tribunais de contas para se manifestarem sobre a existência de ato de improbidade administrativa, entendo que a atuação deste Tribunal, tanto na aplicação de sanções como na imputação de débito, deve estar submetida a limites temporais, em observância aos princípios basilares do Estado de Direito, como a duração razoável do processo e a segurança jurídica, a qual garante a estabilidade das relações jurídicas bem como a confiança e a boa-fé dos administrados.

Em recente decisão, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais anulou condenação administrativa imposta por este Tribunal com o reconhecimento da prescrição sobre a pretensão de ressarcimento ao erário, tendo em vista o decurso de tempo entre a instauração do processo administrativo e o julgamento meritório da imputação do débito³⁶:

EMENTA: APELAÇÃO - AÇÃO ORDINÁRIA - ANULATÓRIA DE CONDENAÇÃO IMPOSTA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS - EX-PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ALFENAS - RESSARCIMENTO AO ERÁRIO - RE N. 636.886 (TEMA N. 899) - PRESCRITIBILIDADE - AUSÊNCIA DE AFERIÇÃO ADMINISTRATIVA DO ELEMENTO SUBJETIVO NECESSÁRIO À CHANCELA DA NATUREZA ÍMPROBA DO ATO - VIA PROCESSUAL INADEQUADA PARA A REFERIDA PERQUIRÇÃO - ATO PRATICADO ANTES DO ADVENTO DA LEI COMPLEMENTAR N. 102/08 (ORGANIZAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS) - APLICAÇÃO CONCRETA DO DECRETO N. 20.910/32 - DECURSO DE QUATORZE ANOS ENTRE A INSTAURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO E O JULGAMENTO MERITÓRIO DA IMPUTAÇÃO - SEGURANÇA JURÍDICA - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE CONFIGURADA - CONDENAÇÃO ANULADA - RECURSO PROVIDO

³⁶ Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0000.18.126718-8/002. Relator: Desembargador Corrêa Junior. Julgado em 02/03/2021.

- Consoante sedimentado pelo colendo Pretório Excelso no âmbito do Recurso Extraordinário n. 636.886, a impossibilidade de aferição pelas Cortes de Contas do elemento subjetivo balizador da conduta investigada afasta do correspondente processo a imprescritibilidade prevista no artigo 37, §5º, da Constituição Federal.
- Praticada a conduta antes da entrada em vigor da Lei Complementar n. 102/2008, que regulamentou a prescrição no âmbito dos processos administrativos instaurados pelo egrégio Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, não de incidir na espécie, consoante já decidido pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, as disposições do Decreto nº. 20.910/32³⁷.
- **Em prol da segurança jurídica, o decurso de mais de quatorze anos entre a instauração do processo administrativo e o julgamento meritório da imputação impõe o reconhecimento da prescrição intercorrente em relação à investigação perpetrada, o que deságua na anulação da condenação administrativa fustigada.**
- **Recurso provido. (Grifei.)**

Desse modo, partindo-se do pressuposto de que a ressalva prevista na parte final do § 5º do art. 37 da Constituição Federal não incide sobre os processos de controle externo, estando restrita às ações judiciais de reparação de dano ao erário decorrente da prática de ato doloso de improbidade administrativa, surge a questão afeta a qual regramento legal deverá orientar a verificação da prescrição da pretensão de ressarcimento deste Tribunal³⁸.

Nesse contexto, tendo em vista que existe, na Lei Complementar estadual nº 102/2008, disciplina específica para a prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal, na qual foram consideradas as particularidades do processo de controle externo para se definirem prazos, modalidades, termo *a quo* e causas interruptivas; e tendo em vista que os pressupostos de aplicação do instituto da prescrição neste Tribunal são os mesmos para o exercício da pretensão punitiva e para o da pretensão de ressarcimento, estou de acordo com o entendimento defendido pelo conselheiro Cláudio Terrão no Recurso Ordinário nº 1.066.476³⁹ de que a questão deve ser solucionada mediante a aplicação das disposições da Lei Complementar estadual nº 102/2008 atinentes à prescrição da pretensão punitiva, até que sobrevenha, se for o caso, regulamentação própria para a pretensão de ressarcimento⁴⁰.

Realço que a Secretaria de Recursos do TCU, no processo TC 027.624-2018-8, do qual decorreu o Acórdão nº 2620/2020 – Plenário⁴¹, aderiu ao posicionamento de que as pretensões punitiva e de ressarcimento **devem estar sujeitas ao mesmo regime** no exercício do controle externo, com base nos seguintes argumentos:

O uso de critérios uniformes para as prescrições que incidem nesta fase do processo [a que antecede à fase de execução do título no Poder Judiciário] se justifica, pois a prescrição seria para o tribunal de contas agir, buscando caracterizar o ilícito, identificar seu autor,

³⁷ Com o advento da Lei Complementar estadual nº 120/2011 e da Lei Complementar estadual nº 133/2014, as quais introduziram na Lei Complementar estadual nº 102/2008 (Lei Orgânica deste Tribunal) disposições sobre a incidência da prescrição nas atividades de controle externo, informo que este Tribunal, nos processos de sua competência, tem usado essas disposições inclusive sobre os **fatos praticados antes da entrada em vigência das referidas leis**. A meu ver, não se justifica a aplicação de regramento distinto, como defendido na decisão do TJMG, uma vez que existe regulamentação específica para a matéria e tal regulamentação pode ser aplicada de forma retroativa, na medida em que o reconhecimento da prescrição ou da decadência beneficia o responsável ou o interessado, impedindo a sua condenação por este Tribunal.

³⁸ Conforme preceito contido no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, a prescrição somente poderá ser disciplinada por lei formal.

³⁹ Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Recurso Ordinário nº 1.066.476. Tribunal Pleno. Relator conselheiro Cláudio Terrão. Julgado em 28/4/2021.

⁴⁰ Esse entendimento também foi defendido pelo Ministério Público junto a este Tribunal no parecer emitido nos autos do Recurso Ordinário nº 1.098.280: “(...) o regime jurídico aplicável pelo Tribunal de Contas de Minas Gerais deve ser aquele da prescrição da sua pretensão punitiva, pela similitude e até identidade das situações jurídicas reguladas pela norma em relação àquelas que envolvam dano ao erário.”

⁴¹ Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2620/2020. Plenário. Relator ministro Vital do Rêgo. Julgado em 30/9/2020.

dimensionar os efeitos da conduta (notadamente a quantificação do dano, se existente) e impor as consequências legais, independentemente do fato de tais consequências terem natureza punitiva ou ressarcitória.

Afinal, o instituto da prescrição busca indicar se ainda é possível ao tribunal de contas exercer a apuração e julgamento dos fatos, o que deve ser decidido levando-se em conta não tanto o desfecho do processo (se haverá imputação de débito ou a aplicação de sanções), e sim o prazo para que a ação de controle se inicie. É da essência do instituto a finalidade de fixar prazo para a iniciativa da pretensão (a prescrição intercorrente, que incide sobre um processo já validamente iniciado, apenas confirma essa regra geral), independentemente do eventual desfecho.

Ademais, (...) a fixação de um prazo prescricional também objetiva não comprometer a possibilidade de defesa pelo demandado. E a defesa, pelo responsável, se dá quanto aos fatos que lhe são atribuídos, independentemente se, após a apuração, as consequências da responsabilidade se situem no âmbito do ressarcimento ou da sanção. É a possibilidade de plena defesa, quanto aos fatos, que o instituto visa resguardar, sendo certo que determinadas sanções, de elevado impacto (como a inabilitação para o exercício de cargo comissionado ou a inidoneidade para participar de licitações) podem ter efeitos até mais gravosos que certas ordens de ressarcimento (de baixa materialidade).

Informo, ainda, que o Tribunal de Contas do Estado de Goiás, no Acórdão nº 1.695/2021⁴² e no Acórdão nº 2.462/2021⁴³, reconheceu que a persecução do dano ao erário encontrava-se prescrita com base nas normas dispostas em sua Lei Orgânica (Lei nº 16.168/2007) para a prescrição da pretensão punitiva. Nesse sentido, transcrevo excerto do voto da relatora do Acórdão nº 1.695/2021, conselheira Carla Cíntia Santillo:

Por se tratar de prazo prescricional constante da Lei Orgânica deste Tribunal dirigido à pretensão punitiva desta Corte, entendo apropriada a utilização por analogia da mencionada norma, ante a inexistência de norma regulamentadora estadual do prazo prescricional da pretensão reparatória, de forma que os critérios para exame da prescrição para ambas as pretensões (punitiva e de ressarcimento) resem unificados.

(...)

Insistir na continuidade da persecução reparatória mesmo depois de tão longo lapso temporal, importaria na anulação ou supressão, mesmo que parcial, das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, sem falar da grave ofensa à estabilidade das relações jurídicas estabelecidas entre o poder público e os particulares (segurança jurídica).

Ante o exposto, (...) voto pelo conhecimento dos Embargos de Declaração interpostos pela empresa (...), para, no mérito, dar-lhe provimento (...), ante o reconhecimento da prescrição da pretensão reparatória deste Tribunal de Contas, por aplicação analógica do art. 107-A, inciso III, § 3º da Lei Orgânica deste Tribunal, extinguindo-se o feito, com resolução de mérito, e, conseqüentemente, determinando o seu arquivamento. **(Grifei)**

Nesses termos, com base na argumentação acima desenvolvida e configurando a prescrição matéria de ordem pública, passível de ser reconhecida, em qualquer etapa processual, de ofício pelo julgador, mediante provocação do Ministério Público junto ao Tribunal ou mediante requerimento do responsável ou interessado, faz-se necessário examinar a sua incidência sobre a pretensão de ressarcimento, à luz das disposições da Lei Complementar estadual nº 102/2008.

⁴² Tribunal de Contas do Estado de Goiás. Acórdão nº 1.695/2021. Tribunal Pleno. Relatora conselheira Carla Cíntia Santillo. Julgado em 1/4/2021.

⁴³ Tribunal de Contas do Estado de Goiás. Acórdão nº 2.462/2021. Tribunal Pleno. Relator conselheiro Saulo Marques Mesquita. Julgado em 23/4/2021.

Com efeito, reconheço, nos presentes autos, a incidência da prescrição sobre a pretensão de ressarcimento, com fundamento no art. 118-A, inciso II, da Lei Complementar estadual nº 102/2008 e do parágrafo único do art. 392-A do RITCMG em razão do transcurso de prazo superior a oito anos entre a ocorrência do primeiro marco interruptivo da prescrição e a prolação da decisão de mérito recorrível, sem que este Tribunal tenha julgado em caráter definitivo a matéria.

Vale salientar que, mesmo que a atuação deste Tribunal tenha sido atingida pela prescrição, permanece a possibilidade de ser cobrada, por ação judicial, a reparação de eventual dano ao erário decorrente da prática de ato doloso de improbidade administrativa. Dessa maneira, na mesma linha da argumentação defendida pelo conselheiro Cláudio Terrão no Recurso Ordinário nº 1.066.476⁴⁴ e outros processos, entendo que, após o trânsito em julgado da decisão, os autos deverão ser encaminhados ao Ministério Público junto ao Tribunal, para que: (1) avalie se existe suposto dano ao erário e se o ato, objeto de apuração neste Tribunal, pode, em tese, ser enquadrado aos tipos previstos na Lei nº 8.429/1992, (2) e, havendo indícios de dano e desse enquadramento, com fundamento no art. 32, inciso VI, da Lei Complementar estadual nº 102/2008, envie ao Ministério Público do Estado de Minas Gerais cópias de documentos aptos a instruir ação judicial em curso ou a ensejar a sua proposição.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, dou provimento ao recurso interposto por Aelton José de Freitas, ex-Prefeito do Município de Iturama e afasto a imputação de dano ao erário determinado na decisão proferida no acórdão do Processo Administrativo n. 490.739 de 28/11/2016, pela Segunda Câmara, em virtude do reconhecimento da prescrição da pretensão ressarcitória nos termos do disposto nos artigos 118-A, inciso II, da Lei Complementar estadual nº 102/2008 e do parágrafo único do art. 392-A do RITCMG, e, por conseguinte, julgo o processo extinto com resolução de mérito, em conformidade com o preceituado no art. 110-J da referida lei.

Intimem-se as partes do conteúdo desta decisão, nos termos do disposto no art. 166 § 1º, inciso I, e § 3º, da Resolução n. 12/2008.

Transitada em julgado a decisão, encaminhem-se os autos ao Ministério Público junto ao Tribunal, para que avalie a necessidade de acionar o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, nos termos do disposto no art. 32, inciso VI, da Lei Complementar estadual nº 102/2008.

Ao final, arquivem-se os autos com base no art. 176, inciso I, do Regimento Interno (Resolução n. 12/2008).

CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO ADONIAS MONTEIRO:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Da mesma forma, senhor Presidente, aplicando o princípio de julgamento do Colegiado, acompanho o Relator.

⁴⁴ Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Recurso Ordinário nº 1.066.476. Tribunal Pleno. Relator conselheiro Cláudio Terrão. Julgado em 28/4/2021.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Excelentíssimo Conselheiro Presidente, utilizando-me dos mesmos fundamentos apresentados no processo número 1071527 quanto à prescrição da pretensão ressarcitória, deliberado neste Tribunal Pleno na sessão de 01/09/2021, acompanho o relator.

Íntegra do voto do Conselheiro José Alves Viana no julgamento do processo 1071527 pelo Tribunal Pleno, na sessão de 1º de setembro de 2021:

Excelentíssimo senhor Presidente, demais Conselheiros, doutra Procuradora do Ministério Público.

Meu ponto de vista é bastante claro no sentido de que não é cabível a tese da prescrição quando apurado dano em processos que tramitem nos Tribunais de Contas.

Contudo, o tema da prescrição da pretensão ressarcitória vem atingindo o comportamento das Cortes de Contas desde que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Tema 899 entendeu ser prescritível a ação de ressarcimento fundada em decisão dos Tribunais de Contas.

Posteriormente a esta decisão, a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil – ATRICON, após longo debate, emitiu a Nota Técnica n. 04/2020 que assim se posicionou:

“4. Por ser matéria sujeita a reserva legal, é imperativo que a positivação do instituto da prescrição seja efetivada com a edição de lei formal, sendo preferível que sua regulamentação se insira no bojo de um diploma processual nacional, garantindo-se, com isso, a uniformidade de tratamento da questão em todos os órgãos de controle externo; alternativamente, as leis orgânicas de cada Tribunal hão de ser alteradas para regulamentar todos os aspectos atinentes à prescrição; e em último caso, ante a premência de resolução das demandas existentes, os Tribunais de Contas devem promover a normatização interna ou a consolidação jurisprudencial acerca do tema, tendo por parâmetro os precedentes do Supremo Tribunal Federal”.

Ou seja, enquanto não sobrevier lei específica, caberá às Cortes de Contas tratar individualmente sobre o tema a fim de consolidar a jurisprudência sobre o assunto.

No caso, o Tribunal Pleno inaugurou o enfrentamento da tese da prescrição da pretensão ressarcitória quando do julgamento do processo n. 1066476, em sessão de 28/04/2021, vindo a, reiteradas vezes, em sessões contínuas desde esta data, reconhecer a referida prejudicial de mérito.

Em recentíssima decisão (25/08/2021), o Tribunal de Contas da União, no julgamento do processo TC 002.071/2015-0, se posicionou no sentido de que as pretensões punitiva e de ressarcimento devem observar o mesmo regime na atividade de controle externo; senão, veja-se excerto do referido voto:

“5.2. No exame da prescrição, a Serur tem adotado os entendimentos detalhados na peça 261, que contém estudo e pronunciamentos anteriores da secretaria sobre o tema. Nessas manifestações estão desenvolvidas as seguintes premissas, que serão utilizadas no presente exame:

a) ao julgar o RE 636.886, o STF conferiu nova interpretação ao art. 37, § 5º, da Constituição Federal, fixando a tese de que “é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”;

b) as pretensões punitiva e de ressarcimento devem observar o mesmo regime na atividade de controle externo, dado o objetivo comum da prescrição, de fixar prazo para o Tribunal de Contas agir, para caracterizar o ilícito, identificar seu autor, dimensionar as consequências da conduta e impor as consequências legais, independentemente de tais consequências terem natureza punitiva ou ressarcitória;

c) até que sobrevenha norma específica, entende-se que a prescrição das pretensões punitiva e de ressarcimento, no processo de controle externo, deve observar o regime da Lei 9.873/1999, na linha dos recentes pronunciamentos do STF a respeito. Assim, sem prejuízo de se realizar o exame da prescrição também segundo o prazo decenal previsto no Código Civil, o critério adotado, na formulação da proposta de encaminhamento, será o da Lei 9.873/1999.”

O tema é espinhoso e ainda contará com inúmeras discussões, acaloradas até, para se apaziguar os entendimentos.

Imbuído desta premissa apaziguadora e pedindo licença ao decano desta Casa, Conselheiro Wanderley Ávila, faço minhas suas razões de decidir sobre o tema, como é de vasto conhecimento deste Tribunal:

“Não hei, todavia, de opor-me cegamente às informadas, refletidas e judiciosas decisões proferidas pela maioria desta Casa em mais de dez processos naquela assentada, v.g., 1.066.476, 1.077.095, 1.084.258, 1.084.623, 1.082.569, 1.007.801, 1.092.661, 1.015.881, 1.084.508, 1.084.527 e 1.054.102 em que, à exceção de meu entendimento e do Conselheiro Gilberto Diniz, o Tema n. 899 não era aplicável. Certamente, tal conduta implicaria uma infinidade de pedidos de vista ou votos divergentes em sessão para fins de ressaltar meu posicionamento sobre a matéria, o que terminaria por injustificadamente privar o jurisdicionado do exercício célere da jurisdição e da duração razoável do processo, constitucionalmente garantida.

Ademais, tendo em vista o posicionamento do Plenário e o fato de que o pedido de vista em sessão não suspende mais o prazo prescricional desde 22/05/2019 no Recurso Ordinário n. 837.563 com a divergência inaugurada pelo Conselheiro Cláudio Terrão, posicionamento em que também fiquei vencido juntamente com o Conselheiro Substituto Licurgo Mourão, aliado ao fato de que não teria meu posicionamento oportunidade de sagrar-se vencedor nem na Segunda Câmara nem no Pleno, não vejo razão de decidir contrariamente à maioria.

Esclareço, ainda, que a mudança no posicionamento desta Corte no Recurso Ordinário n. 837.563, em contrariedade ao que fora decidido no Recurso Ordinário n. 1.007.362, em que fui relator em decisão unânime, sessão de 02/08/2017, acaba por dificultar todo nosso labor, já que a duração média de nossos processos ultrapassa os prazos regimentalmente previstos para prescrição.

Para circunstâncias como a presente, o mais recente posicionamento dos tribunais orienta o respeito ao princípio da colegialidade, que impõe a univocidade do órgão colegiado nas tomadas de decisão, conferindo segurança jurídica ao jurisdicionado e, ao mesmo tempo, garantindo a celeridade de tramitação dos processos.” – palavras do Conselheiro decano, Wanderley Ávila.

Desta forma, em atenção ao princípio da colegialidade, sem embargo de minha opinião divergente sobre o tema, mas para evitar que as decisões desta Casa sejam conflituosas e imponham insegurança jurídica, hei por bem em rever, por ora, meu posicionamento sobre a matéria para, em conformidade com o Relator, acompanhá-lo em seu voto, inclusive para reconhecer a ocorrência da prescrição da pretensão ressarcitória nos autos sob comento.

É como voto, senhor Presidente

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Sr. Presidente,

Ressalvando minha compreensão divergente sobre a matéria, conforme exposto no voto-vista que proferi no julgamento do Recurso Ordinário nº 1.054.102, na sessão plenária de 28/4/2021, também voto pelo reconhecimento da prescrição da pretensão ressarcitória, com fundamento no art. 110-A, no inciso I do art. 110-C e no inciso II do art. 118-A da Lei Complementar nº 102, de 2008, tendo em vista o entendimento majoritário do Pleno deste Tribunal consolidado em casos análogos, como no julgamento do Recurso Ordinário 1.066.476, em homenagem aos princípios da segurança jurídica, da colegialidade e da isonomia.

É como voto.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

FICA APROVADO O VOTO DO RELATOR.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA SARA MEINBERG.)

sb/fg

