

Processo: 1031540

Natureza: DENÚNCIA

Denunciante: Altamiro Francisco de Assis, sócio administrador da empresa Tatá Contabilidade e Consultoria Ltda.

Denunciados: Adailton Fonseca da Cunha, Carlos Henrique Leal Porto, Elidiana Terezinha Dornelas, Fabrício José da Fonseca Almeida, Franciane Cristina da Fonseca Almeida, Geraldo Abreu de Miranda, José Bonifácio Gomes, Mário Carvalho Delgado Junior, Planejar Consultores Associados Ltda., Ricardo Mauricio Rodrigues Miranda, Ricardo Pereira Azevedo, Willian Lopes Garcia, Willian Nunes Dornelas, Luana Raimunda Dias

Jurisicionados: Prefeitura Municipal de Cipotânea; Prefeitura Municipal de Santana do Garambéu; Prefeitura Municipal de Bias Fortes; Câmara Municipal de Senhora dos Remédios; Câmara Municipal de Lima Duarte; Prefeitura Municipal de Cristina

Apensos: Denúncias n. 1031583, 1031582, 1031586, 1031585, 1031539

Procuradores: Agnelo Sad Junior - OAB/MG 88382, Almir Fernandes - OAB/MG 74861, Bernardo Pessoa de Oliveira - OAB/MG 155123, Carla Cristina Rodrigues, Fabrício Souza Duarte - OAB/MG 94096, João Batista de Oliveira Filho - OAB/MG 20180, Leandro Eduardo Fonseca Paula - OAB/MG 99459, Leila Aparecida da Silva - OAB/MG 107346, Luciano Martins Leite - OAB/MG 98224, Maria Daciele da Fonseca - OAB/MG 156695, Marina de Cassia Fonseca - OAB/MG 193639, Paulo Henrique de Mattos Studart - OAB/MG 99424

MPTC: Maria Cecília Borges

RELATOR: CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO

PRIMEIRA CÂMARA – 10/8/2023

DENÚNCIA. SERVIÇOS TÉCNICOS DE CONSULTORIA E ASSESSORIA CONTÁBIL. DISPONIBILIZAÇÃO DE SOFTWARE. PREJUDICIAL DE MÉRITO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. 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 o 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 sobrevir regulamentação específica.

5. O reconhecimento da prescrição da pretensão de ressarcimento nos tribunais de contas não obsta a cobrança, pela via judicial, do dano ao erário decorrente da prática de ato doloso de improbidade administrativa.

ACÓRDÃO

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

I) reconhecer, em prejudicial de mérito, a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva e de ressarcimento deste Tribunal, com fundamento no art. 110-C, inciso V, no art. 110-E e no art. 110-F, inciso I, da Lei Complementar estadual nº 102/2008, em razão do transcurso de prazo superior a cinco anos desde a ocorrência do primeiro marco interruptivo da prescrição, consistente no recebimento das denúncias, cujos despachos datam de 22/01/2018 (Denúncia 1.031.540), 22/01/2018 (Denúncia 1.031.539), 29/01/2018 (Denúncia 1.031.582), 29/01/2018 (Denúncia 1.031.583), 29/01/2018 (Denúncia 1.031.585) e 29/01/2018 (Denúncia 1.031.586), sem que este Tribunal tenha proferido decisão de mérito recorrível;

II) declarar a extinção dos processos com resolução de mérito, em conformidade com o preceituado no art. 110-J da Lei Complementar estadual nº 102/2008;

III) determinar a intimação dos denunciados e do denunciante desta decisão;

IV) 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

V) 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 Substituto Telmo Passareli e o Conselheiro Agostinho Patrus.

Presente à sessão a Procuradora Sara Meinberg.

Plenário Governador Milton Campos, 10 de agosto de 2023.

DURVAL ÂNGELO
Presidente e Relator

(assinado digitalmente)

NOTAS TAQUIGRÁFICAS
PRIMEIRA CÂMARA – 10/8/2023

CONSELHEIRO PRESIDENTE DURVAL ÂNGELO:

Convido para participar desta sessão o doutor Fabrício Souza Duarte para sua sustentação oral na Denúncia nº 1031540, de minha relatoria.

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de denúncia formulada por Altamiro Francisco de Assis, sócio administrador da empresa Tatá Contabilidade e Consultoria, em face do Processo Licitatório nº 001/2018, Tomada de Preços nº 001/2018, do tipo técnica e preço, deflagrado pelo Município de Cipotânea, tendo por objeto a contratação de empresa especializada em prestação de serviços técnicos profissionais de Consultoria e Assessoria Contábil para Administração Pública, nas áreas de finanças públicas, compreendendo: orçamento público, contabilidade pública, tesouraria e execução orçamentária, patrimônio, gestão de compras e almoxarifado, folha de pagamento e controle de frota, inclusive disponibilização de software para o desenvolvimento dos trabalhos, conforme peça 34 do SGAP.

Os autos foram distribuídos em 23/01/2018 para a Conselheira Adriene Andrade (peça 1 do SGAP). Tendo em vista a ausência da relatora naquela ocasião, os autos foram enviados pelo Conselheiro Presidente à Coordenadoria de Fiscalização de Editais – CFEL- para análise da petição inicial da denúncia, notadamente acerca da existência (ou não) de irregularidade (s) capaz de justificar a suspensão do certame.

O relatório técnico inicial da referida Unidade Técnica sugeriu a suspensão do certame tendo em vista a apuração das seguintes irregularidades: adoção de pesos distintos para avaliação da técnica e preço; adoção da modalidade licitatória Tomada de Preços, sendo que cabia o Pregão e; item do edital prevendo exigência de atestado não previsto na Lei 8.666/93.

Em 06/02/2018, a medida cautelar foi deferida pela então relatora e, em seguida, referendada pelos demais conselheiros da Primeira Câmara deste Tribunal (peça 5 do SGAP).

Na sequência, a Procuradora Municipal de Cipotânea protocolizou petição requerendo a suspensão da decisão monocrática, tendo em vista que nos autos da Denúncia nº 1031539 apresentada pelo mesmo Denunciante, em face de certame similar realizado pela Prefeitura de Santana do Garambéu, houve indeferimento da medida cautelar por parte do Conselheiro Substituto Hamilton Coelho. Contudo, a então relatora manteve a suspensão da licitação de Cipotânea, sob o argumento de que os fundamentos utilizados pelo Conselheiro Substituto Hamilton Coelho para o indeferimento no outro caso não se aplicavam ao caso sob sua análise (peça 9 do SGAP).

Em seguida, a então relatora encaminhou requerimento para a Presidência deste Tribunal solicitando o julgamento conjunto dos processos envolvendo o questionamento dos editais licitatórios de Cipotânea e Santana do Garambéu, tendo em vista a similaridade dos instrumentos convocatórios, com base no art. 91 do Regimento Interno (peça 10 do SGAP).

Redistribuídos os autos à minha relatoria, determinei o apensamento dos processos 1031539 (Prefeitura Municipal de Santana do Garambéu), 1031582 (Prefeitura Municipal de Bias Fortes), 1031583 (Câmara Municipal de Senhora dos Remédios), 1031585 (Prefeitura Municipal de Cristina) e 1031586 (Câmara Municipal de Lima Duarte), por se tratarem do mesmo objeto licitatório (peças 19 e 20 do SGAP). Destaco que os despachos que receberam as referidas denúncias datam de 22/01/2018 (Denúncia 1.031.539), 29/01/2018 (Denúncia 1.031.582),

29/01/2018 (Denúncia 1.031.583), 29/01/2018 (Denúncia 1.031.585) e, 29/01/2018 (Denúncia 1.031.586).

Por minha determinação, os autos seguiram para análise da CFEL, com a ressalva de que a referida Unidade Técnica deveria se manifestar de forma conjunta sobre os processos apensados, levando em consideração a similaridade entre os diversos procedimentos licitatórios (peça 23).

Intimado, o prefeito municipal de Cipotânea encaminhou ofício a este Tribunal em 24/04/2018 juntando aos autos cópia de procedimento de anulação do Processo Licitatório 001/2018 – Tomada de Preços nº 001/2018 (peça 37).

A CFEL manifestou-se de forma pormenorizada sobre o processo piloto e cada processo apensado, tendo concluído que em relação ao processo de denúncia envolvendo o Município de Cipotânea houve perda de objeto, com a sugestão de extinção do feito. Em relação aos demais processos, sugeriu o envio dos autos à 2ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios para análise técnica (peça 24).

Determinei o envio dos autos para a 2ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios, com vistas a uma análise conjunta dos processos, com indicação dos responsáveis pelos atos que, eventualmente, sustentem hipótese de fraude e direcionamento nas licitações sob exame (peça 25).

A 2ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios procedeu a uma verificação minuciosa dos processos de cada município envolvido nos procedimentos licitatórios que tiveram o mesmo objeto e recomendou a citação de agentes públicos para a apresentação de suas alegações acerca das irregularidades apontadas nos autos por entender ter sido imprópria a utilização de licitação do tipo técnica e preço, frisando ainda que a modalidade de licitação escolhida deveria ter sido o Pregão (peça 27).

Logo após a manifestação da 2ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios, os autos foram entregues ao Ministério Público junto ao Tribunal para manifestação preliminar. O *Parquet* de Contas opinou pela inocorrência da perda de objeto do processo piloto referente ao Município de Cipotânea e requereu o aditamento da denúncia, bem como a citação dos responsáveis (peça 29).

Em observância aos princípios da ampla defesa e do contraditório estabelecidos no art. 5º, LV da Constituição Federal de 1988, determinei a citação dos responsáveis indicados pela 2ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios na peça 27.

Dando prosseguimento à tramitação dos autos, a 2ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios apresentou o seu exame técnico definitivo acerca do caso, levando em consideração o aditamento do Ministério Público e as alegações dos defendentes. No que tange à preliminar de perda do objeto em face do desfazimento do certame pela Administração Pública de Cipotânea, a Unidade Técnica em destaque entendeu que houve o perecimento do interesse deste Tribunal no prosseguimento do feito. Em relação à alegação de prescrição feita pela então Presidente da Comissão Permanente de Licitação da Câmara Municipal de Senhora dos Remédios, o entendimento foi pela improcedência de tal ocorrência. E, após uma análise detalhada de cada processo apenso, concluiu pela desconsideração de alguns apontamentos e pela manutenção de outros com a devida indicação dos responsáveis (peça 32).

Em parecer conclusivo, o Ministério Público junto ao Tribunal reiterou seu posicionamento sobre a inocorrência de perda do objeto em face do desfazimento do certame, opinou pela possibilidade de celebração de Termo de Ajustamento de Gestão – TAG, ao contrário do entendimento da Unidade Técnica, bem como posicionou-se pela ocorrência de várias

irregularidades, sobretudo em relação à possibilidade de direcionamento de procedimentos à sociedade empresária Planejar Consultores Associados Ltda., com a indicação de aplicação da sanção de inidoneidade para licitar e contratar com o Poder Público. Indicou que se não forem celebrados os Termos de Ajustamento de Gestão, deverão ser aplicadas sanções e emitidas recomendações, as quais deverão ser monitoradas por este Tribunal (peça 42).

Concedo a palavra ao doutor Fabrício para apresentar as suas alegações, por até 15 minutos, conforme previsto no § 2º do art. 191 do Regimento Interno.

Com a palavra o doutor Fabrício.

ADVOGADO FABRÍCIO SOUZA DUARTE:

Excelentíssimo senhor, Presidente Durval Ângelo, na pessoa de quem cumprimento todos os membros deste egrégio Tribunal de Contas; senhora Procuradora junto ao Ministério Público de Contas, também meu bom dia; aos demais servidores desta Casa; colegas advogados que acompanham a sessão, meu bom dia.

Senhor Presidente, como Relator do presente processo, tenho certeza, conhece os fatos de forma detalhada e a fundo, o que pôde ser visto do relatório que foi disponibilizado por Vossa Excelência nos autos.

Mas, aqui desta tribuna, senhor Presidente e demais Conselheiros, faz-se necessário uma intervenção e a faço em nome da empresa Planejar Consultores Associados, uma empresa de Consultoria, com mais de trinta anos de mercado em Minas Gerais, com sede na próspera cidade de Juiz de Fora e que vem atendendo inúmeros municípios mineiros, com seu conhecimento, com sua expertise na área pública e, Vossas Excelências sabem o quão carentes ainda são, infelizmente, os pequenos municípios mineiros de uma assessoria técnica, de uma defesa, de uma possibilidade de cumprimento das regras da forma como espera a sociedade brasileira no cumprimento das normas fiscais, das normas públicas e da fiscalização deste Tribunal, que é muito bem feita em todos esses municípios.

Então, é indispensável que possam existir profissionais que tenham a disponibilidade e a capacidade suficiente de prestar esse serviço, como presta a Planejar Consultores – seu sucesso mercadológico mostra a excelência que tem, inclusive de pessoas que já participaram de cursos neste Tribunal, na condição de conferencistas, corpo técnico muito qualificado.

Mas, o que acontece, senhor Presidente, no caso dos autos: das diversas licitações em que a empresa Planejar participa, algumas foram questionadas, o que também não é incomum, Vossas Excelências bem sabem, questionada por um participante, por um concorrente que impugnou cláusulas editalícias. Daí ter aportado a este Tribunal algumas denúncias relativas a esses editais.

Na análise feita pelos órgãos, pelo competente corpo técnico desta Casa, foi verificado que, em alguns editais de municípios e câmaras municipais diversas, haviam semelhanças entre si. Esses editais continham algumas cláusulas, alguns itens que eram semelhantes e que, a juízo de uma representação ofertada pelo Ministério Público deste Tribunal em aditamento à denúncia apresentada pelo concorrente, alegava-se um suposto favorecimento, como se a empresa Planejar houvesse ela assessorado na elaboração dos editais dos quais tomou parte posteriormente.

Pois bem, essa denúncia, então, nasce de um concorrente que não ganhou a licitação, apesar de, em determinados procedimentos regularmente habilitados, ter participado, ter cumprido os

requisitos mínimos do edital, que era de técnica e preço, mas perdeu na nota, ficando em segundo lugar.

Então, não havia – aqui um primeiro ponto –, nenhum direcionamento que impedisse outros concorrentes, tanto que esse próprio concorrente participou, só não logrou êxito na licitação.

Pois bem, essa segunda afirmação feita pelo Ministério Público de Contas, com as devidas vênias à subscritora da representação, que é a doutora Maria Cecília, não há nenhuma demonstração, nenhuma prova, nenhum elemento que possa cabalmente demonstrar essa existência de um direcionamento da empresa Planejar. E por que digo isso com muita tranquilidade, senhores Conselheiros? O corpo técnico desta Casa destacou isso no seu parecer após a apresentação da defesa feita pelo escritório.

Colho da peça 32 do Sistema e-TCE – peça vênias a Vossas Excelências para fazer pequena referência: como alegado pelos defendentes... Bom, antes, contextualizando, o que se mostrou é o seguinte: é comum, dada inclusive a própria inexistência desse corpo técnico tão qualificado e permanente nos municípios, como dizíamos anteriormente, que servidores públicos circulem entre os municípios ocupando diversos cargos em comissão em administrações diversas, em municípios diversos, e eles vão junto com seus bancos de dados para prestar serviços de licitação em outro lugar porque agora têm novo cargo. Não é incomum, hoje, com a facilidade da tecnologia, a obtenção de modelos de outros municípios na *internet*. É fácil. Se Vossas Excelências consultarem o *Google*, acharão diversos editais de diversos municípios sobre diversos itens. E não é incomum, também, a cópia de editais entre si.

Esta semana mesmo, eu participava de uma reunião com um prefeito em que determinada pessoa falou: nós conseguimos um modelo. E alertávamos, junto com outro consultor: é melhor vocês terem um edital próprio, customizado, para a cidade, porque é a cidade que vai ser beneficiada. Então, isso não é incomum. E é isso que provavelmente e possivelmente aconteceu.

E por que digo isso com tranquilidade? Agora, sim, remeto ao que consta do relatório do órgão técnico desta Casa:

Como alegado pelos defendentes, pode ser observado no parecer jurídico à fl. 146 da Denúncia nº 1031539 – Prefeitura Municipal de Santana do Garambéu, apensa, bem como no parecer jurídico da Prefeitura de Cipotânea e na defesa da Prefeitura Municipal de Senhora dos Remédios, respectivamente, à fl. 210 e fl. 501 dos presentes autos, que realmente houve a atuação de um mesmo advogado nos referidos municípios.

E esse mesmo advogado, diga-se, não é ninguém ligado à empresa Planejar. É um outro prestador de serviço que presta serviço a esses municípios e que atuou nesses processos.

Segue o relatório técnico:

Note-se também que embora constatada a presença de cláusulas nos editais que podem ser consideradas restritivas à competitividade dos certames, sugerindo o seu direcionamento, tal condição se deveu à ausência das devidas justificativas, não havendo nos autos nada que indique que tais cláusulas não poderiam ser adequada e fundamentadamente justificadas pelos responsáveis no âmbito dos certames na busca por contratações mais vantajosas, ressaltando-se que a empresa representada pelo denunciante concorreu e foi classificada em segundo lugar na Tomada de Preços nº 002/2017 promovida pela Prefeitura Municipal de Cristina, proposta e ata às fls. 956 a 959 da Denúncia nº 1.031.585, apensa.

Então vejam, senhor Presidente e senhor Relator: de fato, como alegado, pode ter havido um compartilhamento desses editais pelos diversos municípios. Daí a inexistência – e conclui o parecer técnico – de qualquer prova no sentido de que a empresa Planejar tenha direcionado editais, tenha influenciado na participação.

Alega o Ministério Público que há indícios, que há diversos elementos que poderiam levar à conclusão no sentido contrário, de que a empresa Planejar influenciou no sentido de ser beneficiada.

Mas Vossas Excelências bem sabem, o Brasil vive um momento de recondução aos trilhos da legalidade. Meros indícios não são provas. Meros elementos indiciários não podem levar à conclusão da aplicação de pena, seja no Direito Penal, seja no Direito Administrativo sancionador, que é o que cumprem Vossas Excelências nesse *mister*.

Então, nós não podemos sancionar uma empresa com 30 anos de mercado, com diversos profissionais, com uma pena de declaração de inidoneidade para contratação pela Administração, como foi requerido, por um indício, por uma possibilidade, sem que haja uma prova nesse sentido.

Sempre discuto isso nas oportunidades que tenho, em aulas, em palestras, que o exercício do poder sancionador do Estado, seja ele em que faceta for, seja no Direito Penal, seja aqui, tem que ser feito de forma a preservar a legalidade, de forma a garantir direitos fundamentais. Então, não se pode prescindir dessa análise ainda que o processo de análise de procedimentos licitatórios, como é aqui, seja objetivo e seja meramente documental.

Tivesse, então, outras maneiras de se provar, mas não há essa prova e não pode, nesse caso, haver uma responsabilização objetiva de terceiro – é bom que se diga. Sabe-se que muitas vezes o Tribunal de Contas da União tem o entendimento de que, nos processos que envolvem direito financeiro – o que não é o caso; aqui, estamos falando de direito administrativo –, o ônus da demonstração da regularidade seria do prestador de contas e aqui, não se trata de prestação de contas. E mais, só se aplicaria se fosse ele integrante da administração e ordenador de despesa – não é o caso. Trata-se de um particular.

Senhor Presidente, para não os cansar ainda mais com essa fala, com relação aos demais itens sobre supostas irregularidades do edital, alguns foram afastados após a manifestação e outros foram mantidos. A empresa inclusive trouxe subsídios para análise desses itens mesmo não tendo obrigação para tanto. E digo que não tinha obrigação porque não era ela a responsável pela elaboração dos editais. Ela não participou da fase interna, como eu disse anteriormente. Então, ela não pode ser penalizada se havia uma nota de preço e a nota técnica era discrepante daquilo que entende o Tribunal. Essa definição foi feita pelo administrador, não pela empresa. Ela simplesmente participou da licitação e logrou êxito em algumas. E o outro licitante, inclusive, participou e não logrou êxito.

Então, senhor Presidente, com relação aos outros pontos específicos sobre os apontamentos feitos ao edital, peço vênias para não delongar e não entrar nesses pontos, que já estão bem explanados e já foram certamente analisados, o que podemos perceber do próprio relatório disponibilizado por Vossa Excelência. Então, não há necessidade de cansá-los mais.

Peço a Vossas Excelências, apenas, que reflitam sobre essa necessidade de garantia de segurança jurídica àqueles que se dispõem a prestar serviço para a Administração para que não sejam injustamente penalizados por ouvir dizer, com todo respeito, por uma possibilidade que não se comprovou, como o órgão técnico desta Casa mesmo pode salientar.

Com essas considerações, senhor Presidente, pede-se que, em relação à empresa Planejar, seja julgada improcedente a representação e denúncia.

Muito obrigado.

CONSELHEIRO PRESIDENTE DURVAL ÂNGELO:

Obrigado.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1 – Prejudicial de mérito

II.1.1 – Aspectos introdutórios sobre o instituto da prescrição

A prescrição, tal como vigora nos ordenamentos jurídicos modernos, tem origem no direito romano. Ressalte-se que a partir dos tempos do imperador Teodósio II foram introduzidos, na via legislativa, limites temporais para o exercício de direitos em juízo¹.

O ilustre jurista Humberto Theodoro Júnior destaca que, no direito romano, as limitações temporais não se referiam diretamente aos direitos, mas diziam respeito à possibilidade de demandá-los em juízo, por meio de determinado remédio, fosse uma ação, uma exceção ou interdito².

Ainda seguindo as lições do referido doutrinador, pode-se dizer que essa visão da prescrição, edificada em Roma, passou pela Idade Média e pelo direito intermédio, em toda a Europa, e chegou à Inglaterra no século XVII, onde perdura, até hoje, como restrição aplicável ao exercício do direito em juízo, e não como causa de extinção propriamente dele³.

A prescrição se impõe toda vez que ocorre a inércia na persecução de um direito, como forma de perda da exigibilidade desse direito, trata-se de um princípio geral do direito aplicável tanto no âmbito do direito privado quanto no do direito público.

No Direito Civil, a prescrição é a extinção da pretensão relacionada a direitos subjetivos de cunho patrimonial, em decorrência do decurso de tempo, conforme lição de Flávio Tartuce⁴:

Na prescrição, nota-se que ocorre a extinção da pretensão; todavia, o direito em si permanece incólume, só que sem proteção jurídica para solucioná-lo. Tanto isso é verdade que, se alguém pagar uma dívida prescrita, não pode pedir a devolução da quantia paga, eis que existia o direito de crédito que não foi extinto pela prescrição.

Tal conceito está positivado no art. 189 do Código Civil: “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”. Com a ocorrência da prescrição, o direito patrimonial persiste, mas não pode ser exigido.

Importante destacar que a prescrição incide até mesmo no âmbito das ações penais, podendo ser definida como a perda por parte do Estado do direito de executar a punição da prática de determinado delito, o *jus puniendi*, em razão do decurso de certo prazo previsto em lei. A Constituição Federal, no art. 5º, incisos XLII e XLIV, estabelece dois delitos imprescritíveis: racismo e ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Em relação, portanto, à pretensão punitiva estatal no que se refere à prática de crimes, a regra é a prescritibilidade.

No âmbito do Direito Administrativo, é usual falar em prescrição administrativa em sentidos distintos: ela designa, de um lado, a perda do prazo para recorrer de decisão administrativa; de

¹ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Prescrição e Decadência. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 10.

² Idem, p. 11.

³ Ibidem, p. 11.

⁴ TARTUCE, Flávio. Direito Civil I. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 467.

outro, significa a perda do prazo para que a Administração reveja os próprios atos; por fim, significa a perda de prazo para aplicação de penalidades administrativas⁵.

No que tange aos ilícitos administrativos, há previsão constitucional, também, para a aplicação do instituto da prescrição sob vários aspectos, tanto em relação às pretensões de interessados em face da Administração, quanto às desta em relação aos administrados. Se a Administração não toma providências para apuração e responsabilização do agente, sua inércia gera a perda de seu *jus perseguendi*⁶. É o que reza o art. 37, § 5º, da Constituição Federal:

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

(...)

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

O eminente administrativista Marçal Justen Filho destaca que a redação do dispositivo constitucional retro transcrito é confusa, tendo produzido intepreções problemáticas ao longo do tempo. Segundo suas lições⁷:

Difundiu-se a concepção de que o dispositivo teria consagrado a imprescritibilidade das ações de ressarcimento. Anote-se que a expressão “imprescritível” não consta do texto constitucional. A CF/1988 restringe-se a afirmar que as ações de ressarcimento são “ressalvadas”. Mas não há clareza quanto ao objeto da ressalva. Ou seja, as ações de ressarcimento são ressalvadas de quê? A ressalva tanto pode referir-se a “prazos de prescrição” quanto à “lei”. Afigura-se que não é compatível com a Constituição a interpretação de imprescritibilidade de alguma ação, especialmente da ação de ressarcimento de danos.

O Supremo Tribunal Federal (STF) analisou a hermenêutica do § 5º do art. 37 da Constituição Federal acerca do caráter ou não da imprescritibilidade das ações de ressarcimento de dano ao erário em três ocasiões, como demonstrarei mais adiante no item II.1.3 deste voto. Concluiu, coerentemente, que a ressalva final do dispositivo deve ser aplicada restritivamente apenas ao ressarcimento de dano ao erário decorrente de ato doloso de improbidade administrativa.

O STF, como órgão de cúpula do Poder Judiciário e instância máxima da interpretação das normas constitucionais, atribuiu o devido sentido e funcionalidade ao disposto no referido dispositivo. Lenio Streck⁸, um dos maiores juristas do país, discorre com objetividade sobre o tema da hermenêutica jurídica:

Com efeito, no âmbito da dogmática jurídica, há um considerável sincretismo. Por exemplo, em Aníbal Bruno (1967, p.198), interpretar a lei é penetrar-lhe o verdadeiro sentido, sendo que quando a lei é clara (*in claris non fit interpretatio*), a interpretação é instantânea. Conhecido o texto, complementa o autor, aprende-se, imediatamente, o seu conteúdo. Na mesma linha, Paulo Nader (1995, p. 306) entende que interpretar a lei é fixar o sentido de uma norma e descobrir a sua funcionalidade, colocando a descoberto os valores consagrados pelo legislador. Para ele, todo subjetivismo deve ser evitado durante a interpretação, devendo o intérprete visar sempre à realização dos valores magistrais do

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 890.

⁶ SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 349.

⁷ FILHO, Marçal Justen. Curso de Direito Administrativo. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 1349.

⁸ STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de Hermenêutica. 2ª ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020, p. 129.

Direito: justiça e segurança, que promovem o bem comum. Carlos Maximiliano (1965, p.13, *et. seq.*), autor da clássica obra sobre hermenêutica, entendia que interpretar é a busca do esclarecimento, do significado verdadeiro de uma expressão; é extrair de uma frase, de uma sentença, de uma norma, tudo o que na mesma contém.

(...)

Mais contemporaneamente, **Maria Helena Diniz (1993, p.384 *et.seq.*) entende que interpretar é descobrir o sentido e o alcance da norma, procurando a significação dos conceitos jurídicos. Para ela, interpretar é explicar, esclarecer; dar o verdadeiro significado do vocábulo; extrair da norma, tudo o que nela se contém, revelando seu sentido apropriado para a vida real e conducente a uma decisão. (Grifei.)**

No mais recente julgamento sobre o assunto, nos autos do RE nº 636.886/AL⁹, o STF definiu o Tema nº 899 e concluiu que é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de tribunal de contas, conforme abordarei detalhadamente mais adiante.

O que se busca alcançar com a aplicação da prescrição é o afastamento de situações de instabilidade, pois é inadmissível que o Estado possa manter o direito de ação de modo indeterminado. Há, sem dúvida, a necessidade de se preservar o princípio da segurança jurídica, que tem por escopo assegurar a estabilidade das relações consolidadas. Trata-se de um princípio de envergadura constitucional previsto no inciso XXXVI do art. 5º, o qual determina que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

A segurança é um dos pilares mais valiosos do plexo axiológico da experiência jurídica, sinalizando a importância da estabilidade e da previsibilidade nas relações sociais como meio para a concretização do direito com justiça¹⁰.

Ressalto que a segurança jurídica foi prevista de forma expressa no art. 5º, inciso VII, da Lei estadual nº 14.184/2002 como um dos princípios norteadores do processo administrativo, conforme transcrição abaixo:

Art. 5º – Em processo administrativo serão observados, dentre outros, os seguintes critérios:

(...)

VII – adoção de forma que garanta o adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos das pessoas; (Grifei.)

O referido princípio também está positivado no art. 2º, *caput*, e no art. 2º, parágrafo único, inciso IX, da Lei Federal nº 9.784/1999, a qual regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Realço que em consonância com o § 7º do art. 76 da Constituição do Estado, cuja redação foi inserida pela EC nº 78/2007, o controle externo a cargo deste Tribunal deverá ser exercido com a observância aos institutos da prescrição e da decadência, prestigiando, assim, uma atuação à luz do aludido princípio da segurança jurídica:

Art. 76 – (...)

§ 7º – O Tribunal de Contas, no exercício de suas competências, **observará os institutos da prescrição e da decadência**, nos termos da legislação em vigor. (Grifei.)

⁹ Supremo Tribunal Federal. RE nº 636.886/AL. Plenário. Relator ministro Alexandre de Moraes. Julgado em 20/4/2020.

¹⁰ SOARES, Ricardo Maurício Freire. Elementos de Teoria Geral do Direito. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 342.

Feitas essas considerações preliminares sobre o instituto da prescrição, passo a verificar a sua incidência no âmbito da competência deste Tribunal no que se refere à aplicação de sanções (pretensão punitiva) e para imputar ao responsável ou ao interessado a devolução de valores ao erário (pretensão de ressarcimento).

II.1.2 – Prescrição da pretensão punitiva

Pela análise dos autos das denúncias, reconheço a incidência da prescrição sobre a pretensão punitiva deste Tribunal, com fundamento no art. 110-C, inciso V, no art. 110-E e no art. 110-F, inciso I, da Lei Complementar estadual nº 102/2008, em razão do transcurso de prazo superior a cinco anos desde a ocorrência do primeiro marco interruptivo da prescrição, consistente no recebimento das denúncias, cujos despachos datam de 22/01/2018 (Denúncia 1.031.540), 22/01/2018 (Denúncia 1.031.539), 29/01/2018 (Denúncia 1.031.582), 29/01/2018 (Denúncia 1.031.583), 29/01/2018 (Denúncia 1.031.585) e, 29/01/2018 (Denúncia 1.031.586), sem que este Tribunal tenha proferido decisão de mérito recorrível.

II.1.3 – Prescrição da pretensão de ressarcimento

De início, ressalto que, em várias decisões¹¹, aderi ao posicionamento de que nenhuma das teses de repercussão geral fixadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nos Temas nºs 666, 897 e 899 se aplicavam 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 Pleno¹² e da Primeira Câmara¹³, 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, § 5º, da Constituição Federal (“ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”), conforme será adiante detalhado.

Informo que, ao que tudo indica, o Ministério Público junto a este Tribunal irá, também, aderir 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 nº 1.098.280, cuja conclusão segue transcrita:

Diante da interpretação do art. 37, parágrafo 5º, da Constituição de 1988, desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal nos Temas de Repercussão Geral nºs 666, 897 e 899, de que **a pretensão ressarcitória exercida pelos Tribunais de**

¹¹ 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 nº 885.874 (1ª Câmara, julgado em 25/8/2020), Recurso Ordinário nº 1.015.376 (Tribunal Pleno, julgado em 5/8/2020) e Recurso Ordinário nº 1.047.689 (Tribunal Pleno, julgado em 12/8/2020).

¹² 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 nº 1.066.476 (relator conselheiro Claudio Terrão, julgado em 28/4/2021), Recurso Ordinário nº 1.077.095 (relator conselheiro Cláudio Terrão, julgado em 28/4/2021), Recurso Ordinário nº 1.084.258 (relator conselheiro Cláudio Terrão, julgado em 28/4/2021), Recurso Ordinário nº 1.084.623 (relator conselheiro Cláudio Terrão, julgado em 28/4/2021), Recurso Ordinário nº 1.082.569 (relator conselheiro Wanderley Ávila, julgado em 28/4/2021), Embargos de Declaração nº 1.092.661 (relator conselheiro José Alves Viana, julgado em 28/4/2021), Recurso Ordinário nº 1.084.527 (relator conselheiro José Alves Viana, julgado em 28/4/2021) e Recurso Ordinário nº 1.054.102 (relator conselheiro Claudio Terrão, julgado em 28/4/2021).

¹³ 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 nº 888.137 (relator conselheiro Sebastião Helvecio, julgado em 4/5/2021) e Processo Administrativo nº 679.815 (relator conselheiro Sebastião Helvecio, julgado em 4/5/2021).

Contas nos processos de sua competência não estão incluídos na ressalva da parte final do referido dispositivo, entendo 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 são imprescritíveis, sejam 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 e de que o dano contra ele, por afetar toda a sociedade, exige proteção diferenciada e, 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, estabelecendo exceção à regra geral da prescritibilidade, impactar sobremaneira a proteção dos princípios da ampla defesa e da segurança jurídica.

Em 2008, ao julgar o Mandado de Segurança nº 26.210/DF¹⁴, o STF reafirmou por maioria, vencido apenas o ministro Marco Aurélio, 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.)

Mas foi apenas a partir de 2016 que 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/MG¹⁵, 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

¹⁴ Supremo Tribunal Federal. MS nº 26.210/DF. Plenário. Relator ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 04/09/2008.

¹⁵ Supremo Tribunal Federal. RE nº 669.069/MG. Plenário. Relator ministro Teori Zavascki. Julgado em 03/02/2016.

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, em que foi o único vencido, de que as ações patrimoniais não são imprescritíveis.

Segundo o professor Emerson Gabardo¹⁶, 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 37¹⁷¹⁸, 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 culposos.

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.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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 atarem-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.”.

¹⁸ 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.

Quanto a esse ponto, a ministra Carmen Lúcia destacou, no julgamento do RE nº 669.069/MG, manifestação 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 e a questão interpretativa e em que fundamentalmente defende que o reconhecimento da prescritibilidade 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).¹⁹ (Grifei.)

Dois anos após a formulação do Tema nº 666, em agosto de 2018, no julgamento do RE nº 852.475/SP²⁰, 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 atos de improbidade 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 (Lei de Improbidade Administrativa), 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 dolosamente²¹. Se decorrer prejuízo ao erário do ato de improbidade

¹⁹ 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-mudancade-entendimento-do-stf-sobreimprescritibilidade-das-acoes-deressarcimento-ao-erario>. Acesso em: 21/5/2021.

²⁰ Supremo Tribunal Federal. RE nº 852.475/SP. Plenário. Relator ministro Alexandre de Moraes. Julgado em 8/8/2018.

²¹ 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 prescritibilidade 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 prescritíveis 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.”.

praticado culposamente, 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.

Emerson Gabardo e Lucas Saikali²², 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 hermenêutica²³ 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.)

Mas foi em 2020, ao julgar o RE nº 636.886/AL²⁴, que o STF fixou, por unanimidade, o Tema nº 899, que possui inquestionável repercussão no exercício das competências dos tribunais de

²² GABARDO, Emerson. SAIKALI, Lucas Bossoni. *A prescritibilidade 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.

²³ 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.

²⁴ Supremo Tribunal Federal. RE nº 636.886/AL. Plenário. Relator ministro Alexandre de Moraes. Julgado em 20/4/2020.

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.

Em primoroso artigo, Daniel Giotti de Paula²⁵ 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**”²⁶. **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**”²⁷.

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 calculabilidade²⁸. 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

²⁵ 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.

²⁶ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e modulação de efeitos*. Salvador: Juspodium, 2021, p. 108 (prelo).

²⁷ Idem.

²⁸ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

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."

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)²⁹ 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.

²⁹ 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)

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.** 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)

Adiante, 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 reger-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 encontre 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 artigo³⁰ sobre o Tema nº 899, Luciano Ferraz cita o julgamento da ADI nº 5259/SC³¹ contra a Lei Complementar estadual nº 588/2013³² 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

³⁰ 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.

³¹ Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5259/SC. Plenário. Relator ministro Marco Aurélio. Sessão virtual em 14/12/2020.

³² Disponível em: http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2013/588_2013_lei_complementar.html. Acesso em 24/5/2021.

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 do TCU.

No MS nº 37.089/DF³³³⁴, 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 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.)

³³ Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 37.089/DF. Relator ministro Ricardo Lewandowski. Decisão monocrática publicada em 16/11/2020.

³⁴ Foi interposto agravo regimental que não foi julgado até esta data (25/5/2021).

No Ag. Reg no MS nº 34.467/DF³⁵, interposto contra a decisão unipessoal por meio da qual, com supedâneo no art. 205 do RISTF³⁶, 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 (**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.

³⁵ 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.

³⁶ **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)

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 abrangendo 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 reportei, 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 lustro 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, concluo 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 899³⁷.

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 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 defesa³⁸, 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.

Primeiro ponto de diferenciação que gostaria de 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)”³⁹, 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

³⁷ Os autos do RE nº 636.886/AL estão conclusos para decisão em embargos de declaração opostos pela União.

³⁸ 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.

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 766.

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 Federal⁴⁰.

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 afirmaram 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”⁴¹.

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. Nessa circunstância, se não houver a comprovação da adequada e regular aplicação dos recursos públicos, presume-se o comportamento culposo 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 públicos⁴².

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/RS⁴³, 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

⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 766.

⁴¹ Disponível em <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v13n3/1808-2432-rdgv-13-03-0866.pdf>. Acesso em 11/5/2021.

⁴² O comando do parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal foi reproduzido no § 2º do art. 74 da Constituição do Estado.

⁴³ 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.

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 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.

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 Câmara⁴⁴:

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 amealhar 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 improcedência 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

⁴⁴ Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 18/2021. Primeira Câmara. Relator ministro Vital do Rêgo. Julgado em 26/1/2021.

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 débito⁴⁵:

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 PERQUIRIRIÇÃO - 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

- 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 se incidirá na espécie, consoante já decidido pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, as disposições do Decreto nº. 20.910/32⁴⁶.

- 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

⁴⁵ Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0000.18.126718-8/002. Relator: Desembargador Corrêa Junior. Julgado em 02/03/2021.

⁴⁶ 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 **atos 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.

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 Tribunal⁴⁷.

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 1.066.476⁴⁸ e outros processos 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 ressarcimento⁴⁹.

Realço que a Secretaria de Recursos do TCU, no processo TC 027.624-2018-8, do qual decorreu o Acórdão nº 2620/2020 – Plenário⁵⁰, 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, 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

⁴⁷ Conforme preceito contido no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, a prescrição somente poderá ser disciplinada por lei formal.

⁴⁸ 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.

⁴⁹ 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."

⁵⁰ Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2620/2020. Plenário. Relator ministro Vital do Rêgo. Julgado em 30/9/2020.

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 1.695/2021⁵¹ e no Acórdão nº 2.462/2021⁵², 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, consequentemente, determinando o seu arquivamento.

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 ou 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 deste Tribunal, à luz das disposições da Lei Complementar estadual nº 102/2008.

Com efeito, reconheço, nos presentes autos, a incidência da prescrição sobre a pretensão ressarcimento deste Tribunal, com fundamento no art. 110-C, inciso V, no art. 110-E e no art. 110-F, inciso I, da Lei Complementar estadual nº 102/2008, em razão do transcurso de prazo superior a cinco anos entre a ocorrência do primeiro marco interruptivo da prescrição, consistente no recebimento das denúncias, sem que este Tribunal tenha proferido decisão de mérito recorrível.

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 1.066.476⁵³ 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

⁵¹ Tribunal de Contas do Estado de Goiás. Acórdão nº 1.695/2021. Tribunal Pleno. Relatora conselheira Carla Cíntia Santillo. Julgado em 1/4/2021.

⁵² Tribunal de Contas do Estado de Goiás. Acórdão nº 2.462/2021. Tribunal Pleno. Relator conselheiro Saulo Marques Mesquita. Julgado em 23/4/2021.

⁵³ 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.

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, reconheço, em prejudicial de mérito, a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva e de ressarcimento deste Tribunal, com fundamento no art. 110-C, inciso V, no art. 110-E e no art. 110-F, inciso I, da Lei Complementar estadual nº 102/2008, devendo, por conseguinte, o processo ser extinto com resolução de mérito, em conformidade com o preceituado no art. 110-J da referida lei.

Intimem-se o Denunciante e os Denunciados desta decisão.

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 nº 12/2008).

CONSELHEIRO SUBSTITUTO TELMO PASSARELI:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO AGOSTINHO PATRUS:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE DURVAL ÂNGELO:

APROVADO O VOTO DO RELATOR.

(PRESENTE À SESSÃO PROCURADORA SARA MEINBERG.)

* * *