

Processo 000.428/2018-3
Tomada de Contas Especial

Parecer

Em face dos elementos constantes dos autos e da revelia do responsável, devidamente citado, conforme documentos às peças 67 a 69, este representante do Ministério Público de Contas da União, não obstante anuir ao entendimento da unidade instrutiva a respeito da ocorrência de dano ao erário e da responsabilização do ex-prefeito Carlos Magno Duque Bacelar, discorda da proposta uniforme (peças 72 a 74) de condenar esse responsável ao pagamento dos débitos identificados nos autos, por entender prescrita, não só a pretensão punitiva, mas, também, a pretensão condenatória do Tribunal de Contas da União (TCU), pelas razões expostas a seguir.

2. Ao julgar, em 17/4/2020¹, o Recurso Extraordinário (RE) 636.886², no qual se discutia o alcance da regra estabelecida no art. 37, § 5º, da Constituição Federal³, relativamente a pretensões de ressarcimento ao erário fundadas em decisões de Tribunal de Contas, o Supremo Tribunal Federal (STF) fixou, com repercussão geral, a tese de que “*É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas*”, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes.

3. Registre-se que, contra o julgamento do STF no RE 636.886, foram opostos embargos de declaração pela Advocacia-Geral da União (AGU), em 14/8/2020, pendentes de apreciação pela Corte Suprema.

4. Não obstante o RE 636.886 ter sido julgado tendo como contexto a fase de execução de título executivo oriundo de decisão de Tribunal de Contas, é possível constatar, à vista do teor do voto do Ministro Alexandre de Moraes, ao qual aderiram os demais⁴, que a interpretação conferida pela Corte Suprema à matéria constitucional, quanto à inteligência do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, é a da prescritibilidade, como regra, da pretensão de ressarcimento ao erário.

5. Segundo constou do item 2 da ementa do acórdão, somente seriam imprescritíveis “*as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa – Lei 8.429/1992*” (grifo nosso), conforme tese anteriormente definida⁵.

6. A conclusão afasta, em nosso sentir, a possibilidade de a Corte de Contas continuar a empregar, no exame de suas TCEs, a Súmula TCU 282, segundo a qual “*As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são [em quaisquer casos] imprescritíveis*.”, por veicular interpretação que não mais se coaduna com o entendimento do STF.

¹ Julgamento virtual finalizado nessa data.

² Desfecho do julgamento do RE 636.886, consoante descrição apresentada no *site* do STF: “O Tribunal, **por unanimidade**, apreciando o tema 899 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário, mantendo-se a extinção do processo pelo reconhecimento da prescrição.” (grifos nossos).

³ Constituição Federal:

“Art. 37 *omissis*

(...)”

§ 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.” (grifo nosso)

⁴ Os Ministros Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes acompanharam o Ministro Alexandre de Moraes com ressalvas.

⁵ “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.” (Tema 897 de repercussão geral).

7. Ao mesmo tempo, exige que o TCU se debruce a respeito do prazo e regime prescricionais aplicáveis à pretensão ressarcitória exercida em sede de processo de contas, na medida em que sobre ela não disse a decisão do STF, inclusive por refugir à matéria de direito que lhe fora submetida na oportunidade.

8. Assim, não havendo, na Lei 8.443/1992 ou em qualquer outro diploma legal, disposição específica, incumbe à Corte de Contas apontar, em atenção ao postulado da segurança jurídica e à vista dos parâmetros legislativos existentes, o arcabouço normativo aplicável, de forma a orientar os trabalhos no âmbito do Tribunal e nortear seus jurisdicionados.

9. Isso já foi feito no que tange especificamente à pretensão sancionatória, no Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário (relator: Ministro Benjamin Zymler; redator: Ministro Walton Alencar Rodrigues), por ocasião da apreciação de incidente de uniformização de jurisprudência – ante a prevalência, àquele tempo, da tese da imprescritibilidade em qualquer hipótese da pretensão de ressarcimento ao erário. Ali se definiu a aplicação das regras gerais de prescrição, tratadas no Código Civil, aos processos de controle externo, inclusive quanto ao **prazo decenal do art. 205** daquele diploma legal, aplicável quando inexistente prazo específico.

10. Mesmo que reparação e penalidade tenham naturezas distintas, este membro do Ministério Público entende pela aplicação do mesmo regime e prazo decenal à pretensão de ressarcimento, no controle externo, pelas mesmas razões empregadas pelo Tribunal em relação à pretensão sancionatória, em deferência à jurisprudência da Corte de Contas e, também, como forma de assegurar a uniformidade dos critérios de contagem do prazo prescricional.

11. Não se ignora a existência de alguma divergência quanto à aplicação, no âmbito do Direito Público, das normas gerais de prescrição do Código Civil, pela especial pertinência do diploma às relações jurídicas de Direito Privado. Porém, disposições do Código Civil têm, sim, teor de normas gerais de Direito, aplicáveis também ao Direito Público à falta de norma específica.

12. Cumpre esclarecer que a aplicação do regramento do Código Civil à prescrição no âmbito do TCU se faz por incidência direta, na condição de regra geral, o que dispensa o suprimento de lacuna legal, por meio de analogia. Nesse sentido, cabe transcrever excerto da manifestação do Ministro Walton Alencar Rodrigues, assente no voto revisor aprovado pelo Plenário do TCU quando da prolação do Acórdão 1.441/2016:

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

Haveria, portanto, quando menos, lei formal, dispondo sobre a prescrição do dever-poder sancionador do Tribunal. A expressa disposição legal **impede o uso da analogia**, porque o instituto somente tem lugar na hipótese de omissão da lei. Essa, aliás, a dicção do art. 4º da Lei de introdução às normas do direito brasileiro, que transcrevo:

*“Art. 4º **Quando a lei for omissa**, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”* (grifos meus)

No caso em exame, não há lacuna a ser preenchida por analogia com o direito público ou civil, mas **regra de incidência direta**, assentada no art. 205 do Código Civil.

Por essas razões, afasto-me das conclusões trazidas pelo e. relator, no sentido de que o Tribunal haveria de subordinar seu poder-dever de impor sanções à prescrição quinquenal, por ser esse o prazo preponderante “no microsistema do Direito Público”.

Manifesto-me, pois, pela incidência da **regra geral de prescrição assentada no Código Civil**, aplicável a todos os casos em que a lei sobre ela não dispuser explicitamente.

(grifos nossos e do original)

13. A mesma linha de raciocínio ora defendida foi desenvolvida no parecer proferido pelo então Procurador-Geral do MP/TCU, Dr. Paulo Soares Bugarin, no âmbito do TC 030.926/2015-7, conforme demonstra o trecho seguinte:

12. Sobre o uso do Código Civil para extrair a norma jurídica aplicável à prescrição da pretensão punitiva afeta às relações de Direito Público, entendo que, sem embargo de reconhecer os contornos próprios de cada disciplina, não se pode delimitar de forma estanque as esferas entre Direito Civil e Direito Administrativo, Direito Público e Direito Privado. Nesse sentido, para alguns doutrinadores, a crescente **constitucionalização** do Direito Civil (expoente do Direito Privado) e do Direito Administrativo (expoente do Direito Público) contribui para a dificuldade, em qualificadas dimensões, na contraposição pura e simples entre Direito Público e Privado.

13. Com efeito, nem tudo que está dentro do Código Civil é propriamente, ou exclusivamente, matéria de Direito Civil. Não se pode olvidar que o CC/2002 também dispõe de matérias consideradas de cunho administrativo, tais como: conceituação de pessoa jurídica de direito público (arts. 40 e 41); responsabilidade civil de pessoa jurídica de direito público (art. 43); fundações (art. 62 e seguintes); bens públicos (art. 98 e seguintes); desapropriação (art. 1.275, inciso V, considerada como causa de perda da propriedade imóvel); as restrições ao uso anormal da propriedade (art. 1.277 e seguintes); a passagem forçada (art. 1.285); a imposição de passagem de cabos e tubulações (art. 1.286); a regulação das águas e questão dos aquedutos (art. 1.288 e seguintes); a limitação entre prédios (art. 1.297) e o direito de construir (art. 1.299 e seguintes).

14. Da mesma forma, diversos institutos do Direito Civil são corriqueiramente utilizados pelo Tribunal, inclusive em sua atuação **sancionadora**, a exemplo da solidariedade passiva (arts. 275 a 285 do CC/2002) e da desconstituição da personalidade jurídica de empresas (art. 50 do CC/2002).

15. Desta forma, data vênia, não se mostra despropositado ou inadequado utilizar a disciplina do Código Civil para se estabelecer prazo prescricional aplicável ao TCU.

(peça 3, p. 3, do TC 030.926/2015-7 – grifos nossos e do original)

14. Tendo em vista a adoção do Código Civil como marco legal a nortear a tese ora defendida, cabe verificar qual seria o marco temporal a ser adotado pelo Tribunal como início da contagem do prazo prescricional para o exercício da pretensão de ressarcimento.

15. O Código Civil, em seu art. 189, estabelece que “**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”. Para a atividade de controle externo, o momento de violação do direito pode ser associado à data da ocorrência da irregularidade, ou seja, da prática de algum ilícito que acarrete dano aos cofres públicos. Esse seria, portanto, o marco inicial para o exercício da pretensão condenatória do TCU, pelo qual se dá a “apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano”, *ex vi* do disposto no art. 8º da Lei 8.443/1992.

16. Há que se reconhecer, contudo, a suspensão do curso do prazo prescricional sempre que momentaneamente obstado o prosseguimento no exercício da pretensão por razão unicamente imputável ao responsável, a exemplo da submissão extemporânea de elementos adicionais. Uma vez obstada, temporariamente, a pretensão, não deve ter curso a prescrição, por necessária simetria, na medida em que a última constitui, justamente, o prazo legal de exercício da primeira.

17. O referido entendimento é extraído do item 9.1.5 do Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário:

9.1. deixar assente que:

(...)

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

18. Raciocínio semelhante se aplica às hipóteses em que o exercício da pretensão de ressarcimento restar intencionalmente obstaculizado em virtude de conduta fraudulenta dos responsáveis, dissimuladora da irregularidade ensejadora do dano ao erário, com fins a lhes assegurar a impunidade e a retenção de eventuais vantagens ilícitas. Nesses casos, admitir o curso da prescrição desde a ocorrência da irregularidade lhes permitiria beneficiarem-se da própria conduta fraudulenta, da própria torpeza, de forma incompatível com a boa-fé objetiva.

19. Ainda que a lei seja omissa quanto a tal hipótese impeditiva da prescrição, ela decorre da própria lógica da prescrição e do ditame da boa-fé objetiva que, como princípio geral de direito, presta-se à colmatação de lacunas, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

20. Orientações semelhantes são identificadas na jurisprudência do STJ:

(...) 5. Outro relevante e grave aspecto a ser destacado é a intenção deliberada do Sr. Hélio Viana Freitas em obstar a realização de sua citação, como atestado pelo meirinho, em 9.7.2009. **Ao argumentar a existência de prescrição, quando se escondeu intencionalmente e só compareceu aos autos em virtude da realização de penhora on-line nas suas contas correntes, denota propósito de "beneficiar-se com a própria torpeza". Tal conduta não encontra amparo jurídico** e não pode ser cancelada pelo Poder Judiciário. Precedentes: AgInt nos EDcl no AREsp 1.013.829/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 14.8.2018; REsp 1.740.260/RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas, Terceira Turma, DJe 29.6.2018; AgRg no REsp 1.398.155/RN, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 28.9.2015; REsp 1.366.694/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 17.4.2013.

(...)

(REsp 1770249/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 8/11/2018, DJe 19/11/2018) (grifos nossos)

ADMINISTRATIVO. CONTRATO. INADIMPLÊNCIA. ANTECIPAÇÃO DO VENCIMENTO. PRAZO DE PRESCRIÇÃO. MANUTENÇÃO DO TERMO INICIAL.

1. Trata-se de ação monitória referente ao contrato de abertura de crédito para financiamento estudantil em que a origem afastou a prescrição reconhecida pelo juízo de primeiro grau.

2. **Esta Corte pacificou seu entendimento no sentido de que, mesmo diante do vencimento antecipado da dívida, subsiste inalterado o termo inicial do prazo de prescrição - no caso, o dia do vencimento da última parcela, 10.2.2008.** Precedentes.

3. **Note-se, ainda, que a ninguém é admitido valer-se da própria torpeza. Ora, entender em favor da antecipação do prazo em questão beneficiaria o próprio devedor que criou o óbice para o recebimento do crédito.**

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1247168/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/5/2011, DJe 30/5/2011) (grifos nossos)

21. A circunstância impeditiva da prescrição de que aqui se cogita guarda coerência, ainda, com a teoria da *actio nata*, em sua feição subjetiva, sob a qual não há se falar em inércia daquele a quem caberia exercer a ação sem que ele detenha condições de saber do próprio ato irregular. Segundo a teoria, é a partir da efetiva ciência da violação da ordem jurídica que exsurge a pretensão e, por corolário, a fluência do prazo para o seu regular exercício, haja vista que, repise-se, não se tem por razoável exigir do titular da pretensão o seu devido exercício antes mesmo de que tenha ciência sobre o fato irregular ou seus efeitos (no caso, o dano ao erário). Nessa linha é o seguinte julgado do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. APREENSÃO DE VEÍCULO REVERTIDA JUDICIALMENTE. DANOS EMERGENTES. **PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PRINCÍPIO DA *ACTIO NATA*.** (...)

1. O curso do prazo prescricional do direito de reclamar inicia-se somente quando o titular do direito subjetivo violado passa a conhecer o fato e a extensão de suas consequências, conforme o **princípio da *actio nata***. (...).

(...)

(REsp 1257387/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 5/9/2013, DJe 17/9/2013 – grifos nossos)

22. Registre-se que a adoção da teoria da *actio nata*, em sua subjetiva acepção, é medida que, para além de juridicamente razoável – vez que permite à prescrição operar, de fato, como instrumental garantidor da ordem e segurança jurídicas, em vez de favorecer unicamente ao interesse privado do agente dissimulador – desvela-se imprescindível aos casos em que se apuram danos decorrentes de ilícitos de maior complexidade, que, pela própria natureza de que se revestem, não têm percepção prontamente evidenciadas e, portanto, são impassíveis de ciência imediata pelos órgãos de controle da gestão pública.

23. Não estamos a olvidar que, ao se considerar como termo inicial da prescrição o momento em que o detentor da legítima pretensão obtém (ou poderia obter) a inequívoca ciência do ato irregular, poderá haver situações em que o início do prazo prescricional remanesça suspenso por prazo demasiadamente longo, o que poderia culminar em indesejável prejuízo ao devido processo legal. Para situações tais, caberia ao Tribunal avaliar, como já faz atual e rotineiramente, se o desproporcional lapso desde a prática da irregularidade ensejadora de dano tem o condão de prejudicar o contraditório e a ampla defesa, a exemplo do que preconiza o inciso II do art. 6º da Instrução Normativa TCU 71/2012⁶.

24. Ressalvamos, ainda, a hipótese em que, a despeito do decurso do prazo prescricional, verificam-se indicativos de ato doloso de improbidade administrativa tipificado na Lei 8.429/1992 como causa de dano ao erário, o que, em tese, revestiria a pretensão ressarcitória de imprescritibilidade. Ainda que não caiba ao TCU a capitulação formal da conduta sob tal categoria jurídica, não há impedimento a que o Tribunal prossiga no desempenho de sua atividade fiscalizatória, se assim justificarem a materialidade e a relevância do fato, valendo-se de sua *expertise* na apuração do dano de modo a, inclusive, subsidiar eventual atuação em juízo do Ministério Público comum ou da própria pessoa jurídica de direito público lesada – conforme legitimidade que lhes atribui o art. 17 da Lei 8.429/1992 –, com fins à persecução do ressarcimento ao erário.

25. Em vista dos parâmetros acima apontados, **verifica-se a ocorrência da prescrição da pretensão ressarcitória no presente caso concreto**. O termo inicial para a contagem do prazo prescricional se deu no exercício de 2009 – quando deveria ter sido apresentada a prestação de contas dos recursos transferidos no ano de 2008, na modalidade fundo a fundo, ao município pelo Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS) – e o marco interruptivo da prescrição se deu em 3/3/2020, com o ato de ordenação da citação (peça 66), tendo havido, portanto, o transcurso de mais de dez anos entre as duas datas.

26. Caso não venha a ser acolhida a contagem do prazo prescricional com fundamento na tese decenal anteriormente defendida, propomos, subsidiariamente, a aplicação, por analogia, da **Lei 9.873/1999**, a qual estabelece prazo quinquenal e regime específico de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal direta e indireta e dá outras providências.

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

(...)

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

27. Ainda que o controle externo não se confunda com o exercício sancionatório do poder de polícia – de cuja prescrição a lei trata –, nada impede a adoção da referida norma, com fins à integração normativa – se considerada a existência de lacuna legislativa – por ser a que apresenta, no âmbito específico do regime jurídico de Direito Público, maior aderência às especificidades do controle externo, no que tange à sua face persecutória e ao seu caráter não judicial.

28. A adoção da Lei 9.873/1999 tem como vantagem a convergência com precedentes do STJ que tratam da matéria da prescrição no controle externo, a exemplo dos indicados a seguir:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PREFEITO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. TCU. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. **PRESCRIÇÃO QUINQUENAL**. PRECEDENTE DA SEGUNDA TURMA: RESP N. 1.480.350/RS. PRECEDENTE DA PRIMEIRA TURMA: RESP N. 1.129.206/PR.

I - Ação originária visando à anulação do procedimento administrativo instaurado no TCU contra o autor que, enquanto Prefeito do Município de Pedra/PE, teria superfaturado obras de construção de escolas municipais, culminando na condenação ao ressarcimento de parte da quantia recebida em virtude do Convênio n.5.328/96, e multa.

II - **Prescrição quinquenal reconhecida**, considerando que a vigência do referido Convênio data de 1997, e a Tomada de Contas foi instaurada pelo TCU somente em 2005.

III - Os autos não versam sobre ação de ressarcimento para o fim de se estabelecer sobre a imprescritibilidade nos termos constitucionais respectivos.

IV - **"Em virtude da lacuna legislativa, pois não há previsão legal de prazo para a atuação do Tribunal de Contas da União, deve ser-lhe aplicado o prazo quinquenal, por analogia aos arts. 1º do Decreto 20.910/32 e 1º da Lei 9.873/99"** (REsp n. 1.480.350/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, primeira turma, julgado em 5/4/2016, DJe 12/4/2016).

V - Precedente análogo da Primeira Turma, sob o enfoque da Lei n.9.874/99.

VI- Recurso especial improvido.

(REsp 1464480/PE, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/6/2017, DJe 23/6/2017 – grifos nossos)

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

(...)

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

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

(REsp 1480350/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 5/4/2016, DJe 12/4/2016 – grifos nossos)

29. Cabe destacar que a Corte Suprema, em decisões monocráticas de caráter liminar, também já indicou a aplicação da Lei 9.873/1999, para fins de contagem do prazo prescricional, aos processos de controle externo, a saber:

EMENTA: DECISÃO MANDADO DE SEGURANÇA – **TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TOMADA DE CONTAS ESPECIAL – PRESCRIÇÃO – LIMINAR DEFERIDA.**

1. (...) Coesa Engenharia Ltda. insurge-se contra a deliberação nº 1.110/2017, por meio da qual o Tribunal de Contas da União, no processo de tomada de contas especial nº 016.851/2003-9, condenou-a, juntamente com prefeito e gestores do Departamento Nacional de Obras contra as Secas – DNOCS, ao pagamento de multa e ressarcimento de débito (...). Consoante narra, o alegado pagamento a maior teria ocorrido em 13 de outubro de 1992, havendo sido as contas dos gestores inicialmente julgadas regulares pelo Órgão de fiscalização. Relata a posterior reabertura desses processos, apreciados em conjunto com a tomada de contas especial impugnada, instaurada em 2003 e da qual foi inicialmente intimada para defender-se em 2006. (...) Evocando precedentes, afirma a incidência da Lei nº 9.873/1999, a estabelecer prazo para exercício de ação punitiva pela Administração Pública federal. (...) O Tribunal de Contas da União, em informações, aponta a inviabilidade de o Judiciário adentrar o mérito da decisão administrativa. (...) Refere-se a trechos de pronunciamentos formalizados no processo impugnado, segundo os quais: no tocante à aplicação de multa, a Lei nº 8.443/1992, a reger a atividade do Tribunal, não prevê regra de prescrição e, mesmo se aplicado o prazo decenal versado no artigo 205 do Código Civil, a citação dos gestores teria interrompido a fluência; a pretensão de reparação civil do Estado é imprescritível. O processo está concluso para apreciação da medida acauteladora.

2. Surgem com relevância maior as causas de pedir atinentes ao devido processo legal e à segurança jurídica. O sobrepreço imputado pelo Órgão de controle teria ocorrido em 1992, sobrevindo apenas em 2006 a notificação da impetrante para responder ao processo administrativo que levou à determinação de ressarcimento ao erário e aplicação de multa (...). Decorridos treze anos entre o fato supostamente lesivo e a intimação do particular, o Estado não poderia mais buscar o ressarcimento ou a punição, seja na via administrativa, seja na judicial. (...) **O que ocorre, tradicionalmente, no Direito? O quinquênio a reger a prescrição (...).** Verifico-o quanto à ação a ser ajuizada pela Fazenda, assim como por aquele prejudicado por ato do Estado – Decreto nº 20.910/1932. Mais ainda: esse é o lapso aplicável, por força da Lei nº 4.717/1965, à ação popular e à ação de improbidade, nos termos do artigo 23, inciso I, da Lei nº 8.429/1992. É observável, também, considerado o poder-dever de autotutela administrativa – artigo 54 da Lei nº 9.784/1999. Por fim, atendem para a **integral incidência, quanto à atuação sancionatória do Tribunal de Contas da União, da Lei nº 9.873/1999, conforme decidido pela Primeira Turma no mandado de segurança nº 32.201, relator o ministro Luís Roberto Barroso.** Em suma, descabe admitir que o Poder Público, na seara patrimonial, cruze os braços, permanecendo com poder exercitável a qualquer momento. A evocação da segurança jurídica, como garantia da cidadania diante de guinadas estatais, confere relevância à passagem do tempo. Por isso há, no cenário, a prescrição, a alcançar a pretensão, a ação, e a decadência, que apanha e fulmina o próprio direito. Nesse contexto, **deve o Tribunal de Contas da União observar o lapso de cinco anos para proceder à notificação daquele que busca responsabilizar por dano ao erário.**

3. Defiro a liminar, suspendendo, relativamente à impetrante, os efeitos da condenação imposta pelo Órgão impetrado por meio da deliberação nº 1.110/2017 (...).

(...)

(Mandado de Segurança [MS] 35294⁷, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 6/3/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-044 DIVULG 7/3/2018 PUBLIC 8/3/2018 – grifos nossos)

⁷ No mesmo sentido, ver: **MS 35971** TP, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 14/2/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-032 DIVULG 15/2/2019 PUBLIC 18/2/2019; e **MS 36054**

30. Não se pode deixar de mencionar, também, que, na apreciação do RE 636.886, o Ministro Gilmar Mendes destacou que a “prescritibilidade é a regra” e defendeu o emprego supletivo da Lei 9.873/1999, ante a ausência de lei específica, no âmbito dos processos de contas.

31. A contagem do prazo quinquenal da referida lei teria início, de acordo com o entendimento do Ministro Gilmar Mendes, por ocasião da apresentação da prestação de contas, quando fosse o caso, ou, em caso de omissão, “apenas [...] com o início da tomada de contas especial pelo controle interno ou externo”; a complementação da prestação de contas caracterizaria uma das causas interruptivas; e as providências da fase interna serviriam como período de suspensão da prescrição.

32. No seguinte excerto de seu voto, o Ministro Gilmar Mendes resumiu os principais aspectos de sua compreensão sobre o emprego do prazo quinquenal:

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. (...)

33. Ainda em favor da aplicação da Lei 9.873/1999, não poderíamos deixar de mencionar as abalizadas contribuições do então Procurador-Geral do Ministério Público de Contas da União, Dr. Lucas Rocha Furtado, no TC 001.753/2002-3⁸, e da atual Procuradora-Geral, Dr^a Cristina Machado da Costa e Silva, no TC 020.635/2004-9.

34. Ressalta-se a completude do regime prescricional da Lei 9.873/1999, conforme ressaltado pela Procuradora-Geral do MP/TCU no mencionado parecer, dispondo a norma do marco inicial de contagem do prazo, na “data da prática do ato [irregular]”, e das respectivas causas interruptivas, enumeradas no seu artigo 2º:

Art. 2º Interrompe-se a prescrição da ação punitiva:

I – pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital;

II - por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato;

III - pela decisão condenatória recorrível.

IV – por qualquer ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da administração pública federal.

35. À exceção do inciso IV do art. 2º da Lei 9.873/1999, nota-se que as causas interruptivas indicadas nos incisos I a III constituem eventos sucessivos. Após efetuadas as

MC, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 19/12/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31/1/2019 PUBLIC 1/2/2019.

⁸ Vide, também, manifestação do Dr. Lucas Rocha Furtado no TC 018.404/2007-9 (peça 8 do conjunto de “documentos anteriores à conversão”, distinta da peça 8 do conjunto de “peças” do processo eletrônico).

apurações iniciais, com marco interruptivo demarcado por “qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato” (inciso II), e estando presentes as condições de procedibilidade, forçosamente deverá ser promovida “a notificação ou citação do indiciado ou acusado” (inciso I), visto constituir tal ato de comunicação pressuposto de oportunização do contraditório e, assim, condição de validade de eventual condenação, à luz do devido processo legal. Suceder-lhes-á, igualmente, “a decisão condenatória recorrível” (inciso III), se houver.

36. Assim, devem ser entendidas como causas sucessivas e não repetíveis de interrupção do prazo prescricional, à semelhança do que se observa no Direito Penal, onde, de igual modo, o legislador optou pelo estabelecimento de causas interruptivas sucessivas, a exemplo do recebimento da denúncia e da publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis (art. 117, incisos I e IV, do Código Penal).

37. Na lição de Marcelo Madureira Prates⁹, com a qual este membro do Ministério Público se alinha:

(...) no que toca aos atos que interrompem a prescrição administrativa, acreditamos que **os atos interruptivos previstos no art. 2º [incisos I a III] da Lei nº 9.873/99 constituem sucessão cronológica de atos não-repetíveis nem substituíveis**, o que implica que cada ato aí previsto somente possa ocorrer uma única vez e em momento determinado, já que, praticado o ato posterior, extingue-se a possibilidade de praticar o ato logicamente anterior. Essa visão coaduna-se com aquela e, mais ainda, dela decorre, de que o processo administrativo punitivo há de ser visto como uma sucessão cronológica de quatro fases fundamentais, quais sejam:

- (1) **investigativa**, destinada à apuração dos fatos suspeitos, é dizer, à coleta de elementos indiciários sobre a materialidade do fato e a autoria;
 - (2) **contraditória**, a qual se inicia com a citação do suposto infrator, visando a lhe garantir contraditório e ampla defesa;
 - (3) **decisória**, referente à decisão inicial recorrível; e
 - (4) **recursal**, em que há a decisão final no plano administrativo.
- (p. 905 – grifos nossos e do original)

38. Transpondo-se os eventos previstos nos incisos I a IV do art. 2º da Lei 9.873/1999 para o contexto do processo de contas, pode ser feito o seguinte cotejo:

CAUSA INTERRUPTIVA PREVISTA NO ART. 2º DA LEI 9.873/1999	PROVIDÊNCIA E CORRESPONDENTE MOMENTO DE CARACTERIZAÇÃO	INSTÂNCIA RESPONSÁVEL (sem possibilidade de repetição do “ato inequívoco” que já tenha sido praticado por outra instância)
<i>II - por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato;</i>	Data do ato administrativo praticado na fase investigativa ou do documento (relatório de fiscalização etc.) que	• Órgão ou entidade responsável pelo repasse

⁹ Prescrição Administrativa na Lei nº 9.873, de 23.11.1999: entre Simplicidade Normativa e Complexidade Interpretativa. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 8, p. 898-910, ago. 2005.

CAUSA INTERRUPTIVA PREVISTA NO ART. 2º DA LEI 9.873/1999	PROVIDÊNCIA E CORRESPONDENTE MOMENTO DE CARACTERIZAÇÃO	INSTÂNCIA RESPONSÁVEL (sem possibilidade de repetição do “ato inequívoco” que já tenha sido praticado por outra instância)
	caracterize o “ato inequívoco”, com a “reunião de elementos mínimos de convicção para a caracterização de um ilícito (materialidade do fato e autoria)” ¹⁰ , acompanhado da determinação de providências para averiguar a ocorrência do dano e a identificação dos responsáveis.	dos recursos ¹¹ • Controle Interno • TCU • Outras instâncias de controle (autoridades policiais¹², Ministério Público, entre outras)
<i>IV - por qualquer ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da administração pública federal.</i>	Primeira possibilidade: data em que o responsável manifesta sua intenção, na fase <u>interna</u> da TCE, de “recolher o valor principal integral atualizado monetariamente, sem a incidência de juros moratórios, nos termos do art. 12, § 2º, da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992” (<i>caput</i> do art. 13-A da Instrução Normativa TCU 71/2012) ou a data em que o responsável providencia tal recolhimento e, em seguida, apenas comunica tal providência à Administração (sujeito à complementação de valores).	• Órgão ou entidade responsável pelo repasse dos recursos
	Segunda possibilidade (desde que não implementada a primeira): data em que o responsável manifesta, na fase <u>externa</u>	• TCU

¹⁰ PRATES, Marcelo Madureira. Prescrição Administrativa na Lei nº 9.873, de 23.11.1999: entre Simplicidade Normativa e Complexidade Interpretativa. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 8, p. 898-910, ago. 2005. p. 905.

¹¹ Jurisprudência do STJ:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. INFRAÇÃO AMBIENTAL. MULTA. PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA (DECADÊNCIA). HIPÓTESE INTERRUPTIVA. CONSTATAÇÃO.

(...)

4. (...) a incontroversa fiscalização deflagrada pelo IBAMA em 03/07/2010 constituiu ato interruptivo do prazo prescricional para a ação punitiva estatal (decadência), a teor do art. 2º, II, da Lei n. 9.873/1999: ‘Interrompe-se a prescrição da ação punitiva: (...) II - por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato.’”

(Agravado Interno [AgInt] no REsp 1735081/CE, Relator : Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 3/12/2019, DJe 10/12/2019 – grifos nossos)

¹² Jurisprudência do STJ:

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO MINISTRO DE ESTADO DO CONTROLE E DA TRANSPARÊNCIA. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR OU CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DE QUALQUER ILEGALIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO. ORDEM DENEGADA.

(...)

4. Preliminar de prescrição da pretensão punitiva afastada, porquanto houve a interrupção da prescrição da ação punitiva da administração com as conclusões do Inquérito Policial nº 095/2012-SR/DPF/PB. Incidência do inciso II, do artigo 2º, da Lei nº 9.873/99.

(...)”

(MS 21.591/DF, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/11/2018, DJe 26/3/2019 – grifos nossos)

CAUSA INTERRUPTIVA PREVISTA NO ART. 2º DA LEI 9.873/1999	PROVIDÊNCIA E CORRESPONDENTE MOMENTO DE CARACTERIZAÇÃO	INSTÂNCIA RESPONSÁVEL (sem possibilidade de repetição do “ato inequívoco” que já tenha sido praticado por outra instância)
	da TCE, sua intenção de recolher o débito, ou recolhe o montante que entende devido e, em seguida, comunica tal providência ao TCU (sujeito à complementação de valores).	
<i>I – pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital;</i>	Data da ciência da citação pelos responsáveis ou de publicação do edital no DOU.	• TCU
<i>III - pela decisão condenatória recorrível.</i>	Data da prolação do acórdão condenatório (sujeito a recurso).	• TCU

39. Quanto à hipótese do inciso I do art. 2º da Lei 9.873/1999, defendemos a sua caracterização, no âmbito do controle externo, apenas quando o responsável toma ciência da citação efetuada pelo TCU (ou quando é publicado o edital de citação no DOU). Não se deve considerar, para tanto, as eventuais notificações anteriores encaminhadas ao responsável, mesmo que tenha havido sua respectiva ciência, por não constituírem atos essenciais e suficientes de comunicação.

40. Conforme assentado na jurisprudência do TCU, somente a citação realizada pelo Tribunal cumpre o efetivo papel de abertura do contraditório e da ampla defesa, de modo que somente sua falha ou ausência têm o condão de invalidar eventual juízo condenatório:

A ausência de notificação do responsável na fase interna do processo de tomada de contas especial não implica vício, porquanto a fase interna constitui procedimento inquisitório de coleta de provas, assemelhado ao inquérito policial, e a fase externa, que se inicia com a autuação do processo no TCU, é que garante o direito à ampla defesa e ao contraditório. (Acórdão 653/2017-TCU-Segunda Câmara – Relator: Ministro Augusto Nardes)

Não há obrigatoriedade de oferecimento de contraditório na fase interna de tomada de contas especial, razão por que a ausência de notificação de responsável nessa fase não prejudica o andamento do processo no TCU. O direito à ampla defesa e ao contraditório deve ser garantido na fase externa. (Acórdão 1.514/2007-TCU-Segunda Câmara – Relator: Ministro Ubiratan Aguiar)

41. Advertimos, por último, que, a despeito da impertinência da única causa suspensiva expressamente prevista na Lei 9.873/1999 (art. 3º, inciso I), a opção pela aplicação do referido marco legislativo não impede que sejam admitidas outras hipóteses suspensivas, ou mesmo impeditivas, como as mencionadas anteriormente, pelas razões já expostas neste parecer.

42. Por fim, consignamos que os dois caminhos aqui apresentados bem se prestam aos mesmos desideratos, quais sejam, evitar a perpetuação de situações individuais de incerteza jurídica e, indiretamente, garantir um contraditório minimamente tempestivo, essencial à ampla defesa, em termos substantivos – já que essa acaba, de algum modo, fragilizada diante de longo lapso temporal entre o seu exercício e os fatos de que trata –, sem significar obstáculo leonino à relevantíssima busca pelo ressarcimento do erário, dada a complexidade burocrática que envolve.

Estão em linha, ainda, com a tese prevalecente no STF, da prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário como regra.

43. Nesse sentido, servem de desfecho à presente discussão as ponderações do Ministro Benjamin Zymler, apresentadas na parte inicial do voto que fundamentou o Acórdão 1.314/2013-TCU-Plenário¹³:

13. De início, anoto que nenhuma das posições defendidas – **prescrição quinquenal por analogia a diversas normas de Direito Público e prescrição decenal com base no Código Civil** – refoge aos padrões da razoabilidade. A questão é controversa, mormente pela falta de disposição legal específica a regular o instituto da prescrição nos processos de controle externo. (grifo nosso)

44. Em vista da especial relevância da matéria, com repercussão sobre um número bastante significativo de processos, urge definição plenária da Corte de Contas, considerando o disposto no art. 16, inciso V, do Regimento Interno/TCU, a respeito não só da incorporação da tese da prescrição da pretensão de ressarcimento ao erário, mas, também, no que tange ao regime a que se submete a prescrição no controle externo, observados os parâmetros legislativos existentes.

45. Não obstante a urgência para definição do tema, este membro do Ministério Público de Contas da União considera prudente que o TCU, em virtude da pendência de embargos de declaração opostos pela AGU – no qual houve, inclusive, pedido de modulação de efeitos –, aguarde a definição da Corte Suprema sobre a questão da pretensão de ressarcimento ao erário.

46. Mesmo sem a garantia de que a futura decisão nos aclaratórios abrangerá a prescrição na fase de conhecimento (no processo de controle externo, *in casu*), por extrapolar os limites do caso concreto objeto do RE 636.886¹⁴ (atinente à fase de execução de título executivo extrajudicial oriundo de decisão de Tribunal de Contas), a sugestão adiante consignada é a de que o julgamento da presente TCE seja **sobrestado** até que o STF aprecie os mencionados embargos de declaração. Evita-se, assim, que decisões da Corte de Contas venham a ser impugnadas perante o Poder Judiciário, movimentando desnecessariamente a máquina pública.

47. E, uma vez proferida a decisão do STF, e conhecidos seus termos, este membro do Ministério Público de Contas da União sugere – ressalvada a possibilidade de uma definição jurisprudencial anterior – seja a matéria atinente à prescrição da pretensão ressarcitória submetida à apreciação do Plenário da Corte de Contas, com vistas a que se fixe entendimento sobre a questão de direito, a teor do art. 16, inciso V, do Regimento Interno/TCU, retomando-se, em seguida, o julgamento destas contas especiais.

¹³ Não obstante afirmar a razoabilidade de se utilizar a prescrição decenal do Código Civil ou a prescrição quinquenal prevista em diversas normas de direito público, o Ministro Benjamin Zymler optou pela segunda vertente, ao se pronunciar no voto condutor do Acórdão 1.314/2013-TCU-Plenário:

“23. Sendo assim, fazendo uso de tal critério de integração, **entendo que o prazo prescricional para que o TCU aplique aos responsáveis as sanções previstas em lei deve mesmo ser o de cinco anos, conforme previsto em diversas normas de direito público**, a exemplo do art. 23, inciso II, da Lei 8.429/1992, do art. 142, inciso I da Lei 8.112/1990, do art. 1º do Decreto 20.910/1932, do art. 174 do Código Tributário Nacional, do art. 1º da Lei 9.873/1999 e art. 1º da Lei 6.838/1980 e do art. 46 da Lei 12.529/2011.” (grifos nossos).

¹⁴ Excerto dos embargos de declaração opostos pela AGU contra o julgamento proferido pelo STF no RE 636.886:

“Recorda-se que o caso concreto em análise trata da propositura, pela União, de execução de título executivo extrajudicial, fundado em acórdão do Tribunal de Contas. Essa delimitação da questão em debate se faz importante tendo em vista que o precedente firmado no presente julgamento deve **servir como parâmetro, sob a sistemática da repercussão geral, para o julgamento de outros casos relativos tão-somente à execução dos títulos executivos extrajudiciais decorrentes dos acórdãos do TCU**.

Ampliar esse entendimento, a fim de que a tese fixada abranja também as fases anteriores à constituição do título executivo extrajudicial, implicaria extrapolar indevidamente os limites objetivos do RE nº 636.886, além de contribuir para o incremento do número de processos ajuizados, sobrecarregando ainda mais o Poder Judiciário.”
(p. 9-10 – grifo do original)

48. Diante do exposto, este representante do Ministério Público de Contas da União, em discordância com a proposta formulada pela unidade técnica (peças 72-74), manifesta-se pela adoção das seguintes providências:

i) sobrestar o julgamento desta TCE, nos termos do art. 47 da Resolução TCU 259/2014, diante da pendência da apreciação, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), dos embargos de declaração opostos pela Advocacia-Geral da União (AGU) contra a decisão proferida em 17/4/2020 no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 636.886; e

ii) uma vez proferida a decisão do STF, e conhecidos seus termos, encaminhar este processo ao Plenário, com vistas a que se fixe entendimento sobre a questão de direito relacionada à prescrição da pretensão de ressarcimento ao erário – se já não houver feito –, com fundamento no art. 16, inciso V, do Regimento Interno/TCU, retomando-se, em seguida, o julgamento desta TCE.

49. Caso o relator não acolha a proposta *supra*, este membro do *Parquet* sugere **julgar irregulares** as contas de Carlos Magno Duque Bacelar, porém, deixando de condená-lo à reparação do dano (e ao pagamento de multa a ele proporcional), eis que ocorrida a prescrição das pretensões indenizatória e punitiva.

Ministério Público, em 10 de Maio de 2021.

RODRIGO MEDEIROS DE LIMA
Procurador