

TC-010.304/2017-7

Tipo: Recurso de reconsideração em processo de tomada de contas especial

Unidade jurisdicionada: Genius Instituto de Tecnologia (CNPJ 03.521.618/001-95) e Financiadora de Estudos e Projetos (Finep).

Recorrente: Moris Arditti (CPF 034.407.378-53)

Advogados: Leandro Lima Cordeiro (OAB/SP 221.676), Ivan Henrique Moraes Lima (OAB/SP 236.578), João Gabriel Gomes Pereira (OAB/SP 296.798), Eduardo Augusto Medeiros de Oliveira (OAB/SP 296.228), Ana Carolina Baraldi Pereira de Mello (OAB/SP 299.782), Antônio Nelson Gomes da Silva (OAB/SP 305.273), Bruna Pereira Assalim (OAB/SP 455.634), Caio Cesar Figueiroa das Graças (OAB/SP 347.159), Débora Alves Pasquantonio (OAB/SP 297.934), Eduardo Arnon Eloy Mendonça da Cruz (OAB/SP 347.168), Eduardo Felipe Adua (OAB/SP 452.663), Felipe Courel Cury (OAB/SP 344.748), Fernanda Cristina Uip Pinheiro Pedro (OAB/SP 352.820), Helio Tomba Neto (OAB/SP 377.297), Ilana Zonenschein Lafer (OAB/SP 358.737), Isabela Fernandes Freirias (OAB/SP 365.456), Isabella Cristina Bezerra Vegro (OAB/SP 368.477), Janaina Barbosa dos Santos (OAB/SP 419.325), Janete Bonfim Carvalho (OAB/SP 401.656), Júlia Miranda Loes Alcalá (OAB/SP 424.535), Kaique Jacinto Carvalho Almeida (OAB/SP 309.646), Levi José Peixoto (OAB/SP 361.739), Lucas Gomes Patudo (OAB/SP 422.598), Luis Sérgio Pires Bruxelas Junior (OAB/SP 424.812), Luiz Antônio da Silva Costa (OAB/SP 390.678), Marcos Bassit Mello Cunha (OAB/SP 309.55), Maria Eduarda Texeira Pedroso (OAB/RS 100.433), Mariana Bittencourt Costa de Andrade (OAB/SP 426.060), Natalia Chang Menezes (OAB/SP 449.172), Pâmela Mayumi Yvamoto Dezem (OAB/SP 391.728), Patricia Figueiredo de Barros (OAB/SP 425.429), Paula Schiavini da Fonseca (OAB/SP 312.074), Pedro Rezek Andrey Altran (OAB/SP 406.402), Renata de Barros Santos (OAB/SP 435.559), Renata Marconi Carvalho (OAB/SP 279.000), Suen Ribeiro Chamat (OAB/SP 278.859), Suzana Gabriela Franco Somarriba (OAB/SP 385.077), Tatiane Cristina dos Santos de Souza (OAB/SP 409.427), Talita Hernanes Delgado (OAB/SP 394.155), Thais Marzo (OAB/SP 307.699), Vitória Yoko Martins (OAB/SP 448.675), William Aparecido Silva (OAB/SP 320.077).
Procuração: peça 73.

Interessado em sustentação oral: não há

Sumário: Recurso de reconsideração. Tomada de contas especial. Prescrição. Incidência da Lei 9.873/99. Julgamento

do RE 636.886/STF. Dever pessoa de prestação de contas. Prazo para guarda de documentos. Extinção da entidade e obtenção de documentos. Dolo específico de dano. Incidência da LINDB. Dar Provedimento. Arquivamento.

INTRODUÇÃO

Cuida-se de recurso de reconsideração em processo de tomada de contas especial interposto por Moris Arditti (peça 78), buscando impugnar o Acórdão 7.620/2021-TCU-1ª Câmara (peça 54), por meio do qual o Presidente da Diretoria Estatutária da entidade Genius Instituto de Tecnologia teve suas contas julgadas irregulares, com imputação de débito, em função de irregularidades na execução do objeto do convênio 01.04.0802.00 (referência Finep 2124/04, Siafi 514520), que teve por objeto o desenvolvimento e inovação em componentes de software para exportação.

2. Eis o extrato da decisão recorrida (Acórdão 7.620/2021-TCU-1ª Câmara - peça 54):

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tomada de contas especial instaurada pela Financiadora de Estudos e Projetos, em razão de irregularidades na execução do objeto do convênio 01.04.0802.00 (referência Finep 2124/04, Siafi 514520), que teve por objeto o “desenvolvimento e inovação em componentes de software para exportação”.

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da 1ª Câmara, diante das razões expostas pelo relator, em:

9.1. acolher as alegações de defesa do Sr. Cylon Eudócio Tricot Gonçalves da Silva e excluí-lo da relação processual;

9.2. considerar revéis, para todos os efeitos, nos termos do art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992, o Genius Instituto de Tecnologia e os Srs. Carlos Eduardo Pitta e Moris Arditti, dando-se prosseguimento ao processo;

9.3. julgar irregulares as contas dos Srs. Carlos Eduardo Pitta e Moris Arditti, com fundamento no art. 16, III, “b” e “c”, da Lei 8.443/1992, e condená-los, solidariamente ao Genius Instituto de Tecnologia, ao pagamento das quantias a seguir especificadas, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora, calculados a partir das datas especificadas até a data do efetivo recolhimento, fixando o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprove, perante o Tribunal (art. 214, III, “a”, do RI/TCU), o recolhimento da dívida aos cofres do Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, na forma da legislação em vigor:

VALOR ORIGINAL (R\$)	DATA DA OCORRÊNCIA
5.274,06	2/5/2005
10.540,59	15/6/2005
4.842,87	21/7/2005
47,32	9/8/2005
4.600,46	15/8/2005



1.815,50	16/8/2005
945	30/8/2005
4.437,72	9/9/2005
1.701,00	14/9/2005
781,8	20/9/2005
2.457,00	3/10/2005
241,78	7/10/2005
526,88	19/10/2005
134,88	20/10/2005
1.248,77	21/10/2005
152,61	25/10/2005
1.606,50	27/10/2005
228,4	10/11/2005
1.675,10	11/11/2005
160,61	16/11/2005
4.582,16	16/12/2005
5.389,76	15/3/2006
453,48	23/8/2006
449,33	20/9/2006
215,22	25/9/2006
32.081,40	17/10/2006
186,9	27/11/2006
26.872,49	4/12/2006
500	12/12/2006
4.507,92	12/1/2007

9.4. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendida a notificação;

9.5. autorizar, desde já, caso requerido, o parcelamento da dívida em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais, nos termos do art. 217 do RI/TCU, com a incidência sobre cada parcela dos devidos encargos legais até o efetivo pagamento, com esclarecimento ao responsável de que a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor (§ 2º do art. 217 do RI/TCU);

9.6. em cumprimento ao disposto no § 3º do art. 16 da Lei 8.443/1992, remeter cópia desta deliberação à Procuradoria da República no Estado do Amazonas.

HISTÓRICO

3. Na origem, a Financiadora de Estudos e Projetos do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (Finep) instaurou processo de tomada de contas especial em desfavor de Genius Instituto de Tecnologia, Carlos Eduardo Pitta, Moris Arditti e Cylon Eudócio Tricot Gonçalves da Silva narrando a ocorrência de irregularidades na aplicação dos recursos relativos ao Convênio 2.124/2004 (peça 2, p.127-139) cujo objeto era o desenvolvimento e inovação em componentes de software para exportação, com despesas estimadas em R\$ 993.096,87 (novecentos e noventa e três mil e noventa e seis reais e oitenta e sete centavos) e vigência no período de 13/12/2004 a 13/12/2006.

4. O órgão concedente apontou as seguintes irregularidades, elencadas na instrução contida na peça 11, que subsidiaram a citação do ora recorrente (Ofício 2.069/2017-SECEX/AM - peça 18):

a) impugnação parcial de despesas (pagamentos de diárias em desconformidade, pagamento de diárias, passagens e despesas de locomoção à terceiros não-relacionados ao projeto, aquisição de bens não previstos no Plano de Trabalho);

b) não devolução total do saldo do convênio, no valor de R\$ 0,60 (sessenta centavos);

c) movimentações irregulares e injustificadas na conta do convênio (débitos realizados com posterior devolução gerando prejuízo pela ausência de rendimento dos recursos no período).

5. Após a devida citação demonstrada pelo recebimento do ofício no endereço do responsável (aviso de recebimento - peça 21), a parte ficou inerte, tendo suas contas julgadas irregulares (Acórdão 7.620/2021-TCU-1ª Câmara - peça 54), decisão contra a qual se insurge o recorrente.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

6. Nenhuma divergência a ser apontada quanto a proposta positiva de admissibilidade contida nas peças 81-82 e acolhida pelo e. Relator Min. Jorge Oliveira (peça 85).

EXAME DE MÉRITO

7. Delimitação

8. É objeto do recurso analisar: a) a questão da prescrição segundo os critérios indicados pelo STF no julgamento do RE 669.069; b) os fundamentos de responsabilidade pessoal e direta do gestor da entidade; c) os efeitos processuais decorrentes de atrasos ocorridos na fase interna do processo de TCE; d) a ocorrência de caso fortuito pelo encerramento das atividades da entidade e da possibilidade de obtenção de documentação comprobatória; e) a culpabilidade do responsável e a incidência da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; f) a proporcionalidade na análise das contas em função da execução do objeto.

9. Da prescritibilidade das ações de ressarcimento e da incidência do julgamento do RE 669.069/STF

10. Alega o recorrente a ocorrência de prescrição, como corolário do princípio da segurança jurídica, em função do curso de tempo que obstaría a manutenção de documentos comprobatórios da execução da despesa pela incidência da Instrução Normativa 1/97 (prazo de conservação de documentos), bem como a aplicação analógica de normas de Direito Público relacionadas à prescrição quinquenal.

11. Indica o curso de prazo superior à 13 (treze) anos após a primeira transferência realizada, 11 (onze) anos após a transferência da última parcela e 10 (dez) anos após o término do prazo para prestação de contas do Convênio.

12. Rejeita o recorrente a incidência do art. 37, § 5º da CF/88, pleiteando a incidência de julgado contido no Resp 1.480.350/RS (STJ), devendo ser reconhecida a morosidade indicada no Relatório de Auditoria 187/2017, com o reconhecimento do termo *a quo* para a contagem da prescrição a partir da transferência dos recursos (dezembro de 2004, novembro de 2005 e novembro de 2006). Assevera a ocorrência da prescrição ainda que a contagem do prazo se iniciasse no prazo final de apresentação das contas.

13. Aponta a incidência do julgamento contido no RE 636.886/AL quanto a prescrição da pretensão de ressarcimento fundada em decisões do TCU, pleiteando a suspensão do julgamento enquanto perdura o julgamento de embargos de declaração sobre aquele caso.

Análise

14. No caso em exame, o Tribunal já reconheceu a prescrição da pretensão punitiva, ao fazer a incidência dos critérios do Código Civil (Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário), reconhecendo o curso de prazo superior a 10 anos entre a ocorrência das irregularidades e a citação do responsável (item 22 do Voto – peça 55, p. 4).

15. Assim, não foram aplicadas sanções ao responsável, limitando-se apenas a imputação de débito para recomposição do dano observado. Desta forma, no que se refere ao débito, o acórdão recorrido adotou a premissa de que a ação de ressarcimento seria imprescritível, pela previsão expressa do art. 37, § 5º, da Constituição Federal.

16. Ocorre, contudo, que a matéria foi objeto de repercussão geral julgada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 636.886 (tema 899). O citado RE teve seu julgamento finalizado, tendo transitado em julgado em 5/10/2021, fixando a tese de que “é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”.

17. Diante deste novo cenário, a arguição suscitada pelo recorrente passa a ser analisada, na sequência, levando-se em conta o recente pronunciamento do STF, com o fim de verificar a aplicação, à hipótese dos autos, do novo entendimento firmado sobre o sentido e alcance do art. 37, § 5º, da Constituição.

Da prescritibilidade da pretensão reparatória

18. É necessário, em preliminar, delimitar com clareza o objeto do RE 636.886, adotado como paradigma do tema 889 da repercussão geral. Nesse recurso extraordinário, o STF

debruçou-se sobre a ocorrência da prescrição na fase de execução de dívida constituída por condenação pelo TCU.

19. Mais especificamente, tratou-se da execução de uma dívida consubstanciada em acórdão do TCU (Acórdão 227/1996-TCU-2ª Câmara), que foi arquivada pelo juízo da execução, após ter-se operado a prescrição intercorrente prevista no art. 40, § 4º, da Lei 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal).

20. Referido dispositivo prevê o seguinte procedimento: (a) não encontrados o devedor ou bens penhoráveis, o juiz suspende a execução, cabendo ao credor realizar as diligências necessárias ao sucesso da cobrança; (b) decorrido o prazo de um ano sem a localização do devedor ou de bens passíveis de constrição, o juiz determina o arquivamento dos autos (mero arquivamento, sem extinção do processo) e começa a correr o prazo prescricional; (c) transcorrido o prazo sem a localização do devedor ou de bens penhoráveis, a prescrição intercorrente se opera e o juiz pode decretá-la de ofício, com a consequente extinção do processo.

21. Como se nota, a controvérsia dirimida no RE 636.886 circunscreveu-se à prescrição ocorrida no curso da execução, quando o dano ao erário já havia sido objeto de acerto, materializado em acórdão condenatório proferido pelo TCU.

22. Não obstante esse objeto específico, o julgamento do RE 636.886 assume especial relevância para os fins da presente análise, pois, para solucionar a controvérsia, foi necessário discutir o real sentido e alcance da imprescritibilidade prevista na parte final do art. 37, § 5º, da Constituição.

23. O próprio relator originário do RE, ministro Teori Zavascki, observou que “a alegação de imprescritibilidade, com base no art. 37, § 5º, da CF/88, insistentemente suscitada pela União, evidentemente abarca os fundamentos do aresto atacado, que analisou a prescrição intercorrente”. A interpretação do art. 37, § 5º, da CF constituía, portanto, uma questão prejudicial a ser dirimida, previamente ao exame da prescrição intercorrente prevista na legislação ordinária (“a questão constitucional veiculada no recurso extraordinário – a inexistência de prescrição na hipótese - é, portanto, prejudicial ao tema infraconstitucional abordado pelo acórdão recorrido”, conforme decisão monocrática contida na peça 3 dos autos eletrônicos do RE 636.886).

24. Assim, não há dúvidas de que os efeitos da tese fixada no tema 899 da repercussão geral projetam-se direta e imediatamente na fase de execução do acórdão condenatório proferido pelo TCU, pois é a pretensão executória que se funda “em decisão de Tribunal de Contas” (a pretensão de realizar, em termos práticos, a obrigação de pagar já certificada no título constituído pelo acórdão condenatório). Não obstante, e considerando a relevância das manifestações do STF enquanto intérprete maior do texto constitucional, é necessário considerar as razões essenciais da decisão, para identificar seus possíveis reflexos também no que diz respeito à prescrição condenatória.

25. Como se demonstrará, em ambos os casos (pretensão à condenação e pretensão à execução) a defesa da imprescritibilidade tem um fundamento comum (o art. 37, § 5º, da Constituição Federal), cujo sentido e alcance foi objeto de delimitação pelo STF, como condição (questão prejudicial) do próprio julgamento.

Da fundamentação do RE 636.886 e suas implicações para a pretensão reparatória

26. Nos processos que extrapolam a mera solução de um caso concreto (como pressupõe o instituto da repercussão geral), as razões essenciais da decisão (*ratio decidendi*) assumem particular importância, pois revelam a efetiva compreensão do órgão julgador sobre a norma constitucional que condiciona o julgamento. Tal compreensão tende a ser mantida em situações análogas, dado o dever de coerência, que é premissa fundamental em um sistema de precedentes.

27. Conforme observado pelo Ministro Roberto Barroso no julgamento do RE 669.069 (tema 666), “o grande papel da repercussão geral é funcionar como um precedente que orientará as jurisdições inferiores”. E as orientará não tanto quanto à solução do caso concreto do processo paradigma (pois, para isso, já se opera a eficácia da decisão, na sistemática tradicional), mas na fixação de uma tese jurídica, aplicável à questão de direito subjacente.

28. A força dessa tese, que se irradia para além do caso concreto, repousa na própria autoridade das decisões do STF enquanto intérprete final da Constituição. E o sistema de precedentes sob o regime da repercussão geral foi concebido exatamente para que a tese relativa à questão constitucional de fundo fosse adotada como efetiva orientação aos demais operadores jurídicos.

29. Particularmente sobre o RE 636.886 (tema 899), observa-se que, para resolver a lide, foi necessário analisar a matéria à luz do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, cuja parte final trata da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário. E, ao contrário dos precedentes anteriores (temas 666 e 897, referidos adiante), desta feita a análise se deu sob a perspectiva específica da atuação do TCU, no exercício do controle externo.

30. No julgamento, a União sustentou que o art. 40, § 4º, da LEF não se aplicaria às execuções de títulos extrajudiciais representados por acórdãos condenatórios do TCU, pois a prescrição, mesmo que na fase de cobrança do crédito, implicaria ofensa à citada disposição constitucional. A linha argumentativa foi acompanhada pela Procuradoria-Geral da República, em sua manifestação (peça 38 dos autos do RE 636.886).

31. O pressuposto dessa argumentação é o de que a efetiva imprescritibilidade deve ser observada em ambas as etapas do ressarcimento: a) na fase de formação do título executivo (em que se exerce a pretensão reparatória, no caso do débito, ou punitiva, no caso da multa, fixando-se, com liquidez e certeza, os elementos da obrigação de pagar); e b) na fase de efetividade do título constituído (em que se exerce a pretensão executória, para conferir efeitos práticos à condenação imposta, mediante a expropriação de bens do devedor, caso o pagamento não seja feito espontaneamente).

32. No curso do processo perante o TCU, a proteção do art. 37, § 5º, da Constituição é a fonte utilizada na defesa da imprescritibilidade na fase condenatória. Essa mesma norma constitucional era também invocada para justificar a não incidência da prescrição no curso da execução (objeto do RE 636.886).

33. O efetivo ressarcimento ao erário, por decisão do tribunal de contas, depende, portanto, de ambas as etapas (da condenação e da execução), não se podendo falar em efetiva imprescritibilidade, na hipótese, se qualquer dessas fases estivesse sujeita a prazo extintivo. Dado esse contexto, para resolver a controvérsia relativa à execução o STF enfrentou a questão mais geral da prescrição em si, desenvolvendo argumentos que abrangem o próprio sentido e alcance do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, como um todo (apontada como questão prejudicial).

34. Também por isso, no novo julgamento foi igualmente necessário referir-se a dois outros precedentes, com repercussão geral, que discutiram a prescrição da pretensão reparatória: o tema 666 (prescritibilidade da ação de reparação de danos decorrentes de ilícito civil) e o tema 897 (imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário fundada na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa).

35. Esses dois precedentes foram invocados pela União e pelo Ministério Público Federal para que não se adotasse, relativamente à fase de cobrança (pretensão executória), um entendimento que conflitasse com as teses já fixadas nos temas 666 e 897 para a prescrição na fase de conhecimento.

36. No julgamento do RE 636.886 houve, de fato, evidente preocupação do STF em harmonizar a nova decisão com os entendimentos anteriores, discorrendo-se sobre o próprio alcance do art. 37, § 5º, da Constituição, para se concluir que aqueles precedentes não justificariam a tese de imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento exercida pelo tribunal de contas.

37. É bem verdade que uma das correntes de discussão em torno do novo julgamento defende sua incidência apenas na fase de execução da dívida, relativizando a importância da *ratio decidendi* da decisão. Para essa linha interpretativa, o tribunal de contas poderia desempenhar as atividades de controle normalmente, culminando na condenação do agente causador do dano, com a única ressalva de que o acórdão condenatório não teria eficácia como título executivo.

38. A ideia que justifica essa compreensão é a de que o pronunciamento da corte de contas, embora sem força executiva, teria utilidade para o cidadão valorar a atuação dos gestores de recursos públicos, bem como para caracterizar situações de dano que, uma vez definidas com liquidez e certeza pelo órgão de controle, poderiam ter desdobramentos em outras esferas, por iniciativa do ministério público ou de outro legitimado a pleitear o ressarcimento do dano apurado.

39. Tais argumentos são ponderáveis, mas não proporcionam solução adequada do ponto de vista sistêmico, por desconsiderar a fundamentação e esvaziar o alcance do que decidido pelo STF. Com efeito, toda a fundamentação desenvolvida no RE 636.886 baseou-se na premissa de que a prescrição é um imperativo constitucional, necessário para limitar, em bases razoáveis, a própria possibilidade de persecução estatal.

40. A finalidade de se estabelecer prazo de prescrição é exatamente a de inibir a conduta apuratória após o transcurso de tempo suficiente para fazer presumir as dificuldades de defesa para aquele a quem se atribui a responsabilidade pelo suposto ilícito, além das inconveniências, para a estabilidade das relações jurídicas, de se perpetuar, indefinidamente, a possibilidade da persecução.

41. Como didaticamente afirmado pelo STJ, “o instituto da prescrição tem por finalidade conferir certeza às relações jurídicas, na busca de estabilidade, porquanto não seria possível suportar uma perpétua situação de insegurança” (STJ, 2ª Seç., EREsp 1280825, DJUe 2/8/2018).

42. A própria fundamentação adotada no RE 636.886 evidencia a preocupação do STF em reafirmar que o princípio de limitação temporal para exercício das pretensões patrimoniais é requisito de segurança jurídica, não se podendo conferir ao art. 37, § 5º, da Constituição uma interpretação que desnature sua natureza de norma excepcional.

43. Esse entendimento já havia sido exposto no julgamento do RE 669.069 (tema 666) e do RE 852.475 (tema 897). No tema 666 foi definida a prescritibilidade da pretensão do ressarcimento de prejuízos ao erário decorrentes de ilícitos civis, constituindo a primeira limitação relevante feita pelo STF ao alcance da ressalva contida no art. 37, § 5º, da Constituição. Esse julgamento deixou assente que “em nosso direito, a prescritibilidade é a regra. É ela fator importante para a segurança e estabilidade das relações jurídicas e da convivência social”, diretriz essa que deve guiar a interpretação do citado dispositivo.

44. Já no tema 897, não mais relativo a ilícitos civis, o STF aprofundou a discussão para reafirmar que a regra do ordenamento jurídico é a da prescritibilidade das pretensões patrimoniais. Por isso, a previsão do art. 37, § 5º, como toda norma excepcional, deve receber interpretação estrita, também no que se refere aos ilícitos não civis.

45. Essa premissa foi ponderada, ainda, com um aspecto pragmático, relevante do ponto de vista do devido processo legal substancial: “o entendimento pela imprescritibilidade acarretaria o dever de cada cidadão de guardar eternamente comprovantes os mais diversos de seus negócios jurídicos com a Administração, o que evidentemente seria inviável e comprometeria o direito à defesa”.

46. Nesse sentido, foi destacada a doutrina do prof. Emerson Gabardo, de que a discussão deve levar em conta “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”.

47. Após longo debate, por mais de uma sessão, a conclusão alcançada pelo STF no exame do tema 897 foi a de que, como regra, a pretensão de ressarcimento prescreve, passado o prazo normal para seu exercício, mesmo nos ilícitos não-civis. Por exceção, o ressarcimento pode ser pleiteado a qualquer tempo em ação própria, em que, além do dano, a conduta seja compatível com a de um ato de improbidade na modalidade dolosa, devendo ainda ser provado, como questão prejudicial, o dolo do agente.

48. Ou seja, naquele julgamento ficou assentado que a imprescritibilidade prevista no art. 37, § 5º, da Constituição somente se aplica quando, além da existência do dano, comprovar-se que a conduta causadora do dano se amolda à descrição típica de um ato doloso de improbidade, competindo ao titular da pretensão de ressarcimento comprovar o dolo, e não apenas a existência do dano e seu nexos com a conduta do agente. Presentes essas condições, aplica-se a tese fixada no tema 897, de que “são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”.

49. No atual julgamento (tema 899), as conclusões foram harmônicas com as externadas nos temas 666 e 897, na linha de que os princípios da segurança jurídica e do devido processo legal impõem restrições à permanência do poder persecutório do Estado, inclusive quando levado a efeito por seus órgãos de controle.

50. Por isso, a interpretação do art. 37, § 5º, da Constituição Federal deve ser realizada em sintonia com a disposição do § 4º daquele artigo, que trata das sanções por ato de improbidade, reafirmando-se as conclusões assentadas no tema 897, de que somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário cujo dano tiver como fato gerador um ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, devendo o dolo ser objeto de prova no processo. “Em relação a todos

os demais atos ilícitos, inclusive àqueles atentatórios à probidade da administração não dolosos (...) aplica-se o tema 666, sendo prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública”.

51. Os impactos do novo julgamento decorrem exatamente de se ter introduzido no debate o advérbio “somente”, para ficar expresso, nas razões de decidir, que a ressalva constitucional do art. 37, § 5º, se aplica apenas à hipótese de dano provocado por ato doloso tipificado como de improbidade, sendo prescritíveis, por consequência, as demais pretensões ao ressarcimento que não requeiram o dolo para sua configuração.

52. É essa premissa que justificou a tese do tema 899, de que “é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”, sem ressalva alguma, considerando-se que a condenação proferida pelo Tribunal de Contas não requer que a conduta seja dolosa, nem o processo de controle externo estaria instrumentalizado para a realização da prova de dolo (desnecessária para justificar a condenação ao ressarcimento, se a pretensão for exercida tempestivamente).

53. Até por isso, a redação da tese do tema 899 não trouxe exceção (a exemplo do que o STF fez no tema 897, ao conferir tratamento diferenciado ao ato doloso), afirmando, unicamente, que “é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”, sem ressaltar as condutas dolosas.

54. A conclusão enunciada no julgamento do tema 899, sobre a atuação dos tribunais de contas, foi sem dúvida mais restritiva que a do tema 897, permitindo concluir que a ação de ressarcimento por ato doloso pode se desenvolver a qualquer tempo no âmbito judicial, mas está sujeita a prescrição na esfera administrativa.

55. Essas são os fundamentos da decisão adotada pelo STF, que devem ser consideradas em qualquer discussão a respeito da questão de fundo. A partir dessas razões, entende-se não ser razoável a interpretação restritiva do julgado, referida antes, segundo a qual os efeitos da decisão do STF se restringiriam à execução do acórdão condenatório proferido pelo tribunal de contas, não inibindo a possibilidade de persecução do ilícito administrativo a qualquer tempo, pela corte de contas.

56. Com efeito, seria difícil justificar a possibilidade de o órgão de controle externo proferir uma condenação que seria ineficaz em sua função primordial, de instrumentalizar o cumprimento forçado da obrigação, se não cumprida espontaneamente pelo responsável (como previsto no art. 24 da Lei 8.443/1992).

57. Depois, e mais importante, a objeção à citada interpretação restritiva decorre da própria finalidade da prescrição, de inibir a atividade persecutória pelos órgãos estatais após o transcurso de certo prazo. Não se justificaria a conclusão de que a ação-meio (a persecução em si, para apuração dos fatos) possa se desenvolver normalmente, ficando mitigada apenas a utilidade do ato-fim (a condenação propriamente dita, que não poderia instrumentalizar a execução). A razão de ser dos prazos extintivos é justamente a de não impor ao responsável o ônus de se defender quando o direito que lhe é oposto já tenha decaído ou a correspondente pretensão já esteja prescrita.

58. Como visto, os argumentos utilizados pelo STF no julgamento do tema 899 partem do exame da pretensão de ressarcimento como um todo. Não foram apresentados argumentos próprios e exclusivos para a fase de execução da ação de ressarcimento. Ao contrário, as razões

apresentadas revelam a compreensão do STF quanto à limitação temporal para o exercício das pretensões estatais de natureza patrimonial, notadamente na esfera administrativa, sendo em tudo aplicáveis à fase condenatória, de constituição do título executivo pelo tribunal de contas.

59. Assim sendo, é forçoso concluir que também é prescritível a pretensão de ressarcimento exercida pelo TCU com o fim de apurar a ocorrência de prejuízo ao erário e condenar o agente que lhe deu causa. Essa conclusão resulta nem tanto da incidência direta da tese fixada no tema 899 da repercussão geral (porque específica para a fase de execução), e sim das razões de decidir utilizadas nesse precedente, que delimitaram o sentido e o alcance da ressalva contida no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, demonstrando que tal ressalva não se estende à atividade de controle externo exercida pelo tribunal de contas.

Inaplicabilidade, à fase condenatória, dos critérios adotados no RE 636.886

60. Uma vez concluído que a pretensão de ressarcimento também prescreve na fase condenatória, é necessário definir os parâmetros a observar (termo inicial, prazo, causas de interrupção).

61. O fato de o STF não ter se pronunciado sobre os critérios para a análise da prescrição em geral (para a fase executiva e para a fase condenatória) não impede a incidência do instituto. Como esclarecido em outra oportunidade (embargos de declaração no RE 669.069, tema 666), “o que cabia ao STF definir era a prescritibilidade ou não das pretensões de ressarcimento ao erário”; uma vez “firmado o entendimento de que tal pretensão é prescritível, as controvérsias atinentes ao transcurso do prazo prescricional, inclusive a seu termo inicial, são adstritas à seara infraconstitucional, solucionáveis tão somente à luz da interpretação da legislação ordinária pertinente”, que cabe ao julgador do caso concreto aplicar.

62. Na situação específica do RE 636.886, o STF primeiro fixou a tese da prescritibilidade e, após, resolveu o caso concreto aplicando as regras de prescrição contidas na Lei de Execução Fiscal (conjugada com os dispositivos pertinentes do Código Tributário Nacional), apropriadas àquela hipótese.

63. A Lei de Execução Fiscal, todavia, contempla situações típicas da fase executiva, inadequadas à fase de conhecimento. Veja-se, por exemplo, a situação do caso julgado, de não localização de bens penhoráveis, com a consequente suspensão do processo para diligências a serem empreendidas pelo credor: tal circunstância é impertinente à fase condenatória.

64. Logo, é natural concluir que a prescrição da condenação deve ser regida por critérios distintos daqueles fixados no RE 636.886 para a execução, notadamente quanto aos respectivos termos iniciais e causas interruptivas. É necessário, então, definir essas balizas, aplicando-se a legislação infraconstitucional apropriada.

65. A dificuldade para tanto reside na ausência de norma específica para o processo de controle externo, conduzido pelo tribunal de contas – notadamente quanto ao débito, até então considerado imprescritível. Tal lacuna normativa precisa ser preenchida pelos meios próprios de integração do ordenamento, em especial o emprego da analogia, buscando-se a norma mais compatível com a situação em exame.

66. A respeito, sabe-se que há, no ordenamento, regimes diversos de prescrição, que fazem variar o termo inicial, o prazo e as interrupções em função da pretensão em causa. Em

algumas situações, como no sistema do Código Civil, o prazo é relativamente elevado (de dez anos, considerando-se o art. 205, de interesse para a discussão), mas são poucas as causas de interrupção e, ademais, a prescrição se interrompe uma única vez (art. 202).

67. Em outros regimes, como o da Lei 9.873/1999, o prazo é menor (como regra), mas há variadas causas de interrupção e elas atuam autonomamente, podendo provocar múltiplas interrupções da prescrição no curso do processo. Ademais, se o fato também constituir crime, o prazo de prescrição deixa de ser o genérico, de cinco anos, e passa a ser o da lei penal (art. 1º, § 2º da Lei 9.873/1999), elevando-se significativamente em alguns casos. No peculato, por exemplo, quando há desvio de dinheiro público, a pena máxima de 12 anos (CP, art. 312) faz com que a prescrição somente ocorra em 16 anos (CP, art. 109, II), prazo significativamente maior que o do Código Civil.

68. Deve-se considerar, todavia, que a fixação de regimes prescricionais diversos é matéria de política legislativa, cabendo ao aplicador da lei observar as balizas adequadas ao caso concreto, sem que possa exercer, na hipótese, mera opção discricionária por um ou outro regime.

69. Assim, a primeira premissa adotada neste exame é o de utilizar o regime mais próximo da situação em causa, aplicando-o de modo integral, ou seja, sem a combinação de leis (termo inicial de uma norma, causas de interrupção de outra, prazo de uma terceira, e assim por diante). Tal combinação resultaria, na verdade, em um regime originário, cuja definição é de competência exclusiva do legislador positivo.

70. Há muito a doutrina adverte que a junção dos aspectos mais benéficos de leis distintas, para formar um novo regime, não constitui uma forma perfeitamente legítima de integração do ordenamento. Ao criar essa terceira lei, o juiz “estaria aplicando um texto que, em momento algum, teve vigência” (Eugenio Raul Zaffaroni; José Henrique Pierangeli. Manual de direito penal brasileiro. São Paulo: RT, 2004, p. 220. Vide, também, STF: RE 600.817).

71. A segunda diretriz a ser observada é a unificação dos critérios para exame da prescrição para ambas as pretensões (punitiva e de ressarcimento), na atividade de controle externo exercida pelo tribunal de contas.

72. O uso de critérios uniformes para as prescrições que incidem nesta fase do processo 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.

73. 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.

74. Ademais, como já demonstrado, a fixação de um prazo prescricional também objetiva não comprometer a possibilidade de defesa pelo demandado. E a defesa, pelo responsável, se dá quanto aos fatos que lhe são atribuídos, independentemente se, após a apuração, as consequências da responsabilidade se situem no âmbito do ressarcimento ou da sanção. É a possibilidade de

plena defesa, quanto aos fatos, que o instituto visa resguardar, sendo certo que determinadas sanções, de elevado impacto (como a inabilitação para o exercício de cargo comissionado ou a inidoneidade para participar de licitações) podem ter efeitos até mais gravosos que certas ordens de ressarcimento (de baixa materialidade).

75. A partir dessas diretrizes – utilizar um só regime, sem combinações de parâmetros extraídos de leis diversas, e aplicá-lo tanto no exame da pretensão punitiva quanto da pretensão de ressarcimento –, cumpre examinar as balizas mais adequadas à atuação do tribunal de contas.

76. Do longo debate já realizado sobre o tema, parece haver relativo consenso de que são duas as opções a considerar, que envolvem regimes já adotados para o exame da prescrição da punição: o sistema do Código Civil, acolhido pelo TCU (Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário), e o regime da Lei 9.873/1999, que tem sido aplicado pelo STF em mandados de segurança impetrados contra decisões do tribunal de contas.

77. Não obstante já haver uma orientação firmada no TCU quanto à prescrição da punição, entende-se que a prescritibilidade do débito representa um novo cenário, que abre a possibilidade de nova reflexão sobre o tema, haja vista a consistência dos argumentos contrários à atual sistemática e as decisões do STF proferidas após a uniformização da jurisprudência pelo TCU, em 2016.

78. Ambos os regimes de prescrição serão analisados na sequência, discutindo-se sua aplicabilidade e indicando-se como se daria a solução do caso concreto, sob as respectivas óticas.

Análise da prescrição segundo os critérios do Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário

79. No que se refere à pretensão punitiva, o TCU tem tradicionalmente aplicado os critérios definidos no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, que, em incidente de uniformização de jurisprudência, orientou-se pela aplicação do Código Civil. Por este acórdão, em linhas gerais, a prescrição subordina-se ao prazo geral de dez anos (CC, art. 205), contado a partir da data da ocorrência do fato e interrompido pelo ato que ordenar a citação, a audiência ou a oitiva da parte.

80. Entre outras razões que justificaram a adoção desse critério destaca-se a de que o citado dispositivo constitui uma cláusula geral a ser empregada sempre que a pretensão for prescritível, mas a lei não estabelecer um prazo específico, como na hipótese.

81. Aplicando essas balizas ao caso em exame, verifica-se que o próprio tribunal, no acórdão recorrido, reconheceu que havia se operado a prescrição (§ 22 do voto - peça 55). Isso porque os pagamentos irregulares ocorreram nos exercícios de 2005 e 2006, enquanto a citação do responsável foi ordenada em 11/8/2017.

82. Considerando a premissa de que as pretensões punitiva e de ressarcimento se submetem ao mesmo regime, concluir-se-ia que estariam prescritas não só a possibilidade de aplicação de multa, mas também a de condenação ao ressarcimento, caso fossem adotados, para ambos os fins, os parâmetros definidos no Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário.

A utilização do regime prescricional da Lei 9.873/1999 (MS 32.201)

83. As discussões levadas a efeito no TC 030.926/2015-7, em que se deu a uniformização da jurisprudência, evidenciam que houve relevantes discussões no TCU acerca do regime prescricional a ser observado quanto à pretensão punitiva.

84. Acerca dessas discussões, vejam-se também, exemplificativamente, as manifestações do Ministério Público junto ao TCU nos processos TC 018.404/2007-9 e TC 020.635/2004-9, assim como a da Consultoria Jurídica no processo TCU/Conjur 017.625/2020-3, todas com substanciosas contribuições para o debate.

85. Na linha dessas manifestações, observa-se que o Poder Judiciário, historicamente, tem demonstrado reservas quanto à adoção de critérios de direito privado, a exemplo dos previstos no Código Civil, para aferir prescrição em relações submetidas ao direito público.

86. Na ausência de norma específica sobre prescrição, o Judiciário, como regra, entende que os prazos prescricionais devem ser buscados em normas de direito público, até mesmo pelo princípio da simetria. Sabe-se que quando a pretensão é exercida pelo particular contra a Fazenda Pública, há uma norma geral que estabelece prazo de 5 anos para tanto (o Decreto 20.910/1932, recepcionado pela Constituição Federal com força de lei ordinária, segundo o qual “todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem”).

87. Pela simetria, na ausência de norma própria, é razoável aplicar o mesmo prazo quando a pretensão se inverte, ou seja, quando for exercida pela Fazenda Pública contra o particular. Das várias decisões nesse sentido, cita-se o pronunciamento do STJ no REsp 1105442/RJ (tema 135 da sistemática de recursos repetitivos), que adota, na ausência de lei específica, a norma “relativa à prescrição em casos inversos, isto é, prescrição de ações do administrado contra o Poder Público”, que tem no Decreto 20.910/1932 a referência geral de prazo, fixado em cinco anos.

88. Também o ministro Benjamin Zymler, em voto proferido no TC 030.926/2015-7, que tratou da uniformização da jurisprudência, observou que “**as normas de Direito Público adotam, tanto a favor da administração, como contra ela, o prazo prescricional quinquenal**” (grifou-se). Assim, no sistema prescricional a incidência de um mesmo prazo, contra ou a favor, é uma relevante diretriz, traduzida no princípio da simetria, a ser considerada em situações de integração do ordenamento (ou seja, na ausência de definição expressa do legislador em outro sentido).

89. Ainda nessa linha de compreensão, note-se que o RE 636.886 (tema 899) tratou do ressarcimento em si, embora na fase de execução, estabelecendo um prazo quinquenal para a prescrição. Esse aspecto tem especial relevância ao ser considerada a Súmula 150 do STF, segundo a qual “prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação”.

90. Tal súmula fornece uma segunda diretriz importante para integração do ordenamento, ao introduzir uma outra espécie de simetria, desta feita entre as fases do processo: na ausência de regra legal em contrário, a ação e a execução devem observar os mesmos prazos prescricionais.

91. Logo, até haver norma específica a tratar da prescrição no processo de controle externo (que poderá ser formulada com maior liberdade pelo legislador, comparativamente às limitações próprias da analogia), a integração do ordenamento deve considerar algumas diretrizes, já referidas, de que: a) a ação e a execução devem observar um mesmo prazo prescricional (embora seja natural que possuam termos iniciais e causas de interrupção apropriados às respectivas fases), conforme Súmula 150 do STF; b) esse prazo deve atuar contra ou favor do titular da pretensão, ante o princípio da simetria, cabendo unicamente ao legislador positivo estabelecer diferenciações em benefício da Fazenda Pública; c) no que se refere à atuação do controle externo, os critérios devem ser uniformes para a punição e para o ressarcimento, pois

significam limites à atividade apuratória do tribunal de contas em si, independentemente do desfecho dessa atuação.

92. Especificamente em casos envolvendo sanções aplicadas pelo TCU, a prescrição foi discutida pelo STF em julgamentos posteriores ao Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário. Já há decisões colegiadas de ambas as turmas do STF no sentido de que pretensão punitiva no processo de controle externo é regida pela Lei 9.873/1999 (1ª Turma: MS 32.201, DJe-173, 4/8/2017; 2ª Turma: MS 35.512-AgR, DJe-135, 19/6/2019 e MS 36.067, DJe-234, 28/10/2019).

93. A matéria foi objeto de minuciosa análise no MS 32.201. Nesse julgamento, após examinar detidamente os fundamentos do Acórdão 1441/2016-Plenário, que uniformizou a jurisprudência do TCU a respeito, o STF manifestou-se em sentido diverso, retratado na seguinte ementa:

Direito administrativo. Mandado de segurança. Multas aplicadas pelo TCU. Prescrição da pretensão punitiva. Exame de legalidade. 1. **A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada integralmente pela Lei nº 9.873/1999, seja em razão da interpretação correta e da aplicação direta desta lei, seja por analogia.** (...). [grifou-se]

94. Nesse precedente, concluiu-se que “não há nenhuma razão plausível pela qual se deva suprir a alegada omissão [de prazo para a atuação punitiva do TCU] com recurso às normas de direito civil, e não às de direito administrativo”.

95. Entendimento similar já havia sido sustentado também nos debates que deram origem ao Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, mais especificamente no voto do ministro Benjamin Zymler, ao apontar que as relações de direito administrativo são assimétricas, havendo uma tendência dos ordenamentos jurídicos em geral em estabelecer prazos distintos para o Poder Público, não se justificando a importação automática das regras de direito civil:

Após melhor refletir sobre a matéria, cheguei à conclusão de que o prazo decenal previsto no Código Civil visa regulamentar relações eminentemente privadas. Por consequência, não caberia extrair do art. 205 do Código Civil (...) a moldura jurídica do prazo prescricional do poder-dever de sancionar do TCU. Ou seja, essa solução jurídica residual deveria ser aplicada somente para o direito de ação de relações privadas não estabelecidas no Código Civil ou em lei específica.

96. Há, em síntese, um conjunto paradigmático de normas que revelam um sistema prescricional próprio das pretensões que envolvem o Poder Público. Após o exame desse vasto conjunto normativo, o STF (notadamente no MS 32.201) considerou inapropriado utilizar a disciplina do Código Civil para reger a prescrição da pretensão punitiva pelo tribunal de contas, no exercício da atividade de controle externo.

97. O critério utilizado pelo STF para esse fim (as regras da Lei 9.873/1999), no exame da prescrição punitiva, pode ter aplicação mais ampla, para ser utilizado como fonte de integração também no que diz respeito à pretensão reparatória, até que haja a edição de norma específica.

98. Primeiro, porque a Lei 9.873/1999 observa a sistemática geral do conjunto de normas existentes sobre prazos extintivos no âmbito do direito público. Depois, porque o prazo nela fixado é também compatível com as diretrizes de que (1) a ação e a execução prescrevem no mesmo prazo (Súmula 150 do STF), e o prazo quinquenal foi adotado pelo STF para a execução do acórdão condenatório do TCU (RE 636.886), e (2) na ausência de norma em contrário, o

princípio da simetria orienta que o Poder Público tenha, para agir, o mesmo prazo que a lei estabelece para a pretensão inversa, ou seja, para quando o Estado é demandado, sendo certo que a pretensão de ressarcimento exercida pelo particular contra o Estado observa o prazo quinquenal fixado pelo Decreto 20.910/1932.

99. Além disso, a Lei 9.873/1999 apresenta hipóteses detalhadas quanto aos outros aspectos da regulação da prescrição (termo inicial e causas interruptivas), em tudo compatíveis com as peculiaridades do processo de controle externo como um todo (e não apenas quando tal processo se destina à aplicação de sanções).

100. Quanto ao termo inicial, a citada lei prevê o tratamento a ser dado a situações de ilícitos permanentes (como se dá em se tratando de conduta omissiva, cf. MS 32.201) ou continuados (como na reiteração de pagamentos irregulares, por vícios em sucessivas medições de uma mesma obra, por exemplo).

101. Quanto à interrupção da prescrição, a citada lei contempla uma variedade de causas e a autonomia entre elas, sendo possível a multiplicidade de interrupções. A própria determinação do TCU para que se realize auditoria para averiguar determinado fato interrompe a prescrição, como destacado no julgamento do MS 32.201.

102. Até mesmo quanto ao prazo, a regra geral de cinco anos recebe tratamento diferenciado se a irregularidade configurar conduta tipificada como crime, hipótese em que se aplica o prazo previsto na legislação penal, normalmente mais extenso, como já referido.

103. Assim, até que sobrevenha norma que disponha especificamente a respeito da prescrição para a atuação do tribunal de contas, a adoção do regime previsto na Lei 9.873/1999 apresenta-se como solução adequada, tanto por observar os parâmetros que preponderam no conjunto de normas do direito público, como por ser, também, a norma que já vem sendo utilizada pelo STF para reger a limitação temporal ao poder sancionador do TCU.

Análise da prescrição pelo regime da Lei 9.873/1999 (MS 32.201)

104. Adotando-se as premissas fixadas na Lei 9.873/1999 ao caso em exame, e mesmo considerando-se o prazo geral, de cinco anos, observa-se que não teria ocorrido a prescrição. Para tanto, é preciso considerar os seguintes parâmetros:

Termo inicial

105. A Lei 9.873/1999, art. 1º, parte final, traz previsão expressa a respeito do início do prazo em se tratando de infração de caráter permanente ou continuado. Nesta hipótese, a prescrição começa a correr não da data de cada fato, e sim “do dia em que tiver cessado” a permanência ou a continuidade.

106. Portanto, para efeitos da contagem do prazo prescricional, em se tratando de convênio sujeito à prestação de contas firmado com a União, o termo inicial a ser considerado é a data de apresentação da prestação final de contas do convênio, qual seja, **15/2/2007** (peça 2, p. 19 e 347).

Prazo

107. A Lei 9.873/1999 apresenta um prazo geral, de cinco anos (art. 1º), e um prazo especial, previsto no art. 1º, § 2º, a saber: “quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal”. Considerando

que as irregularidades discutidas nesse processo de tomada de contas especial não se relacionam, em princípio, a ocorrência de crimes praticados de forma dolosa, deve incidir o quinquênio previsto no art. 1º da Lei 9.873/99.

Interrupções por atos inequívocos de apuração dos fatos

108. No regime da Lei 9.873/1999, a prescrição se interrompe “por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato” (art. 2º, II). O exemplo típico, no caso em exame, é a realização de Reunião direta com o tomador de recursos ocorrida em **20/10/2009** (peça 3, p. 274), inclusive com a manifestação da entidade em sanar as irregularidades e retornar a parceria. Ademais, ocorreram interrupções da prescrição nas seguintes datas:

- a) em 8/3/2010, com o Relatório Final do Grupo de Trabalho, que opinou pela suspensão da liberação de recursos e indicação de abertura de processo de TCE (peça 3, p. 274-276);
- b) em 25/3/2010, data na qual a FINEP solicitou ao Sr. Moris Arditti a regularização da prestação de contas (peça 2, p. 339-345);
- c) em 25/5/2016, data na qual a FINEP solicitou ao Sr. Moris Arditti a regularização da prestação de contas (peça 3, p. 41-48);
- d) em **4/11/2016**, com o Relatório do Tomador de Contas 12/2016, expedido (peça 3, p. 300).

Interrupções pela citação do responsável

109. A prescrição também é interrompida “pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital”, nos termos do art. 2º, I, da Lei 9.873/1999. E, no regime dessa lei, a interrupção se dá pela citação propriamente dita, e não pelo despacho que a ordena. Com esse fundamento, houve a interrupção em **18/9/2017**, segundo demonstrado pela entrega do aviso de recebimento no domicílio do responsável (peça 21).

Interrupção pela decisão condenatória recorrível

110. Por fim, a prescrição também se interrompe “pela decisão condenatória recorrível” (art. 2º, III, da Lei 9.873/1999). Com esse fundamento, houve a interrupção em **4/5/2021**, data da sessão em que foi proferido o acórdão condenatório (peça 54).

Da prescrição intercorrente

111. Nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei 9.873/1999, opera-se a prescrição intercorrente se o processo ficar paralisado por mais de três anos, aguardando “julgamento ou despacho”. Note-se que há uma correlação entre essa hipótese e as causas de interrupção da prescrição do art. 2º. Com efeito, uma vez interrompida a prescrição por alguma das hipóteses do art. 2º, o processo não pode ficar inativo, sem qualquer inovação processual relevante, por mais de três anos.

112. Trata-se de prazo específico, não se aplicando nem o prazo geral de cinco anos nem o prazo especial, da lei penal (§ 2º). A finalidade da prescrição intercorrente, com seu prazo próprio, é a de assegurar a eficiência e celeridade nas apurações administrativas. Seria contrário a essa finalidade a paralisação injustificada do processo por período maior que o triênio estabelecido para a hipótese.

113. A extrapolação do prazo de três anos, sem inovação relevante no processo, pode configurar negligência. Por isso, além de se operar a prescrição, deve-se promover a “apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso”.

114. Em muitas situações o exame da prescrição intercorrente pode ficar prejudicado nos processos já em tramitação no TCU. Como a ação de ressarcimento era considerada imprescritível, as peças que compõem a tomada de contas especial, elencadas no art. 10 da Instrução Normativa- TCU 71/2012, não contemplam informações pormenorizadas quanto ao andamento do processo na fase interna, o que pode prejudicar a análise de eventual paralisação por mais de três anos.

115. Assim, caso o tribunal venha a adotar a sistemática da Lei 9.873/1999 para aferir a prescrição, convém avaliar, oportunamente, a possibilidade de ajustes na IN-TCU 71/2012, para que as tomadas de contas especiais encaminhadas ao tribunal contemplem informações sobre as interrupções ocorridas na fase interna do procedimento (como, por exemplo, declaração do órgão instaurador da TCE, de que o processo não ficou paralisado por mais de três anos, na forma do art. 1º, § 1º, da citada lei).

116. Especificamente quanto a esta TCE, as próprias causas de interrupção elencadas acima permitem evidenciar que o processo restou paralisado no intervalo entre a apresentação de contas finais (15/2/2007 – peça 2, p. 287-338) e o Relatório de Tomada de Contas Especial (4/11/2016 – peça 3, p. 289-300), ultrapassando o prazo de três anos, devendo ser reconhecida a ocorrência de prescrição intercorrente prevista na Lei 9.873/99.

117. Ademais, ainda que se considerasse a incidência de um prazo quinquenal para o reconhecimento da prescrição intercorrente, não se pode olvidar o curso de prazo superior a 5 (cinco) anos entre as notificações realizadas pela FINEP, indicadas nas alíneas “b” e “c” supra, ratificando a ocorrência de prescrição no caso concreto, já considerando o fluxo do prazo entre as causas interruptivas indicadas.

Conclusão

118. Observa-se, pelos eventos indicados, a ocorrência de curso de prazo suficiente para se reconhecer a prescrição, tomando-se por referência a Lei 9.873/1999, tida pelo STF como norma regente da prescrição da pretensão punitiva pelo TCU, particularmente pela paralisação do processo no intervalo entre a apresentação final das contas e a emissão de Relatório de Tomada de Contas Especial.

119. Partindo-se da premissa de que a pretensão reparatória segue as mesmas balizas, enquanto não houver norma específica a respeito, a demonstração de que se operou a prescrição punitiva impõe, como consequência, a conclusão de inviabilidade da condenação ao ressarcimento do prejuízo apurado nos autos.

120. Da responsabilidade pessoal do gestor dos recursos público e da desconsideração da personalidade jurídica

121. Alega o recorrente que a responsabilidade para a prestação de contas do Convênio seria da pessoa jurídica (Genius Instituto de Tecnologia), não podendo ser estendida aos dirigentes da entidade, não sendo o caso de incidência da desconsideração da personalidade jurídica do Instituto pela ausência dos requisitos contidos no art. 50 do Código Civil. Rejeita o recorrente a

possibilidade de reconhecimento de responsabilidade solidária derivada do art. 16, III, §2º da Lei 8.443/92, por não haver dano ao erário ou desfalque ou desvio de recursos públicos.

122. Indica julgados do STF (Resp 1.349.233-SP) e do STF (MS 35.506/DF) reforçando a ideia de ausência de responsabilidade quando inexistente a situação de dolo ou desvirtuamento das competências funcionais.

Análise

123. De início, deve-se destacar que o dever de prestar contas não é da entidade, mas sim da pessoa física responsável por bens e valores públicos, pessoalmente responsável pela correta gestão dos recursos públicos confiados, conforme se extrai de diversos julgados dos Tribunais Pátrios:

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DE UNIÃO. INDEFERIMENTO DE PROVAS PERICIAL E TESTEMUNHAL. REVISIBILIDADE JUDICIAL DOS ATOS DO TCU. GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INAFSTABILIDADE DO ACESSO À JURISDIÇÃO. EX-PREFEITO MUNICIPAL QUE DEIXA DE PRESTAR CONTAS DA CORRETA APLICAÇÃO DE RECURSOS RECEBIDOS POR MEIO DE CONVÊNIO FEDERAL. (...) **O Prefeito do Município que recebe recursos federais por força de convênio assume pessoalmente a responsabilidade pela correta aplicação desses recursos e, evidentemente, pela correta prestação de contas relativas à aplicação desses recursos. A simples alegação do embargante, de que determinou à sua assessoria que prestasse tais contas, é manifestamente insuficiente para descaracterizar sua responsabilidade pessoal. Se o Prefeito delegou a terceiros uma responsabilidade que é sua, evidentemente assume o risco da não-apresentação dessas contas no prazo estipulado no convênio.** Hipótese em que a sanção aplicada não está fundamentada exclusivamente no emprego incorreto ou no desvio das verbas repassadas. A sanção foi aplicada, essencialmente, pelo fato de o gestor de dinheiro público não ter prestado as contas devidas. Assim, mesmo que se admita (para efeito de argumentar), que os documentos comprobatórios do emprego daqueles recursos tenham sido extraviados, isso não afasta a infração concretamente atribuída ao embargante: não ter prestado contas da correta aplicação dos recursos recebidos. Precedente da Turma. Agravo retido e apelação a que se nega provimento.

(grifamos; TRF 3, AC 00128221920064036102, TERCEIRA TURMA, JUIZ CONVOCADO RENATO BARTH, Data da Decisão 29/07/2010)

APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. NULIDADE DE DECISÃO PROFERIDA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). POSSIBILIDADE DE REVISÃO JUDICIAL DE DECISÕES EMANADAS DO TCU. LEGITIMIDADE PASSIVA DO EMBARGANTE. LIQUIDEZ E CERTEZA DO TÍTULO EXECUTIVO. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. (...) **4. A Constituição Federal atribuiu ao TCU, nos termos de seu art. 71, incisos II e VIII, a competência para "julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público" e "aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei (...).** **5. O embargante Prefeito Municipal da cidade de Cardoso -**



beneficiária da verba - e não comprovando que a verba destinada ao município por força do convênio firmado entre as partes foi utilizada para os fins que deveria, é de se reconhecer sua responsabilidade pessoal pelo gerenciamento e aplicação dos recursos e por consequência ao ressarcimento em questão, sendo irrelevante o argumento de que a verba teria sido utilizada em outras obras do Município. 6. Não há que se falar em solidariedade entre a Prefeitura e o embargado, sendo este o único responsável pelo pagamento do débito que ora lhe é cobrado. 7. Afastada a ineficácia do título executivo, pois as decisões do TCU que resultem imputação de débito ou multa têm eficácia de título executivo. Aplicação do art. 71, § 3º, CF. (...)

(grifamos; TRF 3, AC 00028421220014036106, TERCEIRA TURMA, JUIZ CONVOCADO RUBENS CALIXTO, Data da Decisão 10/12/2009)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PRESTAÇÃO DE CONTAS DE PREFEITO MUNICIPAL. CONVÊNIO. COMPETÊNCIA. RESPONSABILIDADE PESSOAL DO GESTOR. POSSIBILIDADE. (...) 2. A Lei n. 8.443/92 estabelece que a atribuição do Tribunal de Contas da União abrange os responsáveis pela aplicação de recursos repassados pela União, mediante convênio, ao Município. 3. **Configura-se legítima a possibilidade de responsabilização pessoal do administrador municipal em face de eventual desvio ou irregularidade apurado em processo administrativo a cargo do Tribunal de Contas da União.** 4. Apelação desprovida.

(grifamos; TRF 3, AC 200038000111066, QUINTA TURMA, JUIZ FEDERAL PEDRO FRANCISCO DA SILVA (CONV.), Data da Decisão 21/10/2009)

CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MALVERSAÇÃO DE RECURSOS PÚBLICOS FEDERAIS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE REPASSADOS À MUNICIPALIDADE PARA APLICAÇÃO EM AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE. FUNDO NACIONAL DE SAÚDE E PISO DE ATENÇÃO BÁSICA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO EX-PREFEITO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. QUESTÃO JÁ RESOLVIDA NA INSTÂNCIA AD QUEM. IRREGULARIDADES NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DE AQUISIÇÃO DE BENS E SERVIÇOS. PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS DEFEITUOSOS. DEMONSTRAÇÃO. ART. 11 DA LEI Nº 8.429/92. ELEMENTO SUBJETIVO. DOLO GENÉRICO. EVIDENCIAÇÃO PELO COMPORTAMENTO EM CONTRARIEDADE MANIFESTA À LEI. MENSURAÇÃO DA SANÇÃO. ART. 12 DA LEI Nº 8.429/92 E PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. DESPROVIMENTO DO RECURSO. (...) 3. **A alegação de descentralização da administração municipal não se presta a isentar de toda e qualquer responsabilidade o ex-Prefeito, quanto à regularidade da aplicação das verbas públicas federais repassadas à Edilidade, durante seu mandato. Isso porque, como gestor máximo do Município, cabe a ele ordenar as despesas, acompanhar a aplicação dos recursos públicos alocados à Municipalidade e fiscalizar o trabalho dos seus subordinados, que, a propósito, são por ele escolhidos, para os cargos de maior envergadura.** Destarte, o ex-Prefeito detém legitimidade passiva na ação civil pública por ato de improbidade administrativa em que se alega malversação de recursos públicos federais postos à disposição durante sua gestão. "In casu, conquanto os recursos advindos do FUNDEF fossem administrados e aplicados pela

Secretária de Educação do Município, também condenada neste processo, **não resta dúvida sobre a responsabilidade do réu/apelante, na alegada malversação de tais recursos financeiros, de modo que se legitima a sua inclusão no pólo passivo desta demanda, pois, à época dos fatos apontados neste processo, estava ele investido no cargo de Prefeito do Município de Caucaia/CE e, nesta condição, tinha o poder-dever constitucional de fiscalizar todos os atos de seus subordinados, inclusive aqueles praticados por delegação de competência.** Rejeita-se, portanto, a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam" (TRF5, 4T, AC 541943, Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães, j. em 17.09.2013). "A legitimidade passiva do ex-prefeito é patente, já que o prefeito, como ordenador de despesas, tem total responsabilidade pelas despesas realizadas durante sua gestão, decorrendo da condição de co-responsabilidade com os atos praticados por seus subordinados gestores da coisa pública" (TRF5, 3T, AC 543509, Rel. Des. Federal Marcelo Navarro, j. em 27.06.2013). Rejeição da preliminar de ilegitimidade passiva ad causam arguida pelo réu, ex-Prefeito. (...)

(grifamos; TRF 5; AC 200581000019210, Primeira Turma, Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, DJE - Data::06/03/2014 - Página:155)

124. Do mesmo modo é a posição do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: - Mandado de segurança. Tribunal de Contas da União.

2. Prestação de contas referente à aplicação de valores recebidos de entidades da administração indireta, destinados a Programa Assistencial de Servidores de Ministério, em período em que o impetrante era Presidente da Associação dos Servidores do Ministério.

3. O dever de prestar contas, no caso, não é da entidade, mas da pessoa física responsável por bens e valores públicos, seja ele agente público ou não.

4. Embora a entidade seja de direito privado, sujeita-se à fiscalização do Estado, pois recebe recursos de origem estatal, e seus dirigentes hão de prestar contas dos valores recebidos; quem gere dinheiro público ou administra bens ou interesses da comunidade deve contas ao órgão competente para a fiscalização.

5. Hipótese de competência do Tribunal de Contas da União para julgar a matéria em causa, a teor do art. 71, II, da Constituição, havendo apuração dos fatos em procedimentos de fiscalização, assegurada ao impetrante ampla defesa.

6. Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, arts. 9º, §§ 1º e 8º, 119 e 121. Pauta Especial de julgamento publicada com inclusão do processo em referência.

7. Não cabe rediscutir fatos e provas, em mandado de segurança.

8. Mandado de segurança indeferido. (grifamos; MS-21.644/DF, Min. Néri da Silveira, DJ. 8.11.96, p. 43204)

125. Portanto, a responsabilidade do responsável pela entidade não advém da desconsideração da personalidade jurídica da entidade, uma vez que **a responsabilidade, in casu, é pessoal e direta do Presidente da entidade, incumbido pela aprovação das despesas realizadas à conta do Convênio.**

126. Note-se que as irregularidades relacionadas ao pagamento indevido de diárias e despesas de locomoção, a não-devolução de saldo de convênio e a perda de recursos de aplicação financeira são irregularidades que resultaram danos ao erário (art. 16, III, "b" e "c" da Lei

8.443/92), impondo a responsabilidade primária do agente que praticou o ato irregular, com a imposição de responsabilidade solidária à entidade beneficiária.

127. Por fim, os julgados apresentados pelo recorrente não têm relação com a responsabilidade própria do Direito Financeiro que decorre da aplicação de recursos públicos, uma vez que versam sobre a responsabilidade civil na relação entre a sociedade e os administradores (Resp 1.349.233-SP), e da responsabilização de terceiros (MS 35.506/DF; STF), situações que não se aplicam ao presente caso.

128. Da ocorrência de vícios pela demora na instauração do processo de tomada de contas especial

129. Afirma o recorrente a ocorrência de vício insanável pela violação dos art. 3º e 4º da Instrução Normativa 71/2012 sobre a necessidade de instauração imediata do procedimento de TCE, maculando o processo nos termos do art. 12 da IN 71/2012.

Análise

130. Excluída a discussão sobre a ocorrência de prescrição que foi endereçada em tópico diverso, no que tange a alegação de intempestividade da tomada de contas especial, deve ser recordado que o prazo para instauração de TCE é impróprio, não impondo a lei qualquer sanção ao julgamento do TCU realizado com sua inobservância. Acerca dos prazos impróprios, ensina Nelson Nery Júnior:

... são aqueles fixados na lei apenas como parâmetro para a prática do ato, sendo que seu desatendimento não acarreta situação detrimetosa para aquele que o descumpriu, mas apenas sanções disciplinares. O ato processual praticado além do prazo impróprio é válido e eficaz.” (NERY, Rosa Maria Barreto B. Andrade; JUNIOR, Nelson Nery; Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006). (grifos acrescentados)

131. Assim, **a necessidade de instauração imediata se dirige às autoridades administrativas competentes** para adotar providências com vistas à apuração dos fatos, identificação dos responsáveis, quantificação do dano e ao imediato ressarcimento ao erário, com previsão de sanção ao tomador de contas omissos, gerando consequências apenas aos gestores responsáveis, particularmente a responsabilização solidária prevista no art. 8º da Lei 8.443/92 c/c art. 12 da Instrução Normativa:

Art. 12. O descumprimento dos prazos caracteriza grave infração à norma legal e sujeita a autoridade administrativa omissa às sanções legais.

132. Da ocorrência de caso fortuito e da impossibilidade de liquidação das contas

133. Alega o recorrente o extravio dos documentos comprobatórios das despesas realizadas pelo encerramento das atividades do Instituto, sendo que a impossibilidade de apresentação por fato alheio a sua vontade deveria resultar o arquivamento do processo de TCE.

Análise

134. De plano, é necessário advertir que o prazo de guarda de 5 anos dos documentos da prestação de contas somente se inicia com a **aprovação das contas** pelo órgão concedente, nos termos do art. 30, § 1º da IN 1/97 da Secretaria do Tesouro Nacional.

135. No caso concreto, apenas as contas parciais foram aprovadas pela Finep (peça 2, p. 286), não havendo a aprovação definitiva das contas por parte do órgão concedente. Assim, enquanto pendia o processo de análise das contas, o prazo quinquenal de guarda sequer havia se iniciado, permanecendo a obrigação de guarda dos documentos, *verbis*:

IN 1/97 STN

Art. 30. As despesas serão comprovadas mediante documentos originais fiscais ou equivalentes, devendo as faturas, recibos, notas fiscais e quaisquer outros documentos comprobatórios serem emitidos em nome do conveniente ou do executor, se for o caso, devidamente identificados com referência ao título e número do convênio.

§ 1º Os documentos referidos neste artigo serão mantidos em arquivo em boa ordem, no próprio local em que forem contabilizados, à disposição dos órgãos de controle interno e externo, pelo prazo de 5 (cinco) anos, contados da aprovação da prestação ou tomada de contas, do gestor do órgão ou entidade concedente, relativa ao exercício da concessão.

136. No que concerne à obtenção de documentos em função da extinção da entidade, além da ausência de demonstração da impossibilidade de obtenção de documentos comprobatórios, não é despiciendo recordar que eventuais obstáculos de cerceamento de defesa, quando não podem ser resolvidos pela requisição direta, devem, por meio de ação apropriada ao caso, ser levadas ao conhecimento do Poder Judiciário, não cabendo ao TCU garantir ao responsável o acesso à referida documentação. É nesse sentido a jurisprudência desta Corte, como se observa nos Acórdãos 21/2002-TCU-1ª Câmara (Min. Marcos Benquerer), 115/2007-TCU-2ª Câmara (Min. Benjamin Zymler) e 1.322/2007-TCU-Plenário (Min. Aroldo Cedraz).

137. Da ausência de culpabilidade e da conclusão do objeto atestada pela FINEP

138. Alega a ausência do dolo ou culpa quando as despesas glosadas ou quanto à impossibilidade de apresentação de novos documentos, indicando Jurisprudência das Cortes Pátrias e do TCU sobre a necessidade de demonstração do elemento subjetivo próprio, pleiteando a incidência do art. 13 do Decreto 9.830/2019 (Regulamentação da LINDB), uma vez que a condenação estaria fundamentada em presunção de dano ao Erário, dada a execução do objeto do Convênio atestada pela FINEP.

Análise

139. A regra geral da responsabilização no âmbito das Cortes de Contas é a adoção da teoria subjetiva da responsabilidade, com a necessidade de evidenciação do dolo ou culpa na conduta ou na omissão do responsável, conforme se extrai da jurisprudência da Corte:

No âmbito dos processos do TCU, a responsabilidade dos administradores de recursos públicos, com base no art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, é de natureza subjetiva, seguindo a regra geral da responsabilidade civil. Portanto, são exigidos, simultaneamente, três pressupostos para a responsabilização do gestor: i) ato ilícito na gestão dos recursos públicos; ii) conduta dolosa ou culposa; iii) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente. Deve ser verificada, ainda, a ocorrência de eventual excludente de culpabilidade, tal como inexigibilidade de conduta diversa ou ausência de potencial conhecimento da ilicitude. (Acórdão 2781/2016-TCU-Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler)

A responsabilidade dos gestores perante o TCU, por ser de natureza subjetiva, pode se originar de conduta comissiva ou omissiva, dolosa ou culposa, cujo resultado seja a violação dos deveres impostos pelo regime de direito público aplicável àqueles que administram recursos da União. (Acórdão 1316/2016-TCU-Plenário. Rel. Min. Ana Arraes)

140. Assim, a responsabilidade dos jurisdicionados perante o TCU é de natureza subjetiva, caracterizada mediante a presença de culpa em sentido estrito (*stricto sensu*), sendo desnecessária a caracterização de conduta dolosa (elemento subjetivo específico) ou má-fé do gestor para que ele seja sujeito à responsabilização, também não sendo necessária a comprovação de práticas de acerto ou conluio por parte do gestor (e.g. Acórdão 635/2017-TCU-Plenário. Rel. Min. Aroldo Cedraz).

141. Quando à incidência da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), deve ser apontada a vasta Jurisprudência da Corte no sentido de que a vigência daquela norma não provocou uma modificação nos requisitos necessários para a responsabilidade financeira por débito, uma vez que o dever de indenizar os prejuízos ao erário permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, como é de praxe no âmbito da responsabilidade aquiliana.

142. Como regra, a legislação civil não faz nenhuma distinção entre os graus de culpa para fins de reparação do dano. Tenha o agente atuado com culpa grave, leve ou levíssima, existirá a obrigação de indenizar. A única exceção se dá quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Nesta hipótese, o juiz poderá reduzir, equitativamente, a indenização, nos termos do art. 944, parágrafo único, do Código Civil, não sendo o caso em debate.

143. Também não é a situação de condenação por presunção de dano ao Erário, pois, em matéria de Direito Financeiro, segundo determinam a Constituição Federal e legislação correlata, **ao gestor incumbe provar a boa e regular aplicação do dinheiro público (inversão do ônus da prova)**, nos termos do art. 70, parágrafo único da Constituição Federal de 1988, art. 93 do Decreto-lei n. 200/67 e do art. 66 do Decreto n. 93.872/86, entendimento reconhecido nos julgados das Suprema Corte, *verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. CONTAS JULGADAS IRREGULARES. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO 53 DO DECRETO-LEI 199/67. A MULTA PREVISTA NO ARTIGO 53 DO DECRETO-LEI 199/67 NÃO TEM NATUREZA DE SANÇÃO DISCIPLINAR. IMPROCEDÊNCIA DAS ALEGAÇÕES RELATIVAS A CERCEAMENTO DE DEFESA. **EM DIREITO FINANCEIRO, CABE AO ORDENADOR DE DESPESAS PROVAR QUE NÃO É RESPONSÁVEL PELAS INFRAÇÕES, QUE LHE SÃO IMPUTADAS, DAS LEIS E REGULAMENTOS NA APLICAÇÃO DO DINHEIRO PÚBLICO.** COINCIDÊNCIA, AO CONTRÁRIO DO QUE FOI ALEGADO, ENTRE A ACUSAÇÃO E A CONDENAÇÃO, NO TOCANTE À IRREGULARIDADE DA LICITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO. (STF; MS 20335, Relator Ministro Moreira Alves, DJ de 25.02.1983)

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. EX-DIRETOR DA ASSOCIAÇÃO DOS SERVIDORES DO MINISTÉRIO DAS MINAS E ENERGIA (ASMME). CONDENAÇÃO, PELO TCU, AO PAGAMENTO DE VALOR REPASSADO À ENTIDADE, RELATIVO A CONVÊNIO, POR FALTA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. PRETENSÃO NULIDADE FORMAL. RECURSOS CUJA UTILIZAÇÃO ESTARIA DISPENSADA DE COMPROVAÇÃO PERANTE A CORTE DE CONTAS. Alegações improcedentes. Julgamento que, contrariamente ao afirmado, foi precedido de tempestiva inclusão em pauta especial e realizado com observância do princípio da ampla defesa. **Verba utilizada durante a vigência da norma do art. 66 do DL 200/67, que sujeita todos quantos recebam recursos da União ou das entidades a ela vinculadas, direta ou indiretamente, inclusive mediante acordo, ajuste ou convênio, ao dever de comprovar o seu bom e regular**

emprego. Obrigação de que não se exoneram os administradores dos referidos recursos, pelo simples fato de haverem deixado os respectivos cargos. Ausência de direito líquido e certo. Mandado de segurança denegado. (STF; MS 21682, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 11/03/1994, DJ 06-05-1994 PP-10469 EMENT VOL-01743-02 PP-00336)

144. Da necessidade de observância da proporcionalidade na análise das contas

145. Assevera que a execução da integralidade do objeto e o cumprimento do plano de trabalho deveriam laborar em favor do gestor, devendo as irregularidades serem consideradas de natureza formal, afastando a possibilidade de sanções excessivas nos termos do art. 2º, VI da Lei 9.784/99 c/c art. 22 e 23 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Análise

146. Ainda que houvesse sido demonstrada a execução da integralidade do objeto pactuado, com a entrega do objeto pactuado conforme previsto no Projeto (peça 2, p. 143), o pagamento de diárias em desconformidade, o pagamento feito à terceiros não-relacionados ao projeto, a falta de devolução de saldo final e os prejuízos pela falta de aplicação financeira dos recursos são violações do Plano de Trabalho que impõe o reconhecimento de prejuízo ao Erário, evidenciando despesas realizadas em desacordo com o convênio firmado com a União.

147. Assim, não se podem considerar as irregularidades como de natureza formal, uma vez que importam desembolsos em absoluta desconformidade com o objeto pactuado, denotando um prejuízo pela diferença entre os valores pagos, uma vez que ao conveniente não é dada a faculdade de realizar despesas fora dos parâmetros estritos do Plano de Trabalho, sendo absolutamente vedada a modificação do Projeto sem a aquiescência do órgão concedente.

148. Note-se, portanto, que o dever de devolução de recursos aplicados fora do objeto conveniado não se mostra uma sanção excessiva, se tratando apenas da obrigação de recomposição do dano segundo os ditames próprios do Direito Administrativo, não havendo imposição de penalidades adicionais pelo reconhecimento da prescrição no *decisum* originário.

CONCLUSÕES

149. No que tange ao tema da prescrição, em decorrência do sentido e alcance do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, definidos pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário 636.886, é prescritível a pretensão reparatória exercida pelo tribunal de contas. Os fundamentos da decisão e a ausência de ressalvas na enunciação da tese permitem concluir que a ação de ressarcimento pode se desenvolver a qualquer tempo, na hipótese de condutas dolosas, apenas no âmbito judicial, sujeitando-se à prescrição na esfera administrativa.

150. Até que sobrevenha norma específica para disciplinar a prescrição relativa à atuação do tribunal de contas, entende-se aplicável o regime previsto na Lei 9.873/1999, sendo que referida lei contempla parâmetros que preponderam no conjunto de normas de direito público e que são compatíveis com o rito do processo de controle externo, e já é utilizada pelo STF para estabelecer limitação temporal ao exercício da pretensão punitiva pelo TCU. Com a incidência dos parâmetros da Lei 9.873/1999 à situação em exame, verifica-se a ocorrência da prescrição para a obrigação de reparação dos danos causados.



151. O dever de prestar contas não é da entidade, mas sim da pessoa física responsável por bens e valores públicos, pessoalmente responsável pela correta gestão dos recursos públicos confiados, não sendo necessária a incidência da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica ou eventuais considerações sobre a responsabilidade solidária de agentes públicos.

152. O prazo para instauração imediata de processo de tomada de contas especial previsto na Instrução Normativa 71/2012 do TCU deve ser considerado impróprio, não obstante o julgamento de processo de tomada de contas especial, mas apenas possibilitando eventual responsabilidade ao tomador de contas omissos.

153. O prazo de guarda de cinco anos dos documentos da prestação de contas somente se inicia com a **aprovação das contas** pelo órgão concedente, nos termos do art. 30, § 1º da IN 1/97 da Secretaria do Tesouro Nacional. Na situação em que não houve qualquer aprovação das contas, não é possível a invocação daquele prazo legal.

154. Cumpre ao recorrente demonstrar a impossibilidade de obtenção de documentos pela mera extinção da entidade, devendo evidenciar a realização de diligências diretas ou de ação judicial para obtenção da documentação apropriada para demonstração da boa e regular gestão dos recursos públicos federais.

155. Não é necessária a comprovação de um dolo específico nas ações que resultaram dano ao erário, sendo suficiente a caracterização da conduta dolosa e da culpa em sentido estrito, não havendo modificação da obrigação de ressarcimento de danos causados pelas normas advindas da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Deste modo, submete-se à consideração superior a presente análise do presente recurso de reconsideração interposto por Moris Arditti, contra o Acórdão 7.620/2021-TCU-1ª Câmara, para propor, com base nos artigos 32 e 33 da Lei 8.443/92, combinados com o art. 285 do RI/TCU, conhecer e dar provimento ao recurso, afastando o julgamento de irregularidade das contas e o débito fixado no item 9.3 do *decisum*, com o arquivamento das contas pela ausência das condições de desenvolvimento regular do processo (prescrição), dando ciência ao recorrente e à Procuradoria da República no Estado do Amazonas da decisão que vier a ser adotada.

TCU/Secretaria de Recursos/4ª Diretoria em 16 de janeiro de 2022

(assinado eletronicamente)
Weverton Ribeiro Severo
Auditor Federal de Controle Externo
Matrícula 5062-8