

Processo 038.468/2018-2
Tomada de Contas Especial

Parecer

Versam os autos acerca de Tomada de Contas Especial (TCE) instaurada pelo então Ministério da Cultura, em desfavor da Amazon Books & Arts Eireli (CNPJ: 04.361.294/0001-38), na condição de pessoa jurídica beneficiária de incentivos à cultura da Lei Rouanet, e de suas sócias à época dos fatos, Sra. Assumpta Patte Guertas (CPF: 149.097.798-84) e Sra. Tânia Regina Guertas (CPF: 075.520.708-46), em caráter solidário, em razão da não consecução dos objetivos pactuados no âmbito do projeto “Arte e Metafísica – 90 anos de Tomie Ohtake” (Pronac 03-1562), celebrado com base no art. 3º, inciso II, alínea “b”, da Lei 8.313/1991.

2. Para executar o projeto, foram previstos R\$ 365.151,60, sendo captado o montante de R\$ 350.651,60, conforme tabela:

Tabela 1 – Recursos públicos captados pela proponente

Recibo	Mecanismo de captação	Data de recebimento	Valor (R\$)
01	Mecenato	28/10/2003	90.000,00
02	Mecenato	29/12/2003	208.521,28
03	Mecenato	15/3/2004	26.065,16
04	Mecenato	29/4/2004	26.065,16
Total (R\$)			350.651,60

Fonte: recibos de captação (peça 12, p. 64-67) e documentos bancários (peça 12, p. 75-77).

3. Após a remessa dos autos ao Tribunal de Contas da União, os responsáveis foram regularmente citados em função da não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos públicos captados e destinados ao projeto “Arte e Metafísica - 90 anos de Tomie Ohtake” (Pronac 03-1562) (peças 34-38 e 41).

4. A empresa Amazon Books & Arts Eireli não compareceu aos autos e as Sras. Assumpta Patte Guertas e Tânia Regina Guertas apresentaram, conjuntamente, alegações de defesa (peças 49-52), onde consta, dentre outros, os seguintes pedidos e argumentos:

- a) Reconhecimento da ilegitimidade passiva da Sra. Assumpta Patte Guertas, solicitando a sua exclusão do feito, sob o argumento de que ela era apenas uma mera sócia minoritária, sem qualquer ingerência na administração da Amazon Books & Arts Eireli;
- b) Dispensa da instauração da TCE, tendo em vista o transcurso de mais de dez anos para a notificação, pela autoridade administrativa competente, da reprovação das contas relativas ao projeto, dado que a entrega da prestação de contas ocorreu em 2/3/2005 e as notificações foram realizadas em 28/7/2017;
- c) Ocorrência da prescrição da pretensão punitiva ante o decurso de prazo de mais dez anos entre a captação dos recursos e a citação na presente TCE, fato que impede a aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992;

5. Após a análise das alegações de defesa das responsáveis, a Secretaria de Controle Externo de Tomada de Contas Especial (Secex-TCE) propôs, em pareceres uniformes, no essencial:

i) considerar revel a Amazon Books & Arts Eireli; ii) rejeitar parcialmente as alegações de defesa apresentadas pela Sra. Assumpta Patte Guertas para, no mérito, excluí-la do rol de responsáveis da tomada de contas especial; iii) rejeitar parcialmente as alegações de defesa apresentadas pela Sra. Tânia Regina Guertas; iv) julgar irregulares as contas da Sra. Tânia Regina Guertas e da empresa Amazon Books & Arts Eireli, condenando-as, solidariamente, ao pagamento do débito apurado nos autos, sem aplicação de multa, tendo em vista a ocorrência de prescrição da pretensão punitiva (peças 77-79).

6. No que concerne à revelia da empresa Amazon Books & Arts Eirel, anuímos às conclusões da unidade instrutora, tendo em vista que, mesmo regularmente citada, ela permaneceu silente (peças 34 e 37). Da mesma forma, concordamos com os argumentos e conclusões da Secex-TCE no que se refere à exclusão da Sra. Assumpta Patte Guertas, uma vez que inexistiu a comprovação de sua participação, ainda que indiretamente, nas irregularidades constatadas.

7. Todavia, este representante do Ministério Público tem por oportuno tecer considerações acerca do instituto da prescrição, mormente em razão do recente julgado do Supremo Tribunal Federal (STF) em sede do RE 636.886.

8. Considerando a análise da unidade instrutiva nos parágrafos 23.57 a 23.59 da instrução à peça 53 no que diz respeito à prescrição da pretensão punitiva e as recentes discussões a respeito da prescrição da pretensão reparadora travada no STF, RE 636.886, este membro do *Parquet* de Contas da União considera necessário promover o exame da eventual incidência da prescrição da pretensão de ressarcimento ao erário.

9. 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 demais¹, 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**.

10. 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 definida².

11. A conclusão externada 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.

12. 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.

13. 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

¹ Os Ministros Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes acompanharam o Relator com ressalvas.

² “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).

vista dos parâmetros legislativos existentes, o arcabouço normativo aplicável, de forma a orientar os trabalhos no âmbito do Tribunal e nortear seus jurisdicionados.

14. Isso já foi feito no que tange especificamente à pretensão sancionatória, no Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, 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.

15. Mesmo que reparação e penalidade tenham naturezas distintas, este membro do Ministério Público **entende pela aplicação do mesmo regime e prazo decenal também 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.

16. 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 – derogatória da norma geral, pelo critério da especialidade.

17. 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)

18. 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)

19. 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.

20. 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.

21. 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.

22. 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)

23. 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.

24. 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).

25. 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)

26. 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)

27. 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 ao instituto da *praescriptio* 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 no plano jurídico e, portanto, são impassíveis de ciência imediata pelos órgãos de controle externo da gestão pública.

28. 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 a gênese do interstício prescricional remanesça suspensa por prazo demasiadamente prolongado, o que poderia, fatalmente, culminar em indesejável prejuízo ao devido processo legal. Para situações tais, caberia ao Tribunal avaliar, como já o faz atual e rotineiramente, se o desproporcional prazo defluído 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 espírito da norma disciplinada no inciso II do art. 6º da Instrução Normativa (IN) TCU 71/2012³.

29. 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.

30. À vista dos parâmetros acima apontados e conforme analisado pela unidade instrutiva nos parágrafos 23.57 a 23.59 da instrução à peça 53, no que diz respeito à prescrição da pretensão punitiva, verifica-se, também, a ocorrência da prescrição da pretensão do ressarcimento ao erário, razão por que não poderia ser imputado aos responsáveis o débito apurado nestes autos.

31. Denotada a 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

³ IN TCU 71/2012:

“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;”

prescritibilidade 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.

32. 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 apreciação dos embargos de declaração opostos pela AGU contra o julgamento proferido pelo STF no RE 636.886 – no qual houve, inclusive, pedido de modulação de efeitos –, aguarde a definição da Corte Suprema sobre a questão da pretensão de ressarcimento ao erário

33. Mesmo sem a garantia de que a futura decisão nos aclaratórios abranja a prescrição na fase de conhecimento (no processo de controle externo, *in casu*), por extrapolar os limites do caso concreto objeto do RE 636.886⁴ (atinentes à fase de execução de título executivo extrajudicial oriundo de decisão de Tribunal de Contas), nossa sugestão é a de que o julgamento desta TCE seja **sobrestado** até que o STF aprecie os mencionados embargos de declaração. Evita-se, assim, que decisões do Tribunal venham a ser impugnadas perante o Poder Judiciário posteriormente, movimentando desnecessariamente a máquina pública.

34. 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.

Ministério Público, em 10 de Setembro de 2020.

Rodrigo Medeiros de Lima
Procurador

⁴ 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)