



Acórdão 01449/2022-1 - Plenário

Processo: 04241/2020-3

Classificação: Tomada de Contas Especial Instaurada

UG: SEAG - Secretaria de Estado da Agricultura, Abastecimento, Aquicultura e Pesca

Relator: Márcia Jaccoud Freitas

Interessado: PAULO ROBERTO FOLETTO

Responsável: OCTACIANO GOMES DE SOUZA NETO, ZACARIAS CARRARETTO, ROBERTO CARLOS MAGALHAES LEITE, JOSE ARTHUR BERMUDEZ DA SILVEIRA, MARCIO ARAUJO PASSOS, UNICA CONSULTORES DE ENGENHARIA LIMITADA, SONDOTECNICA ENGENHARIA DE SOLOS S A, CONSORCIO GERENCIADOR SONDOTECNICA - UNICA

Procuradores: GIULIANO VALLADARES NADER RANGEL (OAB: 26115-ES), JOAO ROBERTO DE SA DAL COL (OAB: 17796-ES), CAIO DE SA DAL COL (OAB: 21936-ES), RUBENS LARANJA MUSIELLO (OAB: 21939-ES), ZACARIAS CARRARETTO FILHO (OAB: 11878-ES), RODOLPHO PANDOLFI DAMICO (OAB: 16789-ES, OAB: 197846-MG, OAB: 57649A-SC, OAB: 230634-RJ, OAB: 69570-BA, OAB: 463528-SP, OAB: 70998-DF), RAPHAEL SOUZA DE ALMEIDA (OAB: 16620-ES), RENATA APARECIDA LUCAS (OAB: 7642-ES), GIUSEPPE GIAMUNDO NETO (OAB: 234412-SP, OAB: 181640-RJ, OAB: 6092-RO, OAB: A1132-AM), FERNANDA LEONI (OAB: 330251-SP), PAULO BALDI NETO (CPF: 051.087.118-67), GIAMUNDO NETO SOCIEDADE DE ADVOGADOS (CNPJ: 22.711.001/0001-87)

CONTROLE EXTERNO – FISCALIZAÇÃO – TOMADA DE CONTAS ESPECIAL – SEAG - SECRETARIA DE ESTADO DA AGRICULTURA, ABASTECIMENTO, AQUICULTURA E PESCA – EXERCÍCIO 2020 - DANO AO ERÁRIO – RESSARCIMENTO – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA E RESSARCITÓRIA EM RELAÇÃO À PARTE DOS JURISDICIONADOS – STF TEMA 899 – AFASTAR AS DEMAIS IRREGULARIDADES – CIÊNCIA – ARQUIVAMENTO.

VOTO DO RELATOR

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO:

I. RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Tomadas de Contas Especial Instaurada, protocolizada neste Tribunal de Contas em 18/8/2020, pelo Secretário de estado da Agricultura, Abastecimento, Aquicultura e Pesca - SEAG, Sr. Paulo Roberto Foletto, por meio do Ofício OF/SEAG/GS/Nº 606/2020, para apurar possíveis irregularidades no pagamento de serviços decorrentes do Contrato SEAG nº 021/2014 firmado pela SEAG e o Consórcio Gerenciador Sondotécnica Única, cujo objeto é a contratação de Gerenciamento e Supervisão, com o objetivo de dar apoio à Gerencia de Infraestrutura, Obras e Serviços Rurais GIEOSR, em todas as suas atividades técnicas, com destaque para os serviços de gerenciamento das obras de pavimentação e conversação de vias integrantes do Programas Caminhos do Campo da Secretaria de Estado da Agricultura, Abastecimento, Aquicultura e Pesca.

Registra-se que após o recebimento inicial do presente processo por este Tribunal, seguindo o rito administrativo, posteriormente, por meio da Decisão Monocrática 806/2020-5 (peça 007) foi deferido o prazo de 90 dias para a entrega da documentação

Durante o transcurso do prazo determinado, foi protocolado a Resposta de Comunicação 167/2021-1, acompanhado da Defesa/Justificativa 262/2021-1 e demais peças complementares que fazem parte deste processo.

Seguindo o rito processual, após análise da documentação encaminhada foi elaborada a Manifestação Técnica 1092/2021-8 acompanhada da 2081 - Instrução Técnica Inicial 189/2021-7 na qual se indicou a citação dos responsáveis e serviu de subsídio para a Decisão SEGEX 274/2021-3.

As citações foram, no geral, respondidas de forma tempestiva e a documentação com as defesas/justificativas foram encaminhadas para esse Tribunal.

Posteriormente, ao analisar os autos, o Relator no uso de suas atribuições, por meio do Despacho 37523/2021-4 declarou a Revelia dos Senhores Zacarias Carrareto e Marcio Araújo Passos, dando-se prosseguimento ao feito nos termos regimentais

Em seguida, foi elaborada a **Instrução Técnica Conclusiva ITC 298/2022** (peça 2134), que sugeriu ao final:

5 PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Diante do exposto nesta Instrução Técnica Conclusiva, indica-se o encaminhamento deste documento para o Gabinete do Conselheiro Relator Sérgio Aboudib Ferreira Pinto para as demais providências, dentre as quais, sugere-se:

5.1 Reconhecer a prescrição da pretensão punitiva desta Corte de Contas, dos atos praticados previstos no item 3 desta Instrução Técnica Conclusiva, em face dos pontos abaixo, com base no art. 373 do RITCEES c/c art. 71 da Lei Complementar nº 621/2012, no que se referente a pena de multa e irregularidades formais cometidas pelos responsáveis: Marcio Araújo Passos, José Arthur Bermudes da Silveira e Octaciano Gomes de Souza Neto.

5.2 Rejeitar as preliminares arguidas pelas defesas, contidas nos itens 2.1 a 2.6, com a exceção do item 2.5, que foi acolhida parcialmente, já tratada no item anterior.

5.3 Levando em consideração as análises aqui procedidas e as motivações adotadas nestes autos, sugere-se a manutenção das seguintes irregularidades que levam ao ressarcimento:

5.3.1 Recebimento irregular de pagamentos de relatórios, em desacordo com o contrato, e reajustamento com índices equivocados, ocasionando dano ao erário. Fundamentação Legal: Artigo 62 e 63 da Lei 4.320/64. Artigo 2º, § 1º, 2º e 3º da Lei 10.192/2001. Artigo 66 da Lei 8666/1993. Cláusula primeira, item 1.1, Cláusula décima item 10.1 e alíneas “K” e “L” do Contrato SEAG Nº 021/2014. Desta forma, entende-se, que a irregularidade deve ser mantida. Responsáveis: Consórcio Gerenciador Sondotécnica-Única, Única Engenharia Urbana Ltda e Sondotécnica Engenharia de Solos S/A. Ressarcimento: R\$ 58.180,18 (cinquenta e oito mil cento e oitenta reais e dezoito centavos), equivalentes a 20.996,16 VRTEs.

5.3.2 Liquidação irregular de medições com pagamento de relatórios em desacordo com o contrato e reajustamento com índices equivocados, ocasionando dano ao erário. Fundamentação Legal: Artigo 62 e 63 da Lei 4.320/64. Artigo 2º, § 1º, 2º e 3º da Lei 10.192/2001. Artigo 66, 67 e 76 da Lei 8666/1993. Cláusula Primeira, item 1.1, Cláusula décima, item 10.2 e alínea “b” do Contrato SEAG Nº 021/2014. Desta forma, entende-se, que a irregularidade deve ser parcialmente mantida. Ressarcimento: R\$4.781.452,66 equivalente a 1.711.718,85 VRTE

5.4 Determinar a criação de grupo de trabalho, ou equivalente, na SEAG para que faça um estudo e implemente, com prazo de 12 meses, documento que crie ou revise padrões para evitar a ocorrência de irregularidades similares.

O Ministério Público de Contas se manifestou por meio do Parecer de fls. 811/2022 (peça 2138), da lavra do Procurador de Contas Luiz Henrique da Silva, que acompanhou a área técnica.

Na 30ª Sessão Ordinária do Plenário realizada em 29/06/2022, o responsável apresentou defesa oral e posteriormente juntou-se as notas Taquigráficas (peça 2149), encaminhando-se os autos à área técnica para análise.

Na Manifestação Técnica de Defesa Oral 0047/2022 (peça 2152), a área técnica concluiu:

3. CONCLUSÃO/PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Considerando os fundamentos expostos nesta Manifestação Técnica, sugere-se:

3.1 Reconhecer parcialmente a prescrição da pretensão punitiva desta Corte de Contas, nos termos do item 02, com base no art. 373 do RITCEES c/c art. 71 da Lei Complementar nº 621/2012;

3.2 Não entendendo dessa forma, considerando que os elementos suscitados na sustentação oral não alteram as conclusões havidas pela área técnica, sugere-se o **prosseguimento com julgamento do feito**, na forma dos arts. 327 a 329 da Resolução TC 261/2013.

O Ministério Público de Contas manifestou-se através do Parecer 44123/2022 (peça 2155), da lavra do procurador Luiz Henrique da Silva de acordo com a proposição 3.2 contida na Manifestação Técnica de Defesa Oral 0047/2022.

É o relatório.

II. FUNDAMENTAÇÃO

II.1 ANÁLISE DAS PRELIMINARES DE MÉRITO

II.1.1 PRESCRIÇÃO

Em síntese, trata-se de Tomadas de Contas Especial Instaurada, protocolizada neste Tribunal de Contas em 18/8/2020, pelo Secretário de estado da Agricultura, Abastecimento, Aquicultura e Pesca - SEAG, Sr. Paulo Roberto Foletto, por meio do Ofício OF/SEAG/GS/Nº 606/2020.

Acerca da prescrição da pretensão punitiva, a **Instrução Técnica conclusiva ITC 298/2022**, constatou que se **tratam de serviços executados de forma continuada** e que a **continuidade dos serviços se encerra individualmente** na medida em que o responsável saia da função de ordenador de despesas que o ato finde.

Diz a área técnica que às 109 e seguintes encontraram-se as medições dos serviços e a respectiva responsabilidade de cada agente. Sendo assim, possível de se verificar a prescrição de forma individualizada:

Responsável	medição	período	citação	Prescrição (5 anos)
Consórcio Gerenciador Sondotécnica Única –		Ao longo de todo o contrato.	Julho 2021	Não há prescrição
Marcio Araújo Passos	1ª a 11ª medição	Março de 2014 a março de 2015	Julho 2021	Março de 2020
José Arthur Bermudes da Silveira	12ª a 21ª medição	Abril 2015 a janeiro de 2016	Julho 2021	Janeiro de 2021
Roberto Carlos Magalhães Leite	22ª a 47ª medição	Fevereiro 2016 a março de 2018	Julho 2021	Não há prescrição.
Octaciano Gomes de Souza Neto	11ª a 24ª medição	Março de 2015 a abril de 2016	Julho 2021	Abril 2021
Zacarias Carraretto	24ª a 47ª medição	Abril 2016 a março de 2018	Julho 2021	Não há prescrição.

No caso vertente, extrai-se que o prazo prescricional (norma material, com efeito retroativo, portanto) **iniciou-se com o fim da ocorrência dos fatos continuados, conforme tabela acima, com interrupção no momento da citação válida dos responsáveis - ocorridas em julho de 2021.**

Assim, tendo como referência o prazo quinquenal de prescrição, tem-se que os atos praticados anteriores a setembro de 2016 estão sujeitos à incidência do referido instituto. Contudo, as medições a partir de setembro daquele ano (2016) **não** registram a incidência da prescrição.

Verifica-se assim que, nos presentes autos, ocorreu a consumação da prescrição da pretensão punitiva somente em relação aos seguintes responsáveis: **Octaciano Gomes de Souza Neto, José Arthur Bermudes da Silveira e Marcio Araújo Passos**. Não ocorrendo quanto aos demais responsáveis.

Quanto prescrição da pretensão ressarcitória este Tribunal já se manifestou em diversos processos sobre o tema, encampando o entendimento firmado no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 636886 (Tema 899), por meio do qual o Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral, por unanimidade, decidiu pela prescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário baseada em decisão de Tribunal de Contas, tendo o *decisum* transitado em julgado em 05/10/2021.

A tese formulada foi a seguinte:

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

Pioneiro a aplicar a tese lançada pelo Supremo Tribunal Federal, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, através do Plenário assim decidiu:

RECURSO ORDINÁRIO. PREJUDICIAL DE MÉRITO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO RESSARCITÓRIA. TEMA 899 DO STF. RECONHECIMENTO. ARQUIVAMENTO. 1. Nos termos da tese fixada para o Tema nº 899 pelo Supremo Tribunal Federal, é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário exercida pelo Tribunal de Contas, aplicando-se, enquanto não houver previsão específica em lei, os mesmos prazos estabelecidos para a prescrição da pretensão punitiva. 2. Transcorrido o prazo de 5 (cinco) anos entre a primeira causa interruptiva e a primeira decisão de mérito proferida no processo, impõe-se o reconhecimento da prescrição da pretensão ressarcitória desta Corte, nos termos do art. 110-E c/c art. 110-F, I, e art. 110-C, II, da Lei Orgânica.

Corroborando o entendimento citado este Tribunal já se manifestou através de diversos julgados pela prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário, os quais cito como exemplo TC 2544/2010; 6037/2012; 1939/2014; 2343/2009;

Assim, dado o entendimento do Supremo Tribunal Federal, toda a nossa legislação interna carece de ser interpretada tendo como base a Constituição Federal, e como

pano de fundo o *decisum* do STF, o que leva à clara conclusão pela ilegitimidade de qualquer dispositivo legal ou regimental que pugne pela imprescritibilidade (em qualquer caso) no âmbito de uma Corte de Contas, considerando que a imprescritibilidade é reservada pela Constituição Federal de 1988 para situações de extrema gravidade, como por exemplo em caso de racismo (art. 5º, XLII), e em caso de ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º XLIV).

Diante do exposto entendo que está presente o instituto a prescrição, tanto punitiva quanto ressarcitória, em relação aos seguintes responsáveis: Octaciano Gomes de Souza Neto, José Arthur Bermudes da Silveira e Marcio Araújo Passos. Não ocorrendo quanto aos demais responsáveis.

II.1.2 NECESSIDADE DE IMEDIATA SUSPENSÃO DA PRESENTE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL

Em análise da documentação encaminhada, na defesa do Sr. Roberto Carlos Magalhães Leite, em que se destaca no documento 2110 - Peça Complementar 36057/2021-8, o citado agravo de Instrumento que enseja ao citado pedido de “suspensão imediata” da presente tomada de contas especial.

A área técnica esclarece que o citado agravo teve por objetivo evitar aplicação de penalidade a empresa Sondotecnica que teria ocorrido sem a oportunidade de defesa. Ocorre que a suspensão trata dos efeitos advindos dessas penalidades que não atingem ao Tribunal de Contas, pois não são estes objetos de análises nesta peça.

Nesse sentido, não poderia estender os efeitos sobre o simples envio de informações a este Tribunal. Não aplicando o Tribunal de Contas nenhuma penalidade ou validando penalidade aplicada

Dito isto, fica claro que a paralização deste processo esperando eventual desfecho do já citado processo, ajuizado pela empresa Sondotecnica, seria além de incorreto, poderia ser de grave prejuízo ao erário.

Desta forma, a preliminar deve **ser rejeitada**.

II.1.3 NECESSIDADE DE BAIXA DA INSCRIÇÃO NO CADIN/ES

Em análise da argumentação apresentada pelo SR. Roberto Carlos Magalhães Leite, verifica-se que o caso se assemelha a questão anterior, em que uma penalidade aplicada pelo jurisdicionado na fase interna é tema de questionamentos na fase externa.

Como bem pontuado pela área técnica, não cabe a este Tribunal, atuar como órgão revisor ou de segunda instância de eventuais decisões equivocadas emanadas de outros órgãos.

Desta forma, a preliminar deve **ser rejeitada**.

II.1.4 ILEGITIMIDADE PASSIVA – ATRIBUIÇÕES DO FISCAL DO CONTRATO DEFINIDAS PELA PORTARIA SEGER/PGE/SECONT Nº 049- R/2010 DE 24 DE AGOSTO DE 2010

Em análise da argumentação na defesa do Sr. Roberto Carlos Magalhães Leite, verifica-se que os próprios defendentes confessam a participação no contrato, ainda que como fiscais e não como gestores. Contudo, não significa que o defendente, por ter figurado na fiscalização do contrato, não tenha responsabilidade.

A análise de condutas e suas eventuais responsabilidades devem ser realizadas no mérito e eventual afastamento, de sua responsabilidade, não se confunde com a ilegitimidade passiva.

Ao reconhecer que não tinha conhecimentos técnicos para constatar a adequada prestação dos serviços, demonstra que agiu de forma imprudente, pois, mesmo assim, atestou que os serviços foram prestados de acordo com o declarado nos boletins de medição. Ao assim agir, o recorrente assumiu o risco de dar causa a pagamentos indevidos às contratadas. É o que diz a jurisprudência do TCU no Acórdão nº 695/2003 - 1ª Câmara mantido em grau de recurso – Acórdão nº 1.033/2004- 1ª Câmara.

A respeito da fiscalização do contrato, Marçal Justen Filho leciona que:

O regime de Direito Administrativo atribui à Administração o poder-dever de fiscalizar a execução do contrato (art. 58, III). Compete à Administração designar um agente seu para acompanhar diretamente a atividade de outro contratante. O dispositivo deve ser interpretado no sentido de que a fiscalização pela Administração não é mera faculdade assegurada a ela. Trata-se de um dever, a ser exercitado para melhor realizar os interesses fundamentais. Parte-se do pressuposto, inclusive, de que a fiscalização induz o contratado a executar de modo mais perfeito os deveres a ele impostos.

Diante o exposto, a preliminar deve **ser rejeitada**.

II.1.5 NULIDADE DO RELATÓRIO FINAL DA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL – NÃO APURADA A CONDUTA DO GESTOR DO CONTRATO – SERVIDOR PÚBLICO COM FUNÇÃO ATIVA NA SEAG - GERENTE QCE-03

Alega o defendente que o Relatório Final produzido pela SEAG seria nulo, por não incluir a responsabilização do servidor Diego Barbosa Ribeiro. Ocorre que assim como já tratado em itens anteriores a inclusão e exclusão de servidores responsáveis decorre da sua efetiva participação. No primeiro momento, não se verificou participação ativa e frequente desse servidor na gestão do contrato, não se localizando documentos encaminhando solicitações de pagamentos ou outras que demonstrem gerência.

Aparentemente, pela argumentação de defesa juntada aos demais documentos do processo, o fiscal acabou exercendo a função também de gestão, ainda que se possa alegar uma legitimação questionável. Na prática, tal conduta era aceita ou ao

menos tolerada, pois não se localizou outros documentos que mostrassem a atuação desse servidor.

No que se refere a anulação do Relatório Final por falha ou omissão na sua responsabilização de agentes públicos, ainda que fosse comprovada, tal consequência não poderia atingir o processo instaurado nesse Tribunal. Os documentos produzidos na fase interna, que no presente caso foram feitos na SEAG, servem apenas de subsídios não se tratando o Tribunal, em casos de tomadas de contas, como esta, de segunda instância.

Diante o exposto, a preliminar deve **ser rejeitada**.

II.2 DO MÉRITO

Analisaremos o mérito quanto aos responsáveis que não foram alcançados pela prescrição.

Da análise da ITI 189/2021-7, deste processo, se observa que foram listadas as irregularidades, conforme documentação encaminhada na inicial, desta forma, serão repetidas as irregularidades constantes da citada ITI acompanhadas das respectivas defesas. Os subtópicos 3.1 e 3.2 se referem a várias irregularidades que se repetem tanto para a empresa contratada, como para os demais responsáveis que atuaram pela SEAG.

II.2.1 RECEBIMENTO IRREGULAR DE PAGAMENTOS DE RELATÓRIOS, EM DESACORDO COM O CONTRATO, E REAJUSTAMENTO COM INDICES EQUIVOCADOS, OCASIONANDO DANO AO ERÁRIO. Fundamentação Legal: Artigo 62 e 63 da lei 4.320/64. Artigo 2º, § 1º, 2º e 3º da Lei 10.192/2001. Artigo 66 da lei 8666/1993. Cláusula primeira, item 1.1, Cláusula décima, item 10.1 e alíneas “K” e “I” do Contrato SEAG N° 021/2014

A equipe técnica constatou que os índices de reajustes utilizados em parte do contrato foram empregados de maneira incorreta, conforme relatado pela área técnica na ITC 298/2022. A defesa alega diferença de interpretação e uma possível dúvida objetiva, como forma de exclusão de sua responsabilidade. Apesar de tal argumentação, segundo a área técnica, não se localizou qualquer subsídio técnico jurídico que a sustente.

Como observa o corpo técnico, os índices e formas do reajustamento do contrato são objetivos e de aplicação direta, não dando margens a interpretações. Como apontado, no Relatório Final da TCE, o valor a ser ressarcido é de R\$ 58.400,80, conforme Tabela XI, que consta de apêndice do referido relatório.

No que tange aos demais pontos abordados como irregularidades, eles serão discutidos, no próximo item, porém os seus efeitos serão considerados também no presente item. Isso será feito apenas para evitar a duplicidade de argumentos.

Deixo para analisar esta irregularidade no item seguinte, uma vez que as argumentações lá utilizadas serão as mesmas a serem realizadas neste.

II.2.2 LIQUIDAÇÃO IRREGULAR DE MEDIÇÕES COM PAGAMENTO DE RELATÓRIOS EM DESACORDO COM O CONTRATO E REAJUSTAMENTO COM ÍNDICES EQUIVOCADOS, OCASIONANDO DANO AO ERÁRIO. Fundamentação Legal: Artigo 62 e 63 da lei 4.320/64. Artigo 2º, § 1º, 2º e 3º da Lei 10.192/2001. Artigo 66, 67 e 76 da lei 8666/1993. Cláusula Primeira, item 1.1, Cláusula décima, item 10.2 e alínea “b” do Contrato SEAG N° 021/2014.

Segundo a Instrução Técnica Conclusiva 298/2022, várias irregularidades apontadas referem-se à não produção de um termo de solicitação do documento questionado.

Ao se analisar o caso concreto, percebe-se que o fato de não se ter emitido solicitação prévia para a execução de um serviço, não é o suficiente para gerar a sua nulidade, ainda que tal prática serviria para proteger a SEAG de relatórios não desejados.

Em primeiro lugar porque em nenhum trecho deste Relatório Final consta a informação de que os citados documentos técnicos produzidos eram inservíveis. Em segundo lugar porque as mesmas pessoas que deixaram de emitir tais solicitações eram as mesmas que receberam e autorizaram o seu pagamento, ou seja, poderiam ter apenas emitido a solicitação de forma posterior ou demonstram uma autorização tácita.

A área técnica entende que a ausência de emissão de solicitação de ordens de serviço contraria os termos do contrato e demonstra que a administração não detinha pleno conhecimento do contrato ou não se importou em segui-lo.

Apesar disso, entende o corpo técnico que eventuais falhas nos documentos podem ter se originado de forma inicial, desde o termo de referência, e seguido para os demais documentos por uma falta de análise, ou seja, a glosa se deu semente pela ausência de solicitação formal dos documentos, sem que houvesse irregularidades nos mesmos. Trata-se dos Relatórios de laudos Topográficos Específicos, dos Relatório de ensaios; • ROCX; • RACSX; • RRCX; • RAPX; • RTEX; • RGEX; • Relatório de Inspeção Técnica.

Já o Relatório de Avaliação de Gestão Ambiental – RGA, segundo o corpo técnico, deve ter a sua glosa mantida, pois os responsáveis por sua elaboração eram pessoas diversas das elencadas na equipe técnica que inicialmente participou da licitação, e que a formação da equipe e experiência não seriam compatíveis.

Em sede de defesa, a empresa não comprova que houve a devida participação do responsável que teve o seu nome atrelado a sua proposta técnica inicial.

Ressalta o corpo técnico que, segundo o Relatório Final, a licitação, da qual a empresa contratada se sagrou vencedora, era modalidade técnica e preço e a sua **equipe técnica foi um dos aspectos pontuados que teriam sido decisivos para a vitória**, haja vista que a referida proposta financeira não era a de menor valor. Diante disso, a área técnica entendeu por manter a glosa e consequente ressarcimento de R\$ 218.052,68.

Com a utilização de raciocínio similar ao que foi utilizado no RAM, entende-se que o Relatório de Inspeção Técnica periódica – RIP – deve ser aceito, entretanto a sua utilização possui irregularidades que precisam ser reavaliadas para outros contratos.

Dentre as diversas irregularidades apontadas no Relatório Final, observa-se como as mais relevantes justamente os referentes ao não cumprimento da equipe estipulada em contrato, conforme quantitativo de pessoas, qualificação e experiência.

A defesa da contratada indica os nomes dos profissionais que normalmente assinavam as medições sem comprovar a participação da equipe técnica, nos moldes da proposta técnica apresentada.

Deve-se esclarecer que apesar do não cumprimento da equipe técnica afetar todo o contrato, nos itens em que a equipe responsável pela TCE entendeu pelo ressarcimento total, por falta de autorização prévia, o que fez com que não fosse calculado o ressarcimento em função da glosa parcial.

Porém, na Instrução Técnica Conclusiva, a área técnica entende por manter a irregularidade de forma parcial, inclusive, realizando o cálculo que entenderam correto ser ressarcido.

Pois bem.

Analisando todo o processado verifico que a única ressalva que se impõe em toda a análise minuciosa feita pela área técnica foi a de utilizar-se de equipe diversa da elencada no processo licitatório para realizar medições.

Ocorre que a defesa indica os nomes dos profissionais que assinavam as medições e a área técnica diz que isso não comprova que foram eles que realizavam as medições. Ora, se o profissional assinava as medições, mesmo que ele não as realizasse *in locu*, com certeza as conferia e verificava de acordo com sua expertise.

Assim, não vislumbro má-fé do gestor ao proceder dessa forma e entendo pertinente realçar as inovações trazidas em abril de 2018, pela Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), regulamentada pelo Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, em que foram inseridas fortes alterações introduzidas pela Lei 13.655, de 25 de abril de 2018, dentre elas a inclusão do art. 28, a saber: Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

Como se vê, o dispositivo passou a condicionar a responsabilização do agente público à prática de ato doloso ou de ato contaminado por erro grosseiro, restringindo, com isso, as hipóteses de responsabilização de agentes públicos por atuação culposa. Muito embora o projeto de lei tenha tentado explicitar o significado da expressão “erro grosseiro”, sugerindo sua definição no §1º do art. 28, tal dispositivo foi vetado, restando ao aplicador do Direito a tarefa de interpretar este conceito que carrega o conteúdo jurídico indeterminado. É imperioso reconhecer que erro grosseiro é o contrário de erro escusável, sendo, portanto, injustificável por ofender conhecimentos ou deveres elementares e, mesmo que a lei não tenha dito, advém de uma ação culposa que pode ser decorrente de uma atitude imprudente, negligente ou imperita, e não de um mero equívoco justificável. Nesse sentido, é a lição dos professores Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas:

[...] O “erro grosseiro”, por sua vez, terá lugar quando o agente público incorrer em negligência, imprudência ou imperícia irrecusáveis no exercício de seu mister (por exemplo, quando expedir um ato administrativo de cassação de uma licença, com base numa legislação revogada). Não se trata de violar a probidade, por divergência de interpretações com o seu controlador, mas de atuar com menoscabo e com desídia para com a função pública.¹

Esta noção de erro grosseiro está intimamente ligada ao de culpa grave e, sendo assim, revela que a inovação legislativa está em plena harmonia com o entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que, ao avaliar o elemento subjetivo do ato culposo de improbidade administrativa, tratado no art. 10, da Lei 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), firmou o mesmo pensamento:

¹ O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador honesto. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/opinioao-lindb-regime-juridico-administrador-honesto> > Acesso em 25/05/2018

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.615.025 - PE (2016/0189390-1)
RELATOR: MINISTRO SÉRGIO KUKINA AGRAVANTE: HAMILTON JEFFERSON CORREIA DE ALENCAR BARROS
ADVOGADOS: LEUCIO DE LEMOS FILHO - PE005807 CHRISTIANA LEMOS TURZA FERREIRA E OUTRO(S) - PE025183 AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO EMENTA PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR PRÁTICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ARTS. 458, I E II, 459 E 515, CAPUT, § 1º, DO CPC/1973. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. SUPOSTA AFRONTA AO ART. 535, II, DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMANDO NORMATIVO. SÚMULA 284/STF. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. INVIABILIDADE, NO CASO CONCRETO. SÚMULA 7/STJ. [...] 4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a atuação do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/1992, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do art. 10. Precedente: EREsp 479.812/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 27/09/2010 (julgado em 8/2/2018)

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.286.783 - RS (2011/0241410-6)
RELATOR: MINISTRO SÉRGIO KUKINA AGRAVANTE: M.L.GOMES ADVOGADOS ASSOCIADOS E OUTROS ADVOGADO: SALO DE CARVALHO E OUTRO(S) - RS034749 AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL INTERES.: ELMA MARIA ANDRADA LOPES ADVOGADO: EDUARDO HEITOR PORTO E OUTRO(S) - RS045729 INTERES.: JOÃO ANTÔNIO BELIZÁRIO LEME E OUTROS EMENTA PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PAGAMENTO DE VANTAGEM INDEVIDA A OFICIAIS DE JUSTIÇA. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ELEMENTO SUBJETIVO. INDIVIDUALIZAÇÃO DAS SANÇÕES. PROPORCIONALIDADE DAS PENAS. EXCLUDENTE DE ILICITUDE. 1. As instâncias ordinárias foram claras em especificar a existência de todos os elementos necessários à condenação pela prática de ato de improbidade administrativa, inclusive no que diz respeito ao elemento anímico vetor da conduta perpetrada pelos agentes condenados. 2. A jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a atuação do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/1992, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10 (EREsp 479.812/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 25.8.2010, DJe 27.9.2010), circunstância que restou devidamente comprovada nos autos. (julgado em 27/2/2018)

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 409.591 - PB (2013/0342513-0) RELATORA: MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL AGRAVADO: LUIZ WALDVOGEL DE OLIVEIRA SANTOS ADVOGADOS: WALTER DE AGRA JUNIOR E OUTRO(S) - PB008682 ARTHUR MONTEIRO LINS FIALHO - PB013264 AGRAVADO: ALMIR CLÁUDIO DE FARIAS AGRAVADO: SÍLVIA KÁTIA JERÔNIMO AGRAVADO: MARIA DAS GRAÇAS TORRES DE MEDEIROS AGRAVADO: ANTÔNIO MARTINIANO DOS SANTOS ADVOGADO: JOÃO PINTO BARBOSA NETO - PB008916 AGRAVADO: VERTEX CONSTRUÇÕES E CONSULTORIA AMBIENTAL LTDA AGRAVADO: FABRÍCIO RAMALHO CAVALCANTI ADVOGADO: CLÁUDIO BASÍLIO DE LIMA E OUTRO(S) - PB009313 AGRAVADO: ARCO-ÍRIS CONSTRUTORA LTDA AGRAVADO: JOSÉ ROBERTO MARCELINO PEREIRA ADVOGADO: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS - SE000000M INTERES.: UNIÃO EMENTA ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ARTS. 9º, 10 E 11 DA LEI 8.429/92.

IRREGULARIDADES EM PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS. ACÓRDÃO QUE, EM FACE DOS ELEMENTOS DE PROVA DOS AUTOS, CONCLUIU PELA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ATO ÍMPROBO E DO ELEMENTO SUBJETIVO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NÃO CONFIGURADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. Agravo Regimental ajuizado contra decisão monocrática que, por sua vez, julgara recurso interposto contra decisum publicado na vigência do CPC/73. II. No acórdão objeto do Recurso Especial, o Tribunal de origem manteve sentença que, por sua vez, julgara improcedente o pedido, em Ação Civil Pública ajuizada pelo agravante, na qual postula, com fundamento nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, a condenação dos ora agravados pela prática de atos de improbidade administrativa, consubstanciados em irregularidades em procedimentos licitatórios, realizados pelo Município de Assunção/PB, para execução de obras custeadas com verbas oriundas de convênio firmado com o Ministério das Cidades.

III. Em se tratando de improbidade administrativa, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos evitada de culpa grave, nas do artigo 10" (STJ, AIA 30/AM, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, Documento: 61172580 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 16/11/2017 Página 1 de 2 Superior Tribunal de Justiça DJe de 28/09/2011). Em igual sentido: STJ, REsp 1.420.979/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 10/10/2014; REsp 1.273.583/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 02/09/2014; AgRg no AREsp 456.655/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 31/03/2014. (julgado em 7/11/2017)

Na mesma linha do entendimento do STJ a respeito da culpa grave, vale também registrar o que preleciona Fábio Medina Osório sobre o elemento subjetivo do ato culposo de improbidade administrativa. Vejamos:

[...] culpa grave resulta da alta violação dos deveres objetivos de cuidado. Não tratamos, com efeito, de uma falta de observância qualquer dos deveres de uma boa administração, mas de enganos grosseiros, da culpa manifesta e graduada em degraus mais elevados, à luz da racionalidade que se espera dos agentes públicos e de padrões objetivos de cuidados².

Nota-se, então, que o art. 28 da LINDB está em consonância com entendimento doutrinário e jurisprudencial pátrios. Assim, nos feitos submetidos a esta Corte, se

² Teoria da Improbidade Administrativa, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 246-247

identificada uma situação de dolo comprovado ou erro grosseiro ou, ainda, culpa grave, – requisitos exigidos pela LINDB que sinalizam a alta reprovabilidade e censurabilidade do ato praticado – autorizada estará a manutenção de sanções, uma vez que nestes casos, ausentes os elementos excludentes da culpabilidade e da ilicitude da conduta analisada, como a boa-fé expressada pela interpretação equivocada, embora plausível, dos fatos tidos por irregular. Na linha de interpretação da LINDB, passo a análise da defesa, quando da apreciação das irregularidades individualmente tratadas nos tópicos a seguir:

Nestas circunstâncias, ressalto os termos da Lei 13.665/2018, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), sancionada no dia 25 de abril passado, que alterou a antiga Lei de Introdução ao Código Civil, na qual foram introduzidos dez novos artigos, trazendo inovações importantes aos que detêm poder de decisão, com avaliação motivada com base no mundo real e não em abstrações jurídicas. Na hipótese vertente, me reporto especialmente ao artigo 22, com o qual o legislador quer evitar, com razão, que ao gestor sejam impostas ações de cumprimento inviável ou impossível. Portanto, a partir desta alteração legislativa o julgador em sua decisão deverá inteirar-se da situação do gestor e ter em conta a realidade, não bastando a alegação genérica que a ele cabe dar efetividade a políticas públicas, *in verbis*:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) Na linha de raciocínio apontada, reconheço os obstáculos e as dificuldades vivenciadas pelo gestor, em razão das exigências das políticas públicas habitualmente enfrentadas, agravada pela situação política e dos fenômenos naturais, que limitaram e/ou condicionaram a ação do agente em questão, circunstâncias atenuantes que devem ser ponderadas nesta decisão, nos termos do art. 22 da citada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Neste sentido, todos esses fatores me levam a decidir, neste caso concreto, que a não limitação de empenho e o consequente déficit orçamentário e financeiro, não pode ser analisado de forma isolada e desconsiderada as

excludentes de culpabilidade evidenciadas nos autos. Portanto, ante as excludentes de culpabilidade evidenciadas, entendo que as irregularidades ora analisadas não se enquadram no conceito de erro grosseiro exposto no item II.4 deste voto, razão pela qual mantenho os indicativos de irregularidade, mas os considero passíveis de ressalva. Ressalta-se, porém, que as irregularidades deverão ser analisadas de forma conjunta.

Com efeito, é a partir da constatação da complexidade administrativa do setor público que, para se determinar a responsabilidade do gestor, deverá ser observada a sua atuação na condução da coisa pública, que nada mais é do que verificar a boa-fé ou não na prática de seu ato.

Nessa linha, no caso concreto, não restou demonstrado erro grosseiro ou descaso do gestor, pois consta nos autos que cumpriu das determinações impostas, mesmo que de forma extemporânea.

Portanto, diante do caso concreto, entendo cabível a utilização dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para a decisão do meu voto, conforme passo a fundamentar.

Proporcionalidade e razoabilidade não são temas novos, muito pelo contrário, já eram abordados pela filosofia na antiguidade. Aristóteles, ao tratar do sentido de equidade e suas respectivas relações com a justiça, definiu que o justo é uma espécie de termo proporcional:

Eis aí, pois, **o que é o justo: o proporcional; e o injusto é o que viola a proporção.** Desse modo, um dos termos torna-se grande demais e o outro demasiado pequeno, como realmente acontece na prática; porque o homem que age injustamente tem excesso e o que é injustamente tratado tem demasiado pouco do que é bom. [g.n.]
(**Ética a Nicômaco**; Poética / Aristóteles; seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 103)

O Direito Constitucional contemporâneo debruçou-se sobre o mesmo assunto que, para o doutrinador Uadi Lammêgo Bulos, tem estatuto constitucional e é um dos cernes do devido processo legal, princípio cuja inteireza abarca diversos quadrantes da ordem jurídica como o direito à liberdade e à propriedade:

O princípio da razoabilidade, proporcionalidade ou proibição de excesso é o vetor por meio do qual o intérprete busca a adequação, a racionalidade, a idoneidade, a logicidade, o bom senso, a prudência e a moderação no ato de compreender os textos normativos, eliminando o arbítrio e o abuso de poder.

Os americanos o qualificativo razoabilidade; os alemães, proporcionalidade; os europeus, proibição de excesso. Todos esses termos são apropriados, pois computam ideia de prudência, sensatez, bom sendo, equilíbrio. Isso é o que interessa.

(**Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 691.)

A ordem jurídica instaurada pela Constituição Federal de 1988, consagrou princípios explícitos e implícitos derivados do devido processo legal de que trata o art. 5º, LIV da CF, entre os quais se encontram os princípios implícitos da razoabilidade e da proporcionalidade:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [g.n.]

Alinhada ao ordenamento pátrio, a Constituição do Estado do Espírito Santo também cuidou de direcionar a atuação dos órgãos da Administração pública segundo os mesmos princípios, fazendo-o, contudo, de maneira expressa:

Art. 32 As administrações públicas direta e indireta de quaisquer dos Poderes do Estado e dos Municípios obedecerão aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, finalidade, interesse público, razoabilidade, proporcionalidade e motivação [...]:

Fábio Medina Osório afasta qualquer margem de dúvida a respeito da aplicabilidade de tais princípios às diferentes searas de atuação administrativa, quando afirma que “um princípio ou postulado intimamente conectado ao devido processo legal substancial é o da razoabilidade das leis, dos **atos jurisdicionais** e dos administrativos, que preside, por certo, toda a atividade estatal sancionadora”. Para Medina, deve-se exigir um devido processo legal proporcional e razoável, pois são princípios complementares e indissociáveis. E mais:

A razoabilidade é princípio que decorre da adoção do devido processo legal na ordem constitucional, eis que, com efeito, **ninguém será privado da liberdade ou de seus bens** sem o devido processo legal (art. 5º, IV).

[...]

Privação de liberdade há de ser interpretada, aqui, do modo mais amplo possível. Não se trata de pena privativa de liberdade. Uma restrição a direitos políticos não é pena restritiva de liberdade, mas priva o agente do gozo de uma liberdade política, v.g., candidatar-se a cargos públicos, ou a cargos eletivos, ou usufruir do direito-dever de voto. Uma sanção que proíbe alguém de contratar com a Administração Pública, ou dela receber benefícios fiscais ou creditícios, subvenções por determinado período, atinge sua liberdade de contratar e de participar da vida negocial (g.n.).

(**Direito Administrativo Sancionador**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 181)

Nesse mesmo sentido, a Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999 tratou de ditar as diretrizes principiológicas a serem obedecidas pela Administração Pública, inclusive quando sua atuação se der no âmbito administrativo processual:

Art. 2º **A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.**

Parágrafo único. **Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:**

I - **atuação conforme a lei e o Direito;**

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;

VI - **adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;**

VII - **indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;**

VIII - **observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;**

IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;

XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;

XII - impulso, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação. [g.n.]

Como se percebe, a privação da liberdade deve ser interpretada de forma ampla, merecendo, então, a mesma intensidade a privação de bens, na medida em que um processo administrativo que visa aplicar multa ou impor ressarcimento pode atingir os bens do indivíduo.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Flávio Amaral Garcia decodificam outra questão relevante para os direitos e garantias constitucionais. Eles asseveram que ao não estabelecer seguro critério e devida apuração de proporcionalidade/razoabilidade, arrisca-se tolher outro legítimo direito, o de exercer qualquer trabalho, ofício ou profissão, que é a básica garantia individual expressamente assentada no inciso XIII, do art. 5º da Constituição Federal. Por isso:

É dever do aplicador da sanção (Estado Juiz ou Estado Administração) verificar a natureza da conduta praticada e o seu grau de reprovabilidade à luz dos princípios que informam a atuação daqueles que se relacionam com a Administração Pública ou que manejam recursos públicos.
(**A Principiologia no Direito Administrativo Sancionador.** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico disponível em www.direitodoestado.com.br. Nº 28, novembro, dezembro, janeiro/2012. p. 7,9)

O Manual de Boas Práticas Processuais dos Tribunais de Contas publicado pela ATRICON – Associação e Membros de Tribunais de Contas do Brasil e pelo Instituto Rui Barbosa define o princípio da proporcionalidade da seguinte forma:

“O princípio da proporcionalidade deve ao Direito Administrativo a sua primeira aparição na Ciência Jurídica. Ainda na primeira metade do século passado, os administrativistas perceberam que a defesa da boa ordem da coisa pública, em especial quando se tratasse do exercício do Poder de Polícia, exigia uma intervenção estatal reguladora que não desbordasse da lógica da proporcionalidade. Lembrando uma velha figura de retórica cunhada por Fritz Fleiner, dizia-se que **a Administração Pública não poderia utilizar um canhão para abater um pequeno alvo.** De lá para cá, o tema proporcionalidade sofre grande evolução, tendo a doutrina e a jurisprudência, ainda em tempos recentes, cunhado alguns parâmetros para que, no caso concreto, fosse possível avaliar a eventual desproporcionalidade de certos atos administrativos.

O art. 1º, § 1º, da Lei Complementar 621, de 8 de março de 2012 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado) estabelece que na fiscalização e no julgamento de contas que lhe competem, o Tribunal decidirá sobre a legalidade, a legitimidade, a economicidade, a eficiência, a eficácia, a efetividade, a **razoabilidade e a**

proporcionalidade dos atos de gestão, das despesas deles decorrentes, bem como da aplicação de subvenção e da renúncia de receitas.

A meu ver, esta é a interpretação correta para o caso concreto, pois somente uma análise ponderada do conjunto das informações acima analisadas, permitirá que este Tribunal decida de forma proporcional, razoável e justa.

Assim entendo que a irregularidade deva ser afastada.

III. PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Por todo o exposto e com base na competência outorgada pelo inciso V, do artigo 29, da Resolução TC 261/2013 (Regimento Interno do TCEES), acompanhando, em parte, o entendimento técnico, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte proposta de deliberação:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, ACÓRDAM os conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão do plenário, ante as razões expostas pelo relator, em:

1. Rejeitar as preliminares:

- 1.1 Imediata suspensão da presente tomada de contas especial;
- 1.2 Baixa na inscrição do Cadin/ES;
- 1.3 Ilegitimidade passiva – atribuições do fiscal do contrato definidas pela portaria SEGER/PGE/SECONT N° 049-R/2010 de 24 de agosto de 2010;
- 1.4 Nulidade do relatório final da tomada de contas especial – não apurada a conduta do gestor do contrato – servidor público com função ativa na SEAG - Gerente QCE-03;
- 1.5 Quanto à **Prescrição da pretensão punitiva**, entende-se que a **preliminar deve ser acolhida**, em **relação aos senhores Marcio Araújo Passos, José Arthur Bermudes da Silveira e Octaciano Gomes de Souza Neto**;
- 1.6 Impossibilidade do exercício do contraditório e da ampla defesa.

2. EXTINGUIR o presente processo com resolução do mérito, para os responsáveis: Octaciano Gomes de Souza Neto, José Arthur Bermudes da

Silveira e Marcio Araújo Passos, com fundamento no inciso II do art. 487³, do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), tendo vista o reconhecimento da prescrição nos termos deste Voto.

3. Afastar as irregularidades abaixo listadas de acordo com a fundamentação exposta, julgando **Regular a Tomadas de Contas Especial** sob exame:

II.2.1 RECEBIMENTO IRREGULAR DE PAGAMENTOS DE RELATÓRIOS, EM DESACORDO COM O CONTRATO, E REAJUSTAMENTO COM INDICES EQUIVOCADOS, OCASIONANDO DANO AO ERÁRIO.

Fundamentação Legal: Artigo 62 e 63 da Lei 4.320/64. Artigo 2º, § 1º, 2º e 3º da Lei 10.192/2001. Artigo 66 da Lei 8666/1993. Cláusula primeira, item 1.1, Cláusula décima, item 10.1 e alíneas “K” e “I” do Contrato SEAG Nº 021/2014

II.2.2 LIQUIDAÇÃO IRREGULAR DE MEDIÇÕES COM PAGAMENTO DE RELATÓRIOS EM DESACORDO COM O CONTRATO E REAJUSTAMENTO COM INDICES EQUIVOCADOS, OCASIONANDO DANO AO ERÁRIO.

Fundamentação Legal: Artigo 62 e 63 da Lei 4.320/64. Artigo 2º, § 1º, 2º e 3º da Lei 10.192/2001. Artigo 66, 67 e 76 da Lei 8666/1993. Cláusula Primeira, item 1.1, Cláusula décima, item 10.2 e alínea “b” do Contrato SEAG Nº 021/2014.

4. Dê-se ciência aos interessados na forma regimental e após **arquite-se**.

Sergio Aboudib Ferreira Pinto

Conselheiro Relator

VOTO VISTA

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO:

3
Artigo 487 da Lei nº 13.105 de 16 de Março de 2015

Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção;

II - **decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;**

1 RELATÓRIO

Solicitei vista deste processo, de Relatoria do Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, que trata de Tomadas de Contas Especial Instaurada, protocolizada neste Tribunal de Contas em 18/8/2020, pelo Secretário de estado da Agricultura, Abastecimento, Aquicultura e Pesca - SEAG, Sr. Paulo Roberto Foletto, por meio do Ofício OF/SEAG/GS/Nº 606/2020, para apurar possíveis irregularidades no pagamento de serviços decorrentes do Contrato SEAG nº 021/2014 firmado pela SEAG e o Consórcio Gerenciador Sondotécnica Única, cujo objeto é a contratação de Gerenciamento e Supervisão, com o objetivo de dar apoio à Gerencia de Infraestrutura, Obras e Serviços Rurais GIEOSR, em todas as suas atividades técnicas, com destaque para os serviços de gerenciamento das obras de pavimentação e conversação de vias integrantes do Programas Caminhos do Campo da Secretaria de Estado da Agricultura, Abastecimento, Aquicultura e Pesca.

Registra-se que após o recebimento inicial do presente processo por este Tribunal, seguindo o rito administrativo, posteriormente, por meio da Decisão Monocrática 806/2020-5 (peça 007) foi deferido o prazo de 90 dias para a entrega da documentação.

Durante o transcurso do prazo determinado, foi protocolada a Resposta de Comunicação 167/2021-1, acompanhada da Defesa/Justificativa 262/2021-1 e demais peças complementares que fazem parte deste processo.

Seguindo o rito processual, após análise da documentação foi elaborada a Manifestação Técnica 1092/2021-8 acompanhada da 2081 - Instrução Técnica Inicial 189/2021-7 na qual se indicou a citação dos responsáveis e serviu de subsídio para a Decisão SEGEX 274/2021-3.

As citações foram, no geral, respondidas de forma tempestiva e a documentação com as defesas/justificativas foram encaminhadas para esse Tribunal. Posteriormente, ao analisar os autos, o Relator no uso de suas atribuições, por meio do Despacho 37523/2021-4 declarou a revelia dos Senhores Zacarias Carrareto e Marcio Araújo Passos, dando-se prosseguimento ao feito nos termos regimentais

Em seguida, foi elaborada a **Instrução Técnica Conclusiva ITC 298/2022** (peça 2134), que sugeriu ao final:

5 PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Diante do exposto nesta Instrução Técnica Conclusiva, indica-se o encaminhamento deste documento para o Gabinete do Conselheiro Relator Sérgio Aboudib Ferreira Pinto para as demais providências, dentre as quais, sugere-se:

5.1 Reconhecer a prescrição da pretensão punitiva desta Corte de Contas, dos atos praticados previstos no item 3 desta Instrução Técnica Conclusiva, em face dos pontos abaixo, com base no art. 373 do RITCEES c/c art. 71 da Lei Complementar nº 621/2012, no que se referente a pena de multa e irregularidades formais cometidas pelos responsáveis: Marcio Araújo Passos, José Arthur Bermudes da Silveira e Octaciano Gomes de Souza Neto.

5.2 Rejeitar as preliminares arguidas pelas defesas, contidas nos itens 2.1 a 2.6, com a exceção do item 2.5, que foi acolhida parcialmente, já tratada no item anterior.

5.3 Levando em consideração as análises aqui procedidas e as motivações adotadas nestes autos, sugere-se a manutenção das seguintes irregularidades que levam ao ressarcimento:

5.3.1 Recebimento irregular de pagamentos de relatórios, em desacordo com o contrato, e reajustamento com índices equivocados, ocasionando dano ao erário. Fundamentação Legal: Artigo 62 e 63 da lei 4.320/64. Artigo 2º, § 1º, 2º e 3º da Lei 10.192/2001. Artigo 66 da lei 8666/1993. Cláusula primeira, item 1.1, Cláusula décima item 10.1 e alíneas “K” e “I” do Contrato SEAG N° 021/2014. Desta forma, entende-se, que a irregularidade deve ser mantida. Responsáveis: Consórcio Gerenciador Sondotécnica-Única, Única Engenharia Urbana Ltda e Sondotécnica Engenharia de Solos S/A. Ressarcimento: R\$ 58.180,18 (cinquenta e oito mil cento e oitenta reais e dezoito centavos), equivalentes a 20.996,16 VRTEs.

5.3.2 Liquidação irregular de medições com pagamento de relatórios em desacordo com o contrato e reajustamento com índices equivocados, ocasionando dano ao erário. Fundamentação Legal: Artigo 62 e 63 da lei 4.320/64. Artigo 2º, § 1º, 2º e 3º da Lei 10.192/2001. Artigo 66, 67 e 76 da lei 8666/1993. Cláusula Primeira, item 1.1, Cláusula décima, item 10.2 e alínea “b” do Contrato SEAG N° 021/2014. Desta forma, entende-se, que a irregularidade deve ser parcialmente mantida. Ressarcimento: R\$4.781.452,66 equivalente a 1.711.718,85 VRTE

5.4 Determinar a criação de grupo de trabalho, ou equivalente, na SEAG para que faça um estudo e implemente, com prazo de 12 meses, documento que crie ou revise padrões para evitar a ocorrência de irregularidades similares.

O Ministério Público de Contas se manifestou por meio do Parecer de fls. 811/2022 (peça 2138), da lavra do Procurador de Contas Luiz Henrique da Silva, que acompanhou a área técnica.

Na 30ª Sessão Ordinária do Plenário realizada em 29/06/2022, o responsável apresentou defesa oral e posteriormente juntou-se as notas Taquigráficas (peça 2149), encaminhando-se os autos à área técnica para análise.

Na Manifestação Técnica de Defesa Oral 0047/2022 (peça 2152), a área técnica concluiu:

3. CONCLUSÃO/PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Considerando os fundamentos expostos nesta Manifestação Técnica, sugere-se:

3.1 Reconhecer parcialmente a prescrição da pretensão punitiva desta Corte de Contas, nos termos do item 02, com base no art. 373 do RITCEES c/c art. 71 da Lei Complementar nº 621/2012;

3.2 Não entendendo dessa forma, considerando que os elementos suscitados na sustentação oral não alteram as conclusões havidas pela área técnica, sugere-se o **prosseguimento com julgamento do feito**, na forma dos arts. 327 a 329 da Resolução TC 261/2013.

O Ministério Público de Contas manifestou-se através do Parecer 44123/2022 (peça 2155), da lavra do procurador Luiz Henrique da Silva de acordo com a proposição 3.2 contida na Manifestação Técnica de Defesa Oral 0047/2022.

Deu-se prosseguimento a demanda, com a inclusão dos autos em pauta para julgamento, momento que o Conselheiro Relator proferiu **Voto do Relator 5457/2022** (peça 2159), no seguinte sentido:

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, ACÓRDAM os conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão do plenário, ante as razões expostas pelo relator, em:

5. Rejeitar as preliminares:

5.1 Imediata suspensão da presente tomada de contas especial;

5.2 Baixa na inscrição do Cadin/ES;

5.3 Illegitimidade passiva – atribuições do fiscal do contrato definidas pela portaria SEGER/PGE/SECONT Nº 049-R/2010 de 24 de agosto de 2010;

5.4 Nulidade do relatório final da tomada de contas especial – não apurada a conduta do gestor do contrato – servidor público com função ativa na SEAG - Gerente QCE-03;

5.5 Quanto à **Prescrição da pretensão punitiva**, entende-se que a **preliminar deve ser acolhida**, em **relação aos senhores Marcio Araújo Passos, José Arthur Bermudes da Silveira e Octaciano Gomes de Souza Neto**;

5.6 Impossibilidade do exercício do contraditório e da ampla defesa.

6. EXTINGUIR o presente processo com resolução do mérito, para os responsáveis: **Octaciano Gomes de Souza Neto, José Arthur Bermudes da Silveira e Marcio Araújo Passos**, com fundamento no inciso II do art. 487⁴, do Novo Código de Processo Civil (lei nº 13.105/2015), tendo vista o reconhecimento da prescrição nos termos deste Voto.

7. Afastar as irregularidades abaixo listadas de acordo com a fundamentação exposta, julgando **Regular a Tomadas de Contas Especial** sob exame:

II.2.1 RECEBIMENTO IRREGULAR DE PAGAMENTOS DE RELATÓRIOS, EM DESACORDO COM O CONTRATO, E REAJUSTAMENTO COM INDICES EQUIVOCADOS, OCASIONANDO DANO AO ERÁRIO. Fundamentação Legal: Artigo 62 e 63 da lei 4.320/64. Artigo 2º, § 1º, 2º e 3º da Lei 10.192/2001. Artigo 66 da lei 8666/1993. Cláusula primeira, item 1.1, Cláusula décima, item 10.1 e alíneas “K” e “I” do Contrato SEAG N° 021/2014

II.2.2 LIQUIDAÇÃO IRREGULAR DE MEDIÇÕES COM PAGAMENTO DE RELATÓRIOS EM DESACORDO COM O CONTRATO E REAJUSTAMENTO COM INDICES EQUIVOCADOS, OCASIONANDO DANO AO ERÁRIO. Fundamentação Legal: Artigo 62 e 63 da lei 4.320/64. Artigo 2º, § 1º, 2º e 3º da Lei 10.192/2001. Artigo 66, 67 e 76 da lei 8666/1993. Cláusula Primeira, item 1.1, Cláusula décima, item 10.2 e alínea “b” do Contrato SEAG N° 021/2014.

8. Dê-se ciência aos interessados na forma regimental e após **arquite-se**.

Com pedido de vistas vieram os autos a este Gabinete.

É o relatório.

2 FUNDAMENTAÇÃO

Como dito anteriormente, o processo trata de Tomadas de Contas Especial Instaurada, protocolizada neste Tribunal de Contas em 18/8/2020, pelo Secretário de estado da Agricultura, Abastecimento, Aquicultura e Pesca - SEAG, Sr. Paulo Roberto Foletto, por meio do Ofício OF/SEAG/GS/Nº 606/2020, para apurar possíveis irregularidades no pagamento de serviços decorrentes do Contrato SEAG nº 021/2014 firmado pela SEAG e o Consórcio Gerenciador Sondotécnica Única, cujo objeto é a contratação de Gerenciamento e Supervisão, com o objetivo de dar apoio à Gerencia de Infraestrutura, Obras e Serviços Rurais GIEOSR, em todas as

⁴ **Artigo 487 da Lei nº 13.105 de 16 de Março de 2015**

Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção;

II - **decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;**

suas atividades técnicas, com destaque para os serviços de gerenciamento das obras de pavimentação e conversação de vias integrantes do Programas Caminhos do Campo da Secretaria de Estado da Agricultura, Abastecimento, Aquicultura e Pesca.

Em breve síntese, verifico que o Conselheiro Relator Sr. Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, ao analisar os autos constatou no bojo do **Voto do Relator 5457/2022**, que a matéria em debate se trata de eventual imposição de dano ao erário, bem como de eventual incidência da prescrição da *pretensão punitiva e ressarcitória*, proferindo decisão para “**EXTINGUIR** o processo com resolução do mérito, com fundamento no inciso II do artigo 487, do CPC, tendo em vista o reconhecimento da prescrição nos termos deste Voto”.

Na oportunidade, solicitei vista dos autos para analisar com mais profundidade a questão sob exame.

Peço vênia para divergir do posicionamento adotado pelo Conselheiro Relator quanto a prejudicial de mérito de prescrição da pretensão ressarcitória:

2.1. Prejudicial de mérito – prescrição da pretensão ressarcitória – prosseguimento da demanda.

Compulsando acuradamente os autos, *concessa vênia*, verifico que o debate diz respeito à aplicabilidade ou não da tese fixada no Tema 899 pelo Excelso Supremo Tribunal Federal aos processos em julgamento nos Tribunais de Contas, independentemente de suas naturezas, bem como às consequências decorrentes do entendimento a ser adotado por esta Corte de Contas acerca da questão.

Os julgados do Pretérito Supremo Tribunal Federal nos Temas 897 e 899 fixaram as seguintes teses, respectivamente:

Tema 897 - São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.

Tema 899 - *É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas.*

Em razão desses julgados, em especial o do Tema 899, essa Corte de Contas se posicionou, por maioria, no sentido de sobrestar os feitos cujo objeto era prescrição (punitiva), até ulterior decisão do STF nos autos do Recurso Extraordinário (RE) 636.886 (Tese 899).

O Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 636.886, no dia 18 de abril de 2020, fixou a tese para o Tema 899 nos seguintes termos: “*É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas*”.

Em prosseguimento ao julgamento da demanda, o Excelso Supremo Tribunal Federal, por maioria, rejeitou os embargos declaratórios opostos com o objetivo de sanear eventuais omissões, contradições e obscuridades, cuja ementa segue:

TEMA 899 DE REPERCUSSÃO GERAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO FUNDADA EM DECISÃO DE TRIBUNAL DE CONTAS (CF, ART. 71, §3º). PRAZO DE 5 (CINCO) ANOS. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. O acórdão embargado não apresenta omissões, contradições, ou obscuridades. O ofício judicante realizou-se de forma completa e satisfatória, não se mostrando necessários quaisquer reparos.

2. A questão controvertida decidida no Tema 899 da repercussão geral definiu a prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas, nos termos do art. 71, § 3º, da CF, que estabelece: “as decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo”.

3. Após a conclusão da tomada de contas, com a apuração do débito imputado ao jurisdicionado, conforme definido pelo STF, a decisão do TCU formalizada em acórdão terá eficácia de título executivo e será executada conforme o rito previsto na Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/1980).

4. Inexistência de hipótese de imprescritibilidade, aplicando-se, integralmente, o disposto no art. 174 do Código Tributário Nacional, c/c art. 40 da Lei 6.830/1980, que rege a Execução Fiscal e fixa em 5 (cinco) anos, respectivamente, o prazo para a cobrança do crédito fiscal e para a declaração da prescrição intercorrente, conforme consta no acórdão embargado.

5. Ausência dos pressupostos necessários à modulação dos efeitos do julgado.

6. Embargos de Declaração rejeitados.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual do Plenário, sob a Presidência do Senhor Ministro LUIZ FUX, em conformidade com a certidão de julgamento, por maioria, acordam em rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros ROBERTO BARROSO e EDSON FACHIN.

Diante da ausência de manifestação das partes nos autos do RE 636.886, a tese fixada pelo STF no Tema 899 transitou em julgado em 05/10/2021, e em nada modificou a tese julgada e fixada anteriormente.

Desta feita, esvaziou-se o fundamento para o sobrestamento do julgamento dos processos que tramitam nesta Corte de Contas, razão pela qual entendo pelo prosseguimento da presente demanda.

Antes, porém, assento o posicionamento por mim exarado em diversos processos desta Corte, acerca da matéria prejudicial de mérito de prescrição da pretensão ressarcitória fixada na tese do Tema 899 do STF, no sentido de que essa prescrição não alcança os processos que tramitam no âmbito dos Tribunais de Contas.

Isto porque, verifica-se, pela leitura do voto do Ministro Relator Alexandre de Moraes, acompanhado à unanimidade pelos demais eminentes Ministros, que a Corte Constitucional entendeu que os Tribunais de Contas julgam processos cujos resultados (leia-se acórdãos) constituem títulos executivos, nos termos do §3º, do art. 71, da Constituição Federal, porém, estes, não são suscetíveis de aparelhar pretensão imprescritível, circunstância que não se confunde com o lapso prescricional relativo à atuação da Corte de Contas.

Com efeito, os títulos executivos gerados pelos Tribunais de Contas e não adimplidos pelos responsáveis podem vir a ser objeto de demanda judicial com o objetivo de ressarcir o erário.

A discussão julgada pelo STF é a prescrição ou não dessa pretensão ressarcitória ao erário, fundada nos títulos executivos proferidos pelos Tribunais de Contas. Ou seja, perquiriu-se se o tempo decorrido entre a data de formação do título executivo (acórdão proferido e transitado em julgado pelos Tribunais de Contas) e a data do eventual ajuizamento da demanda na esfera do Poder Judiciário seria suscetível de prescrição.

Quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 636.886, em diversos trechos do voto, o eminente Ministro Relator Alexandre de Moraes afirma e consolida o entendimento de que a discussão é sobre a prescrição da pretensão ressarcitória,

verbis:

Na presente hipótese é necessário, inicialmente, analisar o posicionamento dessa CORTE SUPREMA em relação a imprescritibilidade ou não das ações de ressarcimento ao erário (...) – fls. 01/02 do voto de relatoria.

(...)

De outro lado, a irregularidade identificada pelo TCU, assim como o indébito fiscal, pode configurar ato ilícito, porque contrários ao direito; mas a natureza jurídica de ilícito não é razão bastante para que se torne imprescritível a ação para a cobrança de crédito; ... – fls. 08/09 do voto de relatoria.

(...)

O reconhecimento da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas significa grave ferimento ao Estado de Direito, (...) – fls. 09 do voto de relatoria.

(...)

(...) a estipulação de prazos fatais para o exercício das pretensões em juízo, na hipótese da prática de atos ilícitos ou irregulares. – fls. 09 do voto.

Posicionamento esse corroborado em diversos trechos do julgamento dos embargos de declaração, inclusive na ementa, que aclararam no sentido de dar um contorno objetivo ao fundamento do acórdão, qual seja de que a prescrição da pretensão ressarcitória se dá na fase judicial do processo, somente após o término da atuação dos Tribunais de Contas:

TEMA 899 DE REPERCUSSÃO GERAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO FUNDADA EM DECISÃO DE TRIBUNAL DE CONTAS (CF, ART. 71, §3º). PRAZO DE 5 (CINCO) ANOS. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. O acórdão embargado não apresenta omissões, contradições ou obscuridades. O ofício judicante realizou-se de forma completa e satisfatória, não se mostrando necessários quaisquer reparos.

2. A questão controvertida decidida no Tema 899 da repercussão geral definiu a prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas, nos termos do art. 71, § 3º, da CF, que estabelece: “as decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo”.

3. Após a conclusão da tomada de contas, com a apuração do débito imputado ao jurisdicionado, conforme definido pelo STF, a decisão do TCU formalizada em acórdão terá eficácia de título executivo e será executada conforme o rito previsto na Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/1980).

4. Inexistência de hipótese de imprescritibilidade, aplicando-se, integralmente, o disposto no art. 174 do Código Tributário Nacional, c/c art. 40 da Lei 6.830/1980, que rege a Execução Fiscal e fixa em 5 (cinco) anos, respectivamente, o prazo para a

cobrança do crédito fiscal e para a declaração da prescrição intercorrente, conforme consta no acórdão embargado.

5. Ausência dos pressupostos necessários à modulação dos efeitos do julgado.

6. Embargos de Declaração rejeitados.

Há que se fazer aqui a distinção entre a pretensão punitiva, que é a possibilidade de fazer valer o seu direito de punir em determinado espaço de tempo previsto pela Lei, esta sim sujeita a atuação dos Tribunais de Contas, e a pretensão ressarcitória, que é a capacidade de exercer a pretensão em juízo em determinado espaço de tempo após a formação do título executivo extrajudicial, **previsto em Lei, cabível à Fazenda Pública, e que foi objeto da decisão exarada pelo excelso Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do Tema 899.**

Dessa forma, observo que o precedente vinculante formado no âmbito do STF quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 636.886 não diz respeito à atuação dos Tribunais de Contas, uma vez que estes não são os responsáveis por executar os créditos inscritos em dívida ativa decorrentes de suas decisões.

Esse também foi o posicionamento da área técnica desta Corte de Contas na **Instrução Técnica Conclusiva 1734/2020** (Processo 6622/2008) ao analisar a questão:

2.1.3.4 Análise Conclusiva

Preliminar sobre a prescrição da pretensão punitiva do Tribunal de Contas:

De acordo com a Resolução TC nº 261/2013 (Regimento Interno), a prescrição ocorre nos seguintes casos:

Art. 373. Prescreve em cinco anos a pretensão punitiva do Tribunal nos feitos a seu cargo.

[...]

§ 5º A prescrição da pretensão punitiva não impede a atuação fiscalizadora do Tribunal para a verificação da ocorrência de prejuízo ao erário, nem obsta a adoção de medidas corretivas para o exato cumprimento da lei.

De acordo com a recente decisão do STF, no RE 636886 (Tema 899), Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas:

O Tribunal, por unanimidade, apreciando o tema 899 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário, mantendo-se a extinção do processo pelo reconhecimento da prescrição, nos termos do voto do Relator. Foi fixada a seguinte tese: **"É prescritível a pretensão de**

ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas".
[g.n]

A decisão do STF se refere à pretensão de ressarcimento ao erário **fundada** em decisão de Tribunal de Contas, ou seja, a efetiva cobrança pelas procuradorias federal, estadual ou municipal. Não se refere ao trâmite do processo no âmbito do Tribunal de Contas.

Diante do exposto, não há que se falar em impedimento da atuação fiscalizadora do Tribunal para a verificação da ocorrência de prejuízo ao erário.

Em manifestação nos autos do Processo TC 5119/2006, tanto a área técnica por meio da **Manifestação Técnica 2039/2020**, quanto o Ministério Público de Contas por meio da **Manifestação do Ministério Público de Contas 2125/2020**, provocados a se manifestarem especificamente acerca da matéria, se posicionaram no mesmo sentido:

3. DO POSICIONAMENTO FIXADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA TESE 899 DA REPERCUSSÃO GERAL

Em que pese a questão preliminar suscitada, passemos à análise quanto à diligência determinada.

A aplicação de prazos extintivos em desfavor do Estado, no que diz respeito à pretensão de ressarcimento de danos causados ao erário, é tema controverso que, há anos, vem suscitando acalorados debates na doutrina⁵ e na jurisprudência.

Durante muito tempo, predominou no Supremo Tribunal Federal (STF) o entendimento de que a pretensão do Estado buscar o ressarcimento de danos causados ao erário era imprescritível, amparado pela interpretação do art. 37, § 5º, da Constituição Federal.

A primeira sinalização mais evidente de mudança por parte da Suprema Corte surgiu ao receber o RE 669.069/MG, rediscutindo a incidência da prescrição sobre as pretensões decorrentes de **ilícitos civis** no âmbito da ação patrimonial (**tema 666**).

Àquela sinalização se sucederam os recentes julgados, nos quais o STF reconheceu a repercussão geral de dois temas relacionados à imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário, fixando as seguintes teses:

Tema 897 – “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”; e

Tema 899 – “É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”;

Embora a hipótese circunscrita na tese fixada para o **tema 897**, quanto à aplicabilidade do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, tenha se restringido à prática de **ato doloso** tipificado na Lei 8.429/92, não é possível extrair daquela decisão uma definição clara acerca das pretensões da Suprema Corte quanto à atuação dos Tribunais de Contas no tocante à sua função reparadora.

Cabe destacar que a matéria versada no RE 852.475 SP, de onde se extraiu o tema 897, tratava, na origem, de ação civil pública decorrente de atos licitatórios na

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *In* Manual de direito administrativo. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Segue o entendimento de que a pretensão de ressarcimento é imprescritível.

JUSTEN FILHO, Marçal. *In* Curso de direito administrativo. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. Sustenta que a imprescritibilidade é incompatível com a Constituição Federal.

alienação de bens móveis abaixo do preço de mercado, **ajuizada após o decurso dos prazos prescricionais previstos no art. 23 da Lei 8.429/1992** (Lei de Improbidade Administrativa).

Feitas tais considerações, voltemos à análise da tese extraída do Tema 899, *verbis*:

Tema 899 – “É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”.

O excerto do Acórdão prolatado no RE 636886⁶, da relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, que deu azo à fixação da tese, se encontra a seguir reproduzido:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. EXECUÇÃO FUNDADA EM ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESCRITIBILIDADE.

1. A regra de prescritibilidade no Direito brasileiro é exigência dos princípios da segurança jurídica e do devido processo legal, o qual, em seu sentido material, deve garantir efetiva e real proteção contra o exercício do arbítrio, com a imposição de restrições substanciais ao poder do Estado em relação à liberdade e à propriedade individuais, entre as quais a impossibilidade de permanência infinita do poder persecutório do Estado.

2. Analisando detalhadamente o tema da “prescritibilidade de ações de ressarcimento”, este SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL concluiu que, somente são 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 (TEMA 897). Em relação a todos os demais atos ilícitos, inclusive àqueles atentatórios à probidade da administração não dolosos e aos anteriores à edição da Lei 8.429/1992, aplica-se o TEMA 666, sendo prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública.

3. A excepcionalidade reconhecida pela maioria do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no TEMA 897, portanto, não se encontra presente no caso em análise, uma vez que, no processo de tomada de contas, o TCU não julga pessoas, não perquirindo a existência de dolo decorrente de ato de improbidade administrativa, mas, especificamente, realiza o julgamento técnico das contas à partir da reunião dos elementos objeto da fiscalização e apurada a ocorrência de irregularidade de que resulte dano ao erário, **proferindo o acórdão em que se imputa o débito ao responsável, para fins de se obter o respectivo ressarcimento.**

4. A pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos reconhecida em acórdão de Tribunal de Contas prescreve na forma da Lei 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal).

5. Recurso Extraordinário DESPROVIDO, mantendo-se a extinção do processo pelo reconhecimento da prescrição. Fixação da seguinte tese para o TEMA 899: **“É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”.** (GNN)

Para que se possa dimensionar adequadamente os impactos da referida decisão nos processos de competência desta Corte, necessário perquirir em que medida, na fixação da tese e no acórdão do STF a origem do título (“*pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas*”) justificou a decisão pela prescrição da pretensão ressarcitória? A prescrição da pretensão ressarcitória influencia na prescrição da pretensão do reconhecimento do dano?

Na valiosa lição de Ismar Viana (2020)⁷, a razão de decidir foi pautada no fato de que a pretensão ressarcitória de título executivo constituído a partir da decisão de um

⁶ Supremo Tribunal Federal. Ata nº 10, de 20/04/2020. DJE nº 104, divulgado em 28/04/2020.

Tribunal de Contas não gera, por si só, a imprescritibilidade do ressarcimento do dano ao erário.

Ao decidir que é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas, o STF reafirmou entendimento já contido no Tema 897, de que somente serão imprescritíveis se configurada prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, não tendo tratado de eventual prescritibilidade do dever de agir dos Tribunais de Contas, mormente quanto ao reconhecimento de dano ao erário e à constitucional função cientificadora.

Sob esse aspecto, cabe trazer à baila o seguinte trecho extraído do Voto Vista do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo⁸, que elucida com clareza a questão:

“[...] Verifica-se, pela leitura do voto do Ministro Relator Alexandre de Moraes, acompanhado à unanimidade pelos demais eminentes Ministros, que a Corte Constitucional entendeu que os Tribunais de Contas julgam processos cujos resultados (leia-se acórdãos) constituem títulos executivos, nos termos do §3º, do art. 71, da Constituição Federal, porém, estes, não são suscetíveis de aparelhar pretensão imprescritível, circunstância que não se confunde com o lapso prescricional relativo à atuação da Corte de Contas.

Com efeito, os títulos executivos gerados pelos Tribunais de Contas e não adimplidos pelos responsáveis podem vir a ser objeto de demanda judicial com o objetivo de ressarcir o erário.

A discussão posta em julgamento no STF é a prescrição ou não dessa pretensão ressarcitória ao erário, fundada nos títulos executivos proferidos pelos Tribunais de Contas. Ou seja, perquiriu-se se o tempo decorrido entre a data de formação do título executivo e a data do eventual ajuizamento da demanda seria suscetível de prescrição.

Quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 636.886, em diversos trechos do voto, o eminente Ministro Relator Alexandre de Moraes afirma e consolida o entendimento de que a discussão é sobre a prescrição da pretensão ressarcitória, *verbis*:

Na presente hipótese é necessário, inicialmente, analisar o posicionamento dessa CORTE SUPREMA em relação a imprescritibilidade ou não das ações de ressarcimento ao erário (...) – fls. 01/02 do voto de relatoria.

(...)

De outro lado, a irregularidade identificada pelo TCU, assim como o indébito fiscal, pode configurar ato ilícito, porque contrários ao direito; mas a natureza jurídica de ilícito não é razão bastante para que se torne imprescritível a ação para a cobrança de crédito; ... – fls. 08/09 do voto de relatoria.

(...)

O reconhecimento da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas significa grave ferimento ao Estado de Direito, (...) – fls. 09 do voto de relatoria.

(...)

(...) a estipulação de prazos fatais para o exercício das pretensões em juízo, na hipótese da prática de atos ilícitos ou irregulares. – fls. 09 do voto.

⁷ VIANA, Ismar. Dano ao Erário: o STF, a prescrição e os Tribunais de Contas. Instituto Rui Barbosa. Brasília (DF). Maio/2020. Disponível em: <https://irbcontas.org.br/artigo/dano-ao-erario-o-stf-a-prescricao-e-os-tribunais-de-contas>. Acessado em 23/6/2020.

⁸ Peça 45.

Há que se fazer aqui a distinção entre a pretensão punitiva, que é a possibilidade de fazer valer o seu direito de punir em determinado espaço de tempo previsto pela Lei, esta sim sujeita a atuação dos Tribunais de Contas, e a pretensão ressarcitória, que é a capacidade de exercer a pretensão em juízo em determinado espaço de tempo após a formação do título executivo extrajudicial, previsto em Lei, cabível à Fazenda Pública, e que foi objeto da decisão exarada pelo excelso Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do Tema 899.

Dessa forma, observo que o precedente vinculante formado no âmbito do STF quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 636.886 não diz respeito à atuação dos Tribunais de Contas, uma vez que estes não são os responsáveis por executar os créditos inscritos em dívida ativa decorrentes de suas decisões.

No caso, vejo que a preocupação com a prescritebilidade imposta pelo Tema 899 do STF concerne à Fazenda Pública Estadual no âmbito do exercício das pretensões em juízo, sendo esse prazo de 05 (cinco) anos, nos termos do voto do Ministro Relator:

Desse modo, entendo que, no caso, não há que se falar em imprescritebilidade, aplicando-se, integralmente, o disposto no artigo 174 do Código Tributário Nacional c/c art. 40 da Lei 6.830/1980, que rege a Execução Fiscal e fixa em cinco anos, respectivamente, o prazo para a cobrança do crédito fiscal e para a declaração da prescrição intercorrente.

Desta feita, no caso em análise, a tese fixada pelo Excelso STF no Tema 899, relativa exclusivamente a prescrição da pretensão ressarcitória aparelhada em títulos executivos extrajudiciais decorrentes da atuação dos Tribunais de Contas, mostra-se manifestamente irrelevante para os fins almejados pelo Requerente, qual seja discutir eventual prescrição da pretensão punitiva da Corte de Contas fixada no Acórdão TC 750/2019.[...]"

O entendimento acima já vinha sendo perfilhado por decisões judiciais proferidas em execuções fundadas em títulos executivos extrajudiciais decorrentes de decisões de Tribunais de Contas, que tiveram seu trâmite sobrestado a partir do reconhecimento da repercussão geral no STF, nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, senão vejamos:

68309390 - TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACÓRDÃOS PROFERIDOS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. TEMA 899. RE 636.886. 1. Muito embora o Supremo Tribunal Federal tenha jurisprudência assente no sentido da imprescritebilidade das ações de ressarcimentos de danos ao erário, **a referida matéria teve sua repercussão geral decretada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 636.886 (Tema 899), com determinação de suspensão do processamento de todas as demandas pendentes em tramitação no território nacional, mas EXCLUSIVAMENTE aquelas em que esteja em debate a prescrição do pedido de ressarcimento ao erário BASEADO EM TÍTULO de Tribunal de Contas.** 2. Considerando tais circunstâncias, deve ser mantida a decisão monocrática ora agravada, com determinação de sobrestamento do feito principal na origem até a definição do Tema 899 pelo STF. (TRF 4ª R.; AG 5027206-

⁹ CPC/2015:

Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 5º Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.

22.2018.4.04.0000; Primeira Turma; Rel. Juiz Fed. Francisco Donizete Gomes; Julg. 24/07/2019; DEJF 26/07/2019) (**GNN**)

14580305 - PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. **EXECUÇÃO DE ACÓRDÃO DO TCU**. PRESCRITIBILIDADE. REPERCURSÃO GERAL RECONHECIDA NO RE 636.886. DETERMINAÇÃO DE SUSPENSÃO NACIONAL DOS PROCESSOS QUE VERSEM SOBRE A QUESTÃO. 1. Na origem, trata-se de execução de título extrajudicial, consubstanciado no acórdão do Tribunal de Contas da União. TCU que condenou administrativamente o Excipiente, ora agravante, pela prática de nepotismo cruzado e de ato lesivo aos cofres públicos, ao admitir a esposa de um Desembargador do TRT- ES como sua assistente no TRT-RJ, sem que a mesma exercesse as funções relativas ao cargo público no qual estava investida. A irregularidade, ainda segundo o TCU, se deu através de um esquema de troca de favores, tendo o Desembargador do TRT-ES, por sua vez, nomeado a nora do Excipiente para o exercício de cargo em comissão no quadro do Tribunal do Trabalho capixaba. Dessa forma, o Excipiente nomeou a esposa de um Desembargador do TRT-ES para o exercício de cargo em comissão no Tribunal capixaba, ao passo que este último magistrado nomeou a nora do Excipiente para o exercício de cargo em comissão no TRT-RJ. 2. Sem razão o recorrente, ao postular a suspensão da pretensão recursal e da ação originária, com fundamento no RE 852.475/SP, em que foi reconhecida a repercussão geral do debate relativo à "prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário fundadas em atos tipificados como ilícitos de improbidade administrativa" (DJe de 27/05/2016, Tema 897), hipótese que não se amolda ao presente caso. 3. Por outro lado, verifica-se que a suspensão da ação originária encontra respaldo no RE 636.886, em que foi reconhecida a repercussão geral do debate relativo à prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão do Tribunal de Contas (DJe de 15/06/2016, **Tema 899**), com determinação de "suspensão do processamento de todas as demandas pendentes em tramitação no território nacional, mas exclusivamente aquelas em que esteja em debate a prescrição do pedido de ressarcimento ao erário baseado em título de Tribunal de Contas" (DJE nº 211, divulgado em 03/10/2016), situação destes autos do agravo de instrumento. 4. Embargos de declaração conhecidos e parcialmente providos para, em razão do superveniente reconhecimento da repercussão geral no RE 636.886, dar parcial provimento ao agravo de instrumento, a fim de determinar o sobrestamento da execução com base no acórdão do TCU até decisão definitiva a ser proferida no referido recurso extraordinário. (TRF 2ª R.; AI 0006239-66.2016.4.02.0000; Sétima Turma Especializada; Rel. Des. Fed. José Antônio Neiva; Julg. 18/10/2017; DEJF 25/10/2017) (**GNN**)

87616806 - **AÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO PÚBLICO**. Tribunal de Contas do Estado que identifica irregularidades em licitação e contrato administrativo. **Prescritibilidade de ação ressarcitória ao erário público decorrente de decisão do Tribunal de Contas** que se encontra submetida a análise de Repercussão Geral do RE nº 636.886, no Tema 899, ainda não submetido a julgamento do seu mérito pelo Plenário do STF. Suspensão do feito determinada, nos termos do art. 1.035, par. 10, do CPC/15. Precedentes deste E. Tribunal de Justiça e desta C. 9ª Câmara de Direito Público. Determinação de suspensão do feito. (TJSP; APL 0024579-44.2008.8.26.0224; Ac. 10790718; Guarulhos; Nona Câmara de Direito Público; Rel. Des. Rebouças de Carvalho; Julg. 14/09/2017; DJESP 26/09/2017; Pág. 2691) (**GNN**)

O posicionamento da área técnica foi recentemente ratificado por meio da Instrução Técnica de Recurso 00391/2022-8, proferida nos autos do Processo TC

02558/2022-1, datado de **17/08/2022**, em que afirma que a matéria discutida no Tema 899 pelo STF diz respeito a momento posterior ao trânsito em julgado das decisões deste Tribunal de Contas:

Em análise dos enunciados e da jurisprudência do STF a respeito e, particularmente, do *leading case* RE 636.886, somos levados à conclusão de que a tese da imprescritibilidade das pretensões de ressarcimento, durante os processos nos tribunais de contas, está correta, conforme o defendido pelo recorrente¹⁰. A seguir, passamos a demonstrar as razões.

(...)

É oportuno observar que a ementa do acórdão adianta que o debate sobre prescritibilidade está posto em termos de execução fiscal, como deixa claro o item 4. Esse item se refere a qual regra deve ser tomada como referência para a prescrição, ou seja, a Lei de Execução Fiscal. Ainda o item 4 se refere a ressarcimento reconhecido em acórdão do Tribunal de Contas. Portanto, obviamente, antes do julgamento é impossível falar em acórdão. Daí ser impossível se falar em execução fiscal de um título que ainda não existe.

Retornando ao enunciado do tema 899, temos que a prescritibilidade ocorre em relação à pretensão fundada em decisão do tribunal de contas. Se o tribunal de contas respectivo ainda não tomou uma decisão, como se poderia dizer que há alguma pretensão fundada em sua decisão? É impossível, não houve decisão.

(...)

Nos embargos de declaração, especialmente nos itens 3 e 4 da ementa do acórdão acima transcrita, fica claro que a prescritibilidade ocorre nos termos da Lei de Execuções Fiscais.

Além disso, só se há de falar em execução após a constituição do título executivo (o acórdão do tribunal de contas já transitado em julgado). Desse modo, não faz sentido supor que o decurso de prazo aperfeiçoe a prescrição durante a tramitação do processo no Tribunal de Contas, tendo em vista que, antes do trânsito em julgado, inexistia título executivo¹¹.

O debate proposto pelo recorrido de que apenas os atos dolosos de improbidade administrativa estão sujeitos a imprescritibilidade é cabível apenas diante do Poder Judiciário, uma vez que os tribunais de contas não analisam a LIA. Nesse sentido, o acórdão judicial trazido pelo recorrido diz respeito ao reconhecimento da prescrição punitiva por improbidade administrativa, mas não reconhece a prescrição da pretensão não punitiva de que ocorra ressarcimento ao erário.

Ainda sobre o tema, no que se refere a punição, temos que a prescrição perante a LIA, que pode ocorrer no Poder Judiciário, não se confunde com a prescrição no TCE, regulada pela LOTCEES.

¹⁰ Registre-se que o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo tem decidido por reconhecer a prescrição intercorrente em seus processos no que se refere ao ressarcimento de valores ao erário. É o caso de vários julgados, como os acórdãos TC 249/2022, 287/2022 e 277/2022, dentre outros.

¹¹ É também o entendimento da Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (Atricon), em sua Nota Técnica nº 4/2020, como se observa:

23.1 - A tese jurídica fixada pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do TEMA 899, de repercussão geral, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 636.886, aplica-se somente no âmbito das ações de execução ajuizadas com base na Lei Federal nº 6.830/1980 – Lei de Execução Fiscal, não alcançando os processos que tramitam no âmbito interno dos Tribunais de Contas;

Já o posicionamento do Ministério Público de Contas foi ratificado e amplamente fundamentado por meio do Parecer 01478/2022-7, proferido nos autos do Processo TC 04866/2018-8, datado de 13/04/2022, bem como por meio do Parecer 01890/2022-9, proferido nos autos do Processo TC 04601/2016-1, datado de 17/05/2022.

Nada obstante, em outra recente manifestação (23/05/2022), o Ministério Público de Contas por meio do Parecer 01993/2022-5 (proferido nos autos do Processo TC 06996/2014-2), entendeu por modificar o posicionamento, sob o seguinte fundamento:

O Acórdão foi publicado em 09/09/2021 e teve seu trânsito em julgado certificado em 05/10/2021.

Deveras, a edição das referidas decisões pelo STF gerou divergências de entendimentos, notadamente, sobre o verdadeiro alcance daquela decisão. Uma das correntes seguia no sentido de que a prescritibilidade à qual o Supremo se referiu seria aferida após a decisão das Cortes de Contas, ou seja, se decorressem mais de 5 (cinco) anos entre a data de formação do título executivo (decisão do Tribunal de Contas) e a data do eventual ajuizamento da demanda para o efetivo ressarcimento.

Todavia, instado a se manifestar, o STF, ao julgar o MS 37.791-DF, anulou Acórdão do TCU que se fundamentava justamente nesta corrente. Vejamos o teor da Decisão:

(...)

No mesmo sentido foi o MS 38.058/DF:

(...)

Aliás, esse tem sido o entendimento majoritário nessa Corte de Contas.

No caso em exame, a prescrição intercorrente se consumou no ano de 2020, quando ultrapassados 5 (cinco) anos desde a ocorrência das citações válidas dos responsáveis sem que houvesse julgamento do feito.

De fato, diante do entendimento consolidado recentemente pelo STF, não há outro posicionamento senão pelo reconhecimento da prescrição do ressarcimento quando transcorridos mais de 5 (cinco) anos entre citação e a conclusão do processo de controle externo.

Assim sendo, diante da peculiaridade do caso, não resta alternativa senão a decretação da Prescrição.

Isto posto, em virtude do entendimento firmado pelo STF no TEMA 899 de Repercussão Geral e observando-se o transcurso do lapso de 5 (cinco) anos desde a citação válida dos responsáveis sem que houvesse o julgamento do feito, pugna o Ministério Público de Contas pelo RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL no caso dos presentes autos, extinguindo-se o processo sem julgamento de mérito nos termos do art. 373 c/c 166 do RITCEES.

Notadamente, verifico que os precedentes utilizados como fundamento pelo Ministério Público de Contas no Parecer 01993/2022-5, e também pelo Conselheiro Relator no Voto do Relator 5457/2022, quais sejam decisões proferidas nos processos MS 37.791-DF e MS 38.058/DF do STF, são decisões monocráticas

prolatadas pelo Excelentíssimo Ministro Luís Roberto Barroso, o que significa dizer que essas decisões são interpretações de um único Ministro e não do colegiado.

Ademais, entendo que a interpretação conferida pelo Ministro Barroso ao Tema 899 do STF é extensiva, eis que o tema de repercussão geral fixado se trata de prazo prescricional de **processos em trâmite no Poder Judiciário**, cujo objeto é o título executivo constituído pelos Tribunais de Contas.

Tal entendimento pode ser facilmente constatado por diversos trechos dos acórdãos proferidos no RE 636.886 já citados alhures, bem como pelas decisões exaradas pelo saudoso Ministro Teori Zavascki ao reconhecer a repercussão geral do RE 636.886 (em 02/06/2016) e ao determinar a suspensão do processamento das demandas pendentes (em 04/10/2016), *verbis*:

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 636.886 ALAGOAS
RELATOR MIN. TEORI ZAVASCKI

RECTE.(S): UNIÃO

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

RECDO.(A/S): VANDA MARIA MENEZES BARBOSA

EMENTA: ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EXECUÇÃO FUNDADA EM ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRITIBILIDADE (ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA.

1. Possui repercussão geral a controvérsia relativa à prescribibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas.
2. Repercussão geral reconhecida. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 636.886 ALAGOAS RELATOR MIN. TEORI ZAVASCKI

RECTE.(S): UNIÃO

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

RECDO.(A/S): VANDA MARIA MENEZES BARBOSA

Decisão:

(...)

Para efeito do § 5º do art. 1.035 do CPC, determino a suspensão do processamento de todas as demandas pendentes em tramitação no território nacional, mas exclusivamente aquelas em que esteja em debate a prescrição do pedido de ressarcimento ao erário baseado em título de Tribunal de Contas.

E mais. Ambos os precedentes MS 37.791-DF e MS 38.058/DF do STF utilizados como fundamento da manifestação do *Parquet* de Contas tratam de prescrição intercorrente ainda durante o trâmite dos processos no âmbito dos Tribunais de Contas, isto é, de prazos prescricionais antes da constituição do título executivo.

Em um deles transcorreram mais de 10 (dez) anos entre a ocorrência do fato e a citação do suposto responsável pelo TCU:

25. A extensão do lapso temporal decorrido entre os fatos ilícitos e a providência de citação do suposto responsável e a admissão, pelo TCU, de que a demora excessiva se deveu à inércia de sua unidade técnica reforçam a impressão de plausibilidade das alegações trazidas neste writ. Ademais, entendendo caracterizado o perigo da demora na medida em que a ausência e concessão da liminar submete o impetrante ao ônus de se defender em processo administrativo sobre fatos ocorridos há mais de 15 (quinze) anos, com as limitações à ampla defesa daí decorrentes, bem como ao risco de ter seus bens atingidos por determinação cautelar exarada pela Corte de Contas.

E no outro, os autos ficaram parados em gabinete do TCU por mais de 5 anos:

13. Em vista do parâmetro estabelecido acima, evidencia-se a ocorrência de prescrição no presente caso. A observação do andamento processual relativo ao processo TC 07.987/2001-1 indica que efetivamente houve período de inércia superior a 5 (cinco) anos, imputável ao TCU, entre 05.10.2009 e 13.03.2015. Após a condenação de Luiz Carlos dos Santos ao ressarcimento do valor histórico de R\$ 600.000,00 e ao pagamento de multa no valor de R\$ 50.000,00 (acórdão 31/2008-TCU-Plenário), houve a interposição de recurso de reconsideração em 05.03.2008. Em 05.06.2008, os autos foram remetidos à Secretaria das Sessões para sorteio de novo relator. Após breve movimentação entre gabinetes diversos, os autos deixaram de receber qualquer andamento em 05.10.2009. Só em 13.03.2015, o andamento registraria novo ato processual, tendo o recurso de reconsideração sido autuado em 09.06.2015.

Verifico, portanto, que ambos os precedentes não são análogos ao presente caso em apreço, eis que tratam da prescrição da pretensão punitiva dos Tribunais de Contas (isto é, do prazo prescricional no âmbito dos processos em trâmite nos Tribunais de Contas – prazos anteriores a constituição do título executivo), enquanto o **Tema 899 do STF trata da prescrição ressarcitória** (isto é, do prazo prescricional no âmbito dos processos em trâmite no Poder Judiciário – prazos após a constituição do título executivo), não podendo, assim, serem utilizados como fundamento para tanto.

Nessa toada, **o TCU fixou o enunciado de que a suspensão pelo STF das demandas nas quais esteja em questão a prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário com base em decisão de tribunal de contas (RE**

636.886/STF) alcança tão somente a fase judicial de cobrança do título extrajudicial, não atingindo os processos de controle externo em trâmite.

Destaco o **Acórdão 6589/2020 – Segunda Câmara** de relatoria do Min. Raimundo Carneiro na sessão do dia 16.06.2020 e o **Acórdão 2018/2020 – Plenário** de relatoria da Min. Ana Arraes na sessão do dia 05.08.2020, cujo enunciado consignou-se:

“O entendimento proferido pelo STF no RE 636.886 (Tema 899 da Repercussão Geral), a respeito da prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário com base em decisão de tribunal de contas, alcança tão somente a fase judicial de execução do título extrajudicial, não atingindo os processos de controle externo em trâmite no TCU.”

Ademais, após um período de discussão acerca da matéria, o Tribunal de Contas da União reafirma seu posicionamento ao expedir a Resolução TCU nº 344, datada de 11 de outubro de 2022, na qual regulamenta, no âmbito do TCU, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva, de ressarcimento e executória, fixando ali com muita clareza os prazos prescricionais, os termos iniciais, as causas interruptivas, impeditivas e suspensivas da prescrição, além de fixar a prescrição intercorrente e os efeitos da prescrição.

Por sua vez, a **ATRICON – Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil**, por meio da **Nota Técnica nº 04/2020**, concluiu no mesmo sentido, qual seja de que a tese fixada no Tema 899 de repercussão geral do Excelso STF aplica-se somente no âmbito das ações de execução, não alcançando os processos que tramitam no âmbito interno dos Tribunais de Contas, conforme se verifica:

– III –

CONCLUSÕES DA NOTA TÉCNICA

23. Por todo o exposto, a ATRICON, reconhecendo a necessidade de atuação para orientação geral e uniformização de entendimento, em nome da segurança jurídica, em relação à decisão do Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, no Recurso Extraordinário nº 636.886, acerca do tema da prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao Erário, fundada em decisão de Tribunal de Contas, com base nas razões acima expostas, conclui:

23.1 - A tese jurídica fixada pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do TEMA 899, de repercussão geral, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 636.886, aplica-se somente no âmbito das ações de execução ajuizadas com base na Lei Federal nº 6.830/1980 – Lei de Execução Fiscal, não alcançando os processos que tramitam no âmbito interno dos Tribunais de Contas;

23.2 – A decisão do Supremo Tribunal Federal no âmbito do TEMA 899 restringe-se aos processos de execução relativos à pretensão de ressarcimento (imputação de débito), não tratando da pretensão punitiva (aplicação de sanções);

23.3 - Havendo legislação local que normatize os institutos da prescrição e da decadência, recomenda-se que o seu conteúdo seja observado pelo respectivo Tribunal de Contas.

24. As conclusões desta Nota Técnica prevalecerão até que sobrevenha alteração da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou norma geral que trate do tema.

(Grifos nossos)

Assim, compreendo que a tese assentada no RE 636.886 não é aplicável ao caso ora em análise, em que ainda poderá se formar título executivo extrajudicial, a depender da confirmação do julgamento de mérito a ser proferida em acórdão.

Desta feita, a tese fixada pelo Excelso STF no Tema 899, relativa exclusivamente a prescrição da pretensão ressarcitória aparelhada em títulos executivos extrajudiciais decorrentes da atuação dos Tribunais de Contas, mostra-se manifestamente irrelevante para os fins almejados, qual seja discutir eventual prescrição da pretensão punitiva desta Corte de Contas.

Nada obstante, não foi esse o posicionamento adotado pelo Conselheiro Relator no Voto Relator 5457/2022, que no presente caso entende não só pela aplicabilidade da prescrição da pretensão punitiva, como também pela prescrição da pretensão ressarcitória:

Verifica-se assim que, nos presentes autos, ocorreu a consumação da prescrição da pretensão punitiva somente em relação aos seguintes responsáveis: **Octaciano Gomes de Souza Neto, José Arthur Bermudes da Silveira e Marcio Araújo Passos**. Não ocorrendo quanto aos demais responsáveis.

Quanto prescrição da pretensão ressarcitória este Tribunal já se manifestou em diversos processos sobre o tema, encampando o entendimento firmado no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 636886 (Tema 899), por meio do qual o Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral, por unanimidade, decidiu pela prescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário baseada em decisão de Tribunal de Contas, tendo o *decisum* transitado em julgado em 05/10/2021.

A tese formulada foi a seguinte:

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

Pioneiro a aplicar a tese lançada pelo Supremo Tribunal Federal, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, através do Plenário assim decidiu:

RECURSO ORDINÁRIO. PREJUDICIAL DE MÉRITO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO RESSARCITÓRIA. TEMA 899 DO STF. RECONHECIMENTO. ARQUIVAMENTO. 1. Nos termos da tese fixada para o Tema nº 899 pelo

Supremo Tribunal Federal, é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário exercida pelo Tribunal de Contas, aplicando-se, enquanto não houver previsão específica em lei, os mesmos prazos estabelecidos para a prescrição da pretensão punitiva. 2. Transcorrido o prazo de 5 (cinco) anos entre a primeira causa interruptiva e a primeira decisão de mérito proferida no processo, impõe-se o reconhecimento da prescrição da pretensão ressarcitória desta Corte, nos termos do art. 110-E c/c art. 110-F, I, e art. 110-C, II, da Lei Orgânica.

Corroborando o entendimento citado este Tribunal já se manifestou através de diversos julgados pela prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário, os quais cito como exemplo TC 2544/2010; 6037/2012; 1939/2014; 2343/2009;

Assim, dado o entendimento do Supremo Tribunal Federal, toda a nossa legislação interna carece de ser interpretada tendo como base a Constituição Federal, e como pano de fundo o *decisum* do STF, o que leva à clara conclusão pela ilegitimidade de qualquer dispositivo legal ou regimental que pugne pela imprescritibilidade (em qualquer caso) no âmbito de uma Corte de Contas, considerando que a imprescritibilidade é reservada pela Constituição Federal de 1988 para situações de extrema gravidade, como por exemplo em caso de racismo (art. 5º, XLII), e em caso de ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º XLIV).

Diante do exposto entendo que está presente o instituto a prescrição, tanto punitiva quanto ressarcitória, em relação aos seguintes responsáveis: Octaciano Gomes de Souza Neto, José Arthur Bermudes da Silveira e Marcio Araújo Passos. Não ocorrendo quanto aos demais responsáveis.

Chegando à seguinte conclusão:

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, ACÓRDAM os conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão do plenário, ante as razões expostas pelo relator, em:

1. Rejeitar as preliminares:

- a. Imediata suspensão da presente tomado de contas especial;
- b. Baixa na inscrição do Cadin/ES;
- c. Ilegitimidade passiva – atribuições do fiscal do contrato definidas pela portaria SEGER/PGE/SECONT N° 049-R/2010 de 24 de agosto de 2010;
- d. Nulidade do relatório final da tomada de contas especial – não apurada a conduta do gestor do contrato – servidor público com função ativa na SEAG - Gerente QCE-03;
- e. Quanto à **Prescrição da pretensão punitiva**, entende-se que a **preliminar deve ser acolhida, em relação aos senhores Marcio Araújo Passos, José Arthur Bermudes da Silveira e Octaciano Gomes de Souza Neto;**
- f. Impossibilidade do exercício do contraditório e da ampla defesa.

2. EXTINGUIR o presente processo com resolução do mérito, para os responsáveis: Octaciano Gomes de Souza Neto, José Arthur Bermudes da Silveira e Marcio

Araújo Passos, com fundamento no inciso II do art. 487¹², do Novo Código de Processo Civil (lei nº 13.105/2015), tendo vista o reconhecimento da prescrição nos termos deste Voto.

3. Afastar as irregularidades abaixo listadas de acordo com a fundamentação exposta, julgando **Regular a Tomadas de Contas Especial** sob exame:

II.2.1 RECEBIMENTO IRREGULAR DE PAGAMENTOS DE RELATÓRIOS, EM DESACORDO COM O CONTRATO, E REAJUSTAMENTO COM INDICES EQUIVOCADOS, OCASIONANDO DANO AO ERÁRIO. Fundamentação Legal: Artigo 62 e 63 da lei 4.320/64. Artigo 2º, § 1º, 2º e 3º da Lei 10.192/2001. Artigo 66 da lei 8666/1993. Cláusula primeira, item 1.1, Cláusula décima, item 10.1 e alíneas “K” e “I” do Contrato SEAG Nº 021/2014

II.2.2 LIQUIDAÇÃO IRREGULAR DE MEDIÇÕES COM PAGAMENTO DE RELATÓRIOS EM DESACORDO COM O CONTRATO E REAJUSTAMENTO COM INDICES EQUIVOCADOS, OCASIONANDO DANO AO ERÁRIO. Fundamentação Legal: Artigo 62 e 63 da lei 4.320/64. Artigo 2º, § 1º, 2º e 3º da Lei 10.192/2001. Artigo 66, 67 e 76 da lei 8666/1993. Cláusula Primeira, item 1.1, Cláusula décima, item 10.2 e alínea “b” do Contrato SEAG Nº 021/2014.

4. Dê-se ciência aos interessados na forma regimental e após **arquite-se**.

Ora eminentes pares, peço vênica para esclarecer que em se tratando de apuração de condutas que causem dano ao erário, a eventual prescrição da pretensão punitiva do Tribunal de Contas não obsta o reconhecimento da prática do ilícito, ou seja, permanece latente o poder/dever da Corte de Contas no tocante à formação do título em desfavor do responsável.

Conforme consignado alhures, a expressão ‘ações de ressarcimento’ constante nas teses fixadas nos Temas 897 e 899 do STF refere-se a **ações judiciais**, isto é, aquelas que tramitam e são processadas perante o Poder Judiciário, e não a demandas processadas perante os Tribunais de Contas.

Digo isso pois, diversos trechos do voto condutor do eminente Ministro Relator Alexandre de Moraes consolidam o entendimento de que a discussão é sobre a prescrição da pretensão ressarcitória (pretensão de ajuizar uma ação judicial perante o Poder Judiciário para cobrar valores de uma pessoa que foi responsabilizada), cujos trechos peço vênica para repetir:

¹² **Artigo 487 da Lei nº 13.105 de 16 de Março de 2015**

Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção;

II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;

Na presente hipótese é necessário, inicialmente, analisar o posicionamento dessa CORTE SUPREMA em relação a imprescritibilidade ou não das ações de ressarcimento ao erário (...) – fls. 01/02 do voto de relatoria.

(...)

De outro lado, a irregularidade identificada pelo TCU, assim como o indébito fiscal, pode configurar ato ilícito, porque contrários ao direito; mas a natureza jurídica de ilícito não é razão bastante para que se torne imprescritível a ação para a cobrança de crédito; ... – fls. 08/09 do voto de relatoria.

(...)

O reconhecimento da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas significa grave ferimento ao Estado de Direito, (...) – fls. 09 do voto de relatoria.

(...)

(...) a estipulação de prazos fatais para o exercício das pretensões em juízo, na hipótese da prática de atos ilícitos ou irregulares. – fls. 09 do voto.

Posicionamento esse corroborado em diversos outros trechos do julgamento dos embargos de declaração, inclusive na ementa, que aclararam no sentido de dar um contorno objetivo ao fundamento do acórdão, qual seja de que a prescrição da pretensão ressarcitória se dá na **fase judicial do processo, somente após o término da atuação dos Tribunais de Contas**:

TEMA 899 DE REPERCUSSÃO GERAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO FUNDADA EM DECISÃO DE TRIBUNAL DE CONTAS (CF, ART. 71, § 3º). PRAZO DE 5 (CINCO) ANOS. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. O acórdão embargado não apresenta omissões, contradições ou obscuridades. O ofício judicante realizou-se de forma completa e satisfatória, não se mostrando necessários quaisquer reparos.

2. A questão controvertida decidida no Tema 899 da repercussão geral definiu a prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas, nos termos do art. 71, § 3º, da CF, que estabelece: “as decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo”.

3. Após a conclusão da tomada de contas, com a apuração do débito imputado ao jurisdicionado, conforme definido pelo STF, a decisão do TCU formalizada em acórdão terá eficácia de título executivo e será executada conforme o rito previsto na Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/1980).

4. Inexistência de hipótese de imprescritibilidade, aplicando-se, integralmente, o disposto no art. 174 do Código Tributário Nacional, c/c art. 40 da Lei 6.830/1980, que rege a Execução Fiscal e fixa em 5 (cinco) anos, respectivamente, o prazo para a cobrança do crédito fiscal e para a declaração da prescrição intercorrente, conforme consta no acórdão embargado.

5. Ausência dos pressupostos necessários à modulação dos efeitos do julgado.

6. Embargos de Declaração rejeitados.

Por oportuno, destaco o seguinte trecho do voto de relatoria que, de forma absolutamente clara, consigna que o objeto do Tema 899 não tangencia a atuação dos Tribunais de Contas quanto à formação do título executivo, mas tão somente a fase judicial de execução deste, in verbis:

Nenhuma consideração houve acerca do prazo para constituição do título executivo, até porque esse não era o objeto da questão cuja repercussão geral foi reconhecida no Tema 899, que ficou adstrito, como sobejamente já apontado, à fase posterior à formação do título.

A afirmação lançada pelo Ministro Alexandre de Moraes no voto condutor dos embargos declaratórios de que “*nenhuma consideração houve acerca do prazo para constituição do título executivo, até porque esse não era o objeto da questão cuja repercussão geral foi reconhecida no Tema 899, que ficou adstrito, como sobejamente já apontado, à fase posterior à formação do título*”, exposta anteriormente, nos conduz à conclusão de que o julgamento definitivo do RE 636.886 em nada modificou o instituto da prescrição quanto às demandas de competência das Cortes de Contas.

Para uma melhor compreensão, entendo prudente aclarar que primeiramente tramitam as demandas nos Tribunais de Contas, independentemente de sua natureza (se ressarcitória ou não), que resultará em um julgado colegiado (acórdão).

Caso esse julgado colegiado (acórdão) proferido pelo Tribunal de Contas fixe alguma condenação ao responsável (independente da natureza da condenação: se ressarcimento ou penalidade) e, claro, com seu trânsito em julgado e sem o cumprimento espontâneo pelo responsável, poderá a Procuradoria competente ajuizar a respectiva ação judicial para cobrar os valores fixados no acórdão do Tribunal de Contas.

Os Temas 897 e 899 do STF tratam especificamente dos prazos prescricionais dessas ações judiciais eventualmente ajuizadas pelas Procuradorias com base nos títulos executivos das decisões dos Tribunais de Contas.

Verifica-se, portanto, que as demandas e os prazos prescricionais punitivos, de competência das Cortes de Contas, são anteriores as ações judiciais ressarcitórias descritas e debatidas nos Temas 897 e 899 do STF.

Esse também é o posicionamento do Ministério Público de Contas por meio do Parecer 01478/2022-7, proferido nos autos do Processo TC 04866/2018-8, datado de 13/04/2022, *verbis*:

Conforme amplamente demonstrado, não restam dúvidas que o **RE 636.886 – TEMA 899/STF tratou da prescrição intercorrente da pretensão de ressarcimento nos autos da Ação de Execução Fiscal**, ou seja, fase posterior à constituição do Título Executivo. Nesse sentido, **o início da contagem do prazo ocorre após o trânsito em julgado da decisão do TCU que impôs o dever de ressarcimento; e não antes.**

Veja-se que, muito embora a Ação de Execução Fiscal tenha **decorrido (derivado, sucedido, nascido)** de Acórdão do TCU – Título Executivo Extrajudicial – que condenou a gestora a ressarcimento ao Erário, **o RE 636.886 – TEMA 899/STF não se pôs a discutir a prescrição intercorrente da pretensão de ressarcimento em processos no âmbito das Corte de Contas, mas sim em processos de Execução Fiscal de Cobrança de Dívida.**

(...)

Conforme demonstrado no item anterior desta peça, “**2.1 HISTÓRICO DO JULGAMENTO: Da Formação do Título Executivo Extrajudicial ao RE 636.886 – TEMA 899/STF**”, a matéria ventilada pelo STF diz respeito, **tão somente, à prescrição intercorrente da pretensão de ressarcimento no bojo de processo de Ação de Execução Fiscal, não aduzindo, portanto, nenhuma consideração acerca de prazo para a constituição do título executivo, até mesmo porque esse não era o objeto da questão cuja Repercussão Geral fora reconhecida no Tema 899.**

(...)

No presente caso, conforme reiteradamente assinalado, o regime jurídico apontado no **RE 636.886 – TEMA 899/STF se reporta ao regime tributário, com a aplicação da Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/1980) c/c o Código Tributário Nacional Lei n. 5.172/1966**, em detrimento da previsão contida na Constituição Federal, em relação, **tão somente, aos processos de Execução Fiscal, no que tange à incidência do prazo prescricional de 5 (cinco) anos para a prescrição intercorrente da pretensão de ressarcimento.**

A fim de confirmar o exposto, questiona-se: **haveria terreno para decretar a prescrição intercorrente com base no RE 636.886 – TEMA 899/STF em processos no âmbito dos Tribunais de Contas – esfera administrativa, fase que antecede à Ação de Execução Fiscal?**

Conforme ficou amplamente demonstrado, por óbvio, a resposta à indagação acima é: **Não!**

A pretensão de ressarcimento a que se refere o **RE 636.886 – TEMA 899/STF se opera na fase executória do título executivo**, ainda que, ou melhor, independente do dever de ressarcimento ser proveniente, decorrente, oriundo de decisão de Tribunais de Contas, aplicando-se o **prazo quinquenal previsto na Lei de Execução Fiscal** contado a partir do trânsito em julgado da decisão.

Pois bem. Se **a pretensão de ressarcimento se opera na fase executória do Título Executivo, e não na fase de constituição do Título Executivo**, evidente que nos processos perante o TCEES – fase anterior à Execução Fiscal – não há que se falar em prescrição intercorrente da pretensão de ressarcimento com base em fundamento extraído da decisão do **RE 636.886 – TEMA 899/STF.**

É certo, portanto, que o **RE 636.886 – TEMA 899/STF sobre a prescrição intercorrente da pretensão ressarcitória não se aplica aos processos em trâmite perante as Cortes de Contas.**

Logo, não há qualquer reflexo que deva ser aventado para justificar o sobrestamento do feito, num primeiro momento, nem tampouco a extinção do processo sem resolução de mérito, em um momento posterior, conforme inúmeras decisões que têm sido proferidas:

(...)

Resumidamente, o **RE 636.866/STF – TEMA 899/STF, não se aplica aos processos em trâmite perante as Cortes de Contas pois:**

- A matéria objeto de discussão no **RE 636.886 – TEMA 899/STF** teve sua origem a partir de uma **Ação de Execução Fiscal** – esfera judicial – proposta pela **União** em face da senhora **Vanda Maria Menezes Barbosa**;
- Objetivou discutir a violação ao **art. 37, §5º da Constituição Federal** – “§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, **ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento**”, e o afastamento da aplicação do **art. 40, §4º da Lei n. 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal)** – “4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, **depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato**” c/c o **art. 174, da Lei n. 5.172/1966 (Código Tributário Nacional)** – “art. 174. A **ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva**”;
- O **RE 636.886 – TEMA 899/STF** concentrou-se tão somente na **matéria da prescrição intercorrente da pretensão de ressarcimento na Fase da Execução Fiscal**, em âmbito judicial;
- Nenhuma consideração houve acerca do prazo para constituição do Título Executivo, até porque esse não era o objeto da questão cuja Repercussão Geral fora reconhecida no **Tema 899/STF**, que ficou adstrito, como sobejamente já apontado, à fase posterior à formação do Título.

Desta feita, não há que se falar em prescrição da ação ressarcitória se não houverem demandas em processamento nos Tribunais de Contas, independente da natureza. Esclareço, novamente, que este Tribunal não tem competência para julgar demandas cujo objeto é a prescrição da pretensão ressarcitória, conforme sobejado pelo Excelso STF em seus julgados.

Releva notar ainda que para além da possibilidade de execução direta das decisões das Cortes de Contas, revela-se viável o ajuizamento de ação civil pública por ato de

improbidade administrativa aparelhada com o mesmo título, no bojo da qual o responsável pode ser condenado a ressarcir ao erário, pretensão esta cujo exercício é imprescritível, conforme tese fixada quando do julgamento do Tema 897.

Tal hipótese foi aventada pelo próprio Ministro Alexandre de Moraes em seu voto de relatoria, conforme trecho abaixo transcrito:

[...] exsurgindo elementos consistentes da atuação consciente e dolosa, no sentido de má gestão e de dilapidação do patrimônio público, abre-se a possibilidade de ajuizamento da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, na qual (a) os acusados terão plenas oportunidades de defesa e (b) a condenação ao ressarcimento, comprovado o agir doloso, será imprescritível, na forma da jurisprudência desta CORTE.
[...]

Desse modo, ainda que alcançada a própria prescrição da pretensão de execução do título constituído pelo Tribunal de Contas, não há óbice para que a apuração realizada pelo órgão de controle embase eventual proposição de ação de improbidade administrativa por dano ao erário, o que afasta a sustentada inutilidade do prosseguimento dos processos sobrestados por esta Corte de Contas com base no Tema 899, do STF.

Esse posicionamento foi materializado por meio da recente Resolução nº 344/2022 do Tribunal de Contas da União, em seu art. 13:

Art. 13. Verificada a prescrição, o Tribunal de Contas da União poderá imputar o dano ao erário integralmente a quem lhe deu causa, na forma deste artigo, sem prejuízo de remeter cópia da documentação pertinente ao Ministério Público da União, para ajuizamento das ações cabíveis, se houver indícios de crime ou da prática de ato de improbidade administrativa.

Por fim, pedindo vênias ao nobre Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, entendo que a apuração, pelo Tribunal de Contas, de condutas que importem dano ao erário nem de longe viola o princípio da segurança jurídica, que não pode servir de abrigo para o mau gestor.

Afigura-se manifestamente temerário tratar todos os processos sobrestados de forma genérica, cravando-se que em todos os casos haveria a necessidade de reconstituição da matriz de responsabilidade e que a observância ao princípio da ampla defesa seria dificultada pelo lapso temporal pelos quais os procedimentos

restaram suspensos. Mesmo porque, na grande maioria dos casos o contraditório já se aperfeiçoou, com todas as garantias do devido processo legal e da ampla defesa.

Defendo que a eventual inviabilidade de recomposição processual capaz de comprometer a produção de um conjunto probatório eficaz para a solução do caso concreto deve ser aferido de forma individualizada, no bojo de cada um dos procedimentos sobrestados cuja tramitação deve ser retomada, sob pena de concessão, por este Plenário, de uma verdadeira anistia, de caráter abstrato, fundada na equivocada premissa de que a função constitucional desta Corte de Contas não teria utilidade em todos os processos que foram sobrestados com fundamento no Tema 899, do Excelso Supremo Tribunal Federal.

Assim, repito, compreendo que a tese assentada no RE 636.886, relativa exclusivamente a prescrição da pretensão ressarcitória aparelhada em títulos executivos extrajudiciais decorrentes da atuação dos Tribunais de Contas, não é aplicável ao caso ora em análise, em que ainda poderá se formar título executivo extrajudicial, a depender da confirmação do julgamento de mérito a ser proferida em acórdão.

Nada obstante, observo que o Colegiado desta Corte de Contas, por maioria e até o presente momento, tem assumido posicionamento diverso, no sentido de entender que a tese fixada pelo Excelso STF no Tema 899 afetaria a atuação desta Corte de Contas no julgamento de processos cujo objeto é a prescrição da pretensão punitiva.

No meu sentir, o TCEES tem dado idêntico tratamento a institutos jurídicos completamente distintos, como bem frisado pelo Ministério Público de Contas por meio do Parecer 01478/2022-7, proferido nos autos do Processo TC 04866/2018-8:

Em outros termos, o TCEES tem dado idêntico tratamento a institutos jurídicos completamente distintos, **ao arrepio da lei, da jurisprudência e da doutrina**, valendo-se de uma interpretação deturpada decorrente de alteração de sentido do **TEMA 899/STF – “É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”**, bem como incluído em sua análise o **TEMA 666/STF – “É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”** e o **TEMA 897/STF – “Somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa – Lei 8429/92”**, a merecer as devidas notas de destaque.

Em relação a redação do **TEMA 897/STF**, não paira dúvidas acerca da imprescritibilidade das ações de ressarcimento, motivo pelo qual, não há maiores considerações a serem feitas, embora, haja entendimento no sentido de que os Tribunal

de Contas não julguem atos (se dolosos ou culposos), mas contas. Tal narrativa, entretanto, se mostra um tanto frágil, haja vista haver previsão no âmbito do TCEES, tanto na Lei Complementar 621/2012, como reproduzida em seu Regimento Interno, sobre hipóteses de ocorrência de indícios de procedimento culposos ou doloso, com destaque para a redação do art. 134, parágrafo único da LC 621/2012, *in verbis*:

(...)

Por seu turno, em relação ao **TEMA 666**, uma vez que o Poder Público tenha sofrido **dano ao erário decorrente de um ilícito civil**, deverá ser ajuizada uma respectiva ação no prazo prescricional previsto em lei (institutos do regime jurídico do Direito Civil) para o devido ressarcimento. Embora, numa primeira leitura se possa levar à compreensão de que se refere a processos no âmbito do Tribunais de Contas, a *ratio decidendi* do Precedente Judicial (Jurisprudência) em nada possui relação com processos afetos ao Controle Externo. Trata-se de situações tipicamente decorrentes de ilícitos civis, tais como **acidente de trânsito envolvendo veículo da administração pública danificado por culpa de terceiro; cidadão que danifica bem público, a exemplo do dano resultante da depredação do patrimônio público**.

Novamente, observa-se que o TCEES, à margem da decisão do STF, vem adotando interpretação equivocada da jurisdição constitucional, com narrativas corrompidas dos fundamentos fáticos e jurídicos das teses levantadas pelo **STF** com vistas a ampliar, indevidamente, o alcance do *decisum* aos processos sob sua competência, e assim, em um estratagema autofágico, extinguir inúmeros feitos em face de um aventado reconhecimento da prescrição intercorrente da pretensão de ressarcimento.

A Corte de Contas, órgão incumbido da fiscalização dos recursos públicos como meio de corrigir falhas e prevenir desvios, infelizmente está adotando uma postura no sentido de, simplesmente, dispor do interesse público de recomposição do erário em razão de dano causado por gestores e por aqueles que administrem dinheiro, bens e valores da administração pública. Utiliza-se, para tanto, o discurso de autoridade, travestida de manifestação técnica e decisão, supostamente legítima, para fazer valer sua força sobre o direito.

Conforme amplamente demonstrado, não há, portanto, nos processos de Controle Externo, **em que ainda se discute a constituição do Título Executivo Extrajudicial que ensejará posterior Ação de Execução Fiscal (se confirmado o dano)**, que se falar em prescrição intercorrente da pretensão punitiva da Corte de Contas com base no **TEMA 899/STF**, nem do **TEMA 666/STF** e do **TEMA 897/STF**.

Nessa linha, caso seja mantido esse posicionamento da maioria do Colegiado, observo a necessidade de evitar, na condução do processo, desperdício de trabalho e tempo, causadores de entraves no curso processual, sendo então imperiosa a análise desse posicionamento a luz das causas interruptivas e suspensivas da prescrição prevista na Lei Complementar Estadual 621/2012 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo – LOTCEES).

Ademais, como aventado pelo Ministério Público de Contas por meio do Parecer 01478/2022-7, proferido nos autos do Processo TC 04866/2018-8, datado de 13/04/2022, é necessário superar as divergências de entendimento acerca do tema, promovendo-se uma análise extensa e profunda da questão, sabendo-se distinguir os paradigmas que fundamentaram as decisões do Excelso Supremo Tribunal

Federal a serem utilizados em casos análogos e não simplesmente serem utilizados de forma genérica e abrangente em todos os casos.

2.2. PREJUDICIAL DE MÉRITO – prescrição da pretensão punitiva.

Ab initio, cumpre lembrar que nos processos em trâmite nos Tribunais de Contas pode ocorrer a incidência da prescrição da pretensão punitiva, conforme já exaustivamente exposto alhures.

Verifico que muitos desencontros de posicionamentos, inclusive nos Tribunais Superiores, decorrem da confusão de nomenclatura adotada, apesar dos significados utilizados como fundamento.

Assim, peço vênia para repetir a premissa por mim adotada quanto aos significados das pretensões punitiva e ressarcitória:

Há que se fazer aqui a distinção entre a **pretensão punitiva**, que é a possibilidade de fazer valer o seu direito de punir em determinado espaço de tempo previsto pela Lei, esta sim sujeita a atuação dos Tribunais de Contas, e a **pretensão ressarcitória**, que é a capacidade de exercer a pretensão em juízo em determinado espaço de tempo após a formação do título executivo extrajudicial, previsto em Lei, cabível à Fazenda Pública, e que foi objeto da decisão exarada pelo excelso Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do Tema 899.

Dessa forma, a eventual prescrição da pretensão punitiva se dá no âmbito dos processos em trâmite nos Tribunais de Contas, isto é, prazos anteriores a constituição do título executivo, enquanto que a eventual prescrição da pretensão ressarcitória se dá no âmbito dos processos em trâmite no Poder Judiciário, isto é, prazos após a constituição do título executivo.

Na seara dos Tribunais de Contas pode ocorrer a incidência da prescrição da pretensão punitiva, mas não a prescrição da pretensão ressarcitória!

Assegura-se também referido posicionamento o Ministério Público de Contas por meio do Parecer 01478/2022-7, proferido nos autos do Processo TC 04866/2018-8, datado de 13/04/2022:

É certo que a **pretensão punitiva** se trata de Poder Sancionador das Cortes de Contas, consubstanciado na possibilidade de impor penalidades a seus jurisdicionados. Nesse sentido, a LC 621/2012, bem como a Resolução TC 261/2013 são clarividentes ao determinarem o **prazo de 5 (cinco) anos para a prescrição da pretensão punitiva do Tribunal de Contas nos feitos a seu cargo**, nos termos do art. 71 e art. 373, *in verbis*:

(...)

A **prescrição da pretensão punitiva** é a perda do poder de impor sanções que lhes são próprias em face do decurso de determinado tempo. Indaga-se: quais seriam essas sanções impostas pelo Tribunal de Contas?

A primeira, as **Multas** previstas no TÍTULO VI DAS SANÇÕES – CAPÍTULO II da LC 621/2012 e no TÍTULO VI DAS SANÇÕES – CAPÍTULO II do RITCEES 261/2013. Confira:

(...)

Além da **Multa**, a legislação vigente também definiu outras sanções previstas no TÍTULO VI – CAPÍTULO III da LC 621/2012 e no TÍTULO VI – CAPÍTULO III do RITCEES 261/2013, tais como: pena de inabilitação para o exercício do cargo em comissão ou função de confiança, por prazo não superior a cinco anos (art. 139 da LC 621/2012 e art. 392 do RITCEES 261/2013); declaração de inidoneidade do licitante fraudador para participar de licitação ou contratar, por até cinco anos, com a administração pública estadual e municipal (Art. 140 LC da 621/2012 e art. 393 do RITCEES 261/2013); inabilitação para o recebimento de transferências voluntárias, de órgãos ou entidades sujeitas à jurisdição do Tribunal de Contas (art. 141, I LC 621/2012 e art. 394, I do RITCEES 261/2013); proibição de contratação, pelo Poder Público estadual ou municipal, por até cinco anos, do agente público responsável (art. 141, II da LC 621/2012 e art. 394, II do RITCEES 261/2013). Veja-as:

(...)

O prazo da **prescrição da pretensão punitiva** para as **Multas** e demais **Sanções** previstas na LC 621/2012 e no RITCEES 261/2013 é de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 71 e art. 373, respectivamente, contados nos termos dos incisos I e II, do §2º, do art. 71 da LC 621/2012 e I e II, no §2º, do art. 373 do RITCEES 261/2013.

Por outro lado, a **pretensão de ressarcimento** versa sobre a recomposição dos valores decorrentes de dano causado ao erário.

Em processos em trâmite nas Cortes de Contas, segundo a **SÚMULA 282/TCU** e o **MS n. 26.210-9/STF**, é **imprescritível**, nos termos do entendimento conferido à parte final do **§5º, do art. 37, da CF/88**, razão pela qual **não há** na LC 621/2012 nem no RITCEES 261/2013 referência a termo inicial para a contagem do prazo, nem há previsão de causas suspensivas e interruptivas, como há para o caso da pretensão punitiva.

Conforme inicialmente apresentado, o TCEES tem decidido, equivocadamente, pelo reconhecimento a ocorrência da prescrição intercorrente da pretensão de ressarcimento com base no julgamento do **RE 636.886/Tema 899** que, conforme amplamente demonstrado, não se orienta aos processos instruídos pelos Tribunais de Contas que, no entanto, têm dado à prescrição da pretensão de ressarcimento o mesmo tratamento dispensado à prescrição da pretensão punitiva, sem qualquer fundamentação legal, jurisdicional ou doutrinária sobre a questão, valendo-se, apenas, de seu discurso de autoridade.

É de sabença acadêmica que a prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública Federal é regulada integralmente pela Lei nº 9.873/1999, que fixa o prazo de 5 (cinco) anos a contar da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que houver cessado, nos termos do art. 1º¹³ e conforme posicionamento adotado pelo Excelso STF:

3. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada integralmente pela Lei nº 9.873/1999, que fixa o prazo de 5 (cinco) anos a contar da data da prática do ato. Embora se trate, aqui, de pretensão de ressarcimento ao erário, e não de imposição de sanções, entendo que a referida lei representa a regulamentação mais adequada a ser aplicada por analogia.

(...)

23. Quanto ao prazo de prescrição aplicável na hipótese, esta Corte já decidiu que a prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada integralmente pela Lei nº 9.873/1999, seja por aplicação direta, seja por analogia. Tal diploma fixa o prazo de 5 (cinco) anos para o exercício da pretensão punitiva, a contar da data da prática do ato ou, em caso de infração permanente ou continuada, o dia em que tiver cessado. Embora se trate, no caso, de pretensão de ressarcimento ao erário, e não de imposição de sanções, entendo, à primeira vista, que a referida lei representa a regulamentação mais adequada a ser aplicada por analogia, tendo em vista a autonomia científica do direito administrativo e a inexistência de razão plausível para o suprimimento de possível omissão com recurso a normas do direito civil. Essa perspectiva vem sendo adotada em julgados desta Corte, conforme exemplifica a ementa abaixo:

(...)

(STF - MS 37.791-DF)

3. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada integralmente pela Lei nº 9.873/1999, que fixa o prazo de 5 (cinco) anos a contar da data da prática do ato. Embora se trate, aqui, não da imposição de sanções, mas de pretensão de ressarcimento ao erário, entendo que a referida lei representa a regulamentação mais adequada a ser aplicada por analogia.

(...)

12. Quanto ao prazo de prescrição aplicável na hipótese, esta Corte já decidiu que a prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada integralmente pela Lei nº 9.873/1999, seja por aplicação direta, seja por analogia. Tal diploma fixa o prazo de 5 (cinco) anos para o exercício da pretensão punitiva, a contar da data da prática do ato ou, em caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado. Embora não se trate, no caso, de pretensão punitiva, mas sim de pretensão de ressarcimento ao erário, entendo que a referida lei representa a regulamentação mais adequada a ser aplicada por analogia, tendo em vista a autonomia científica do direito administrativo e a inexistência de razão plausível para o suprimimento de possível omissão com recurso a normas do direito civil.

(...)

(STF - MS 38.058-DF)

¹³ Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

As causas interruptivas da contagem do prazo prescricional da pretensão punitiva da Administração Pública Federal estão previstas no art. 2º da mencionada Lei 9.873/1999, *verbis*:

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

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

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

III - pela decisão condenatória recorrível.

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

Para regular a matéria e aclarar ainda mais o tema, o Tribunal de Contas da União expediu recentemente a Resolução TCU nº 344, datada de 11 de outubro de 2022, na qual regulamenta, no âmbito do TCU, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva, de ressarcimento e executória, fixando ali com muita clareza os prazos prescricionais, os termos iniciais, as causas interruptivas, impeditivas e suspensivas da prescrição, além de fixar a prescrição intercorrente e os efeitos da prescrição.

O art. 2º da Resolução – TCU 344/2022 prevê o prazo de 05 (cinco) anos para prescrição das pretensões punitiva e de ressarcimento, contados dos termos iniciais indicados no art. 4º, *verbis*:

Art. 2º Prescrevem em cinco anos as pretensões punitiva e de ressarcimento, contados dos termos iniciais indicados no artigo 4º, conforme cada caso.

Assim dispõe o art. 4º:

Art. 4º O prazo de prescrição será contado:

I - da data em que as contas deveriam ter sido prestadas, no caso de omissão de prestação de contas; inicial;

II - da data da apresentação da prestação de contas ao órgão competente para a sua análise; III - do recebimento da denúncia ou da representação pelo Tribunal ou pelos órgãos de controle interno, quanto às apurações decorrentes de processos dessas naturezas;

IV - da data do conhecimento da irregularidade ou do dano, quando constatados em fiscalização realizada pelo Tribunal, pelos órgãos de controle interno ou pelo próprio órgão ou entidade da Administração Pública onde ocorrer a irregularidade;

V - do dia em que tiver cessado a permanência ou a continuidade, no caso de irregularidade permanente ou continuada.

Regulou-se as causas interruptivas e suspensivas nos arts. 5º e 7º, respectivamente:

Art. 5º A prescrição se interrompe:

- I - pela notificação, oitiva, citação ou audiência do responsável, inclusive por edital;
- II - por qualquer ato inequívoco de apuração do fato;
- III - por qualquer ato inequívoco de tentativa de solução conciliatória;
- IV - pela decisão condenatória recorrível.

§ 1º A prescrição pode se interromper mais de uma vez por causas distintas ou por uma mesma causa desde que, por sua natureza, essa causa seja repetível no curso do processo.

§ 2º Interrompida a prescrição, começa a correr novo prazo a partir do ato interruptivo.

§ 3º Não interrompem a prescrição o pedido e concessão de vista dos autos, emissão de certidões, prestação de informações, juntada de procuração ou subestabelecimento e outros atos de instrução processual de mero seguimento do curso das apurações.

§ 4º A interrupção da prescrição em razão da apuração do fato ou da tentativa de solução conciliatória, tal como prevista nos incisos II e III do caput, pode se dar em decorrência da iniciativa do próprio órgão ou entidade da Administração Pública onde ocorrer a irregularidade.

Art. 7º Não corre o prazo de prescrição:

- I - enquanto estiver vigente decisão judicial que determinar a suspensão do processo ou, de outro modo, paralisar a apuração do dano ou da irregularidade ou obstar a execução da condenação;
- II - durante o sobrestamento do processo, desde que não tenha sido provocado pelo TCU, mas sim por fatos alheios à sua vontade, fundamentadamente demonstrados na decisão que determinar o sobrestamento;
- III - durante o prazo conferido pelo Tribunal para pagamento da dívida na forma do art. 12, § 2º, da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992;
- IV - enquanto estiver ocorrendo o recolhimento parcelado da importância devida ou o desconto parcelado da dívida nos vencimentos, salários ou proventos do responsável;
- V - no período em que, a juízo do Tribunal, justificar-se a suspensão das apurações ou da exigibilidade da condenação, quanto a fatos abrangidos em Acordo de Leniência, Termo de Cessação de Conduta, Acordo de Não Persecução Civil, Acordo de Não Persecução Penal ou instrumento análogo, celebrado na forma da legislação pertinente;
- VI - sempre que prolongado o processo por razão imputável unicamente ao responsável, a exemplo da submissão extemporânea de elementos adicionais, pedidos de dilação de prazos ou realização de diligências necessárias causadas por conta de algum fato novo trazido pelo jurisdicionado não suficientemente documentado nas manifestações processuais.

Não diferente, este Tribunal de Contas, atento às mudanças e no exercício da atribuição de aplicador dos direitos fundamentais, zelando para que as relações jurídicas não fiquem à mercê de uma perene instabilidade, expressamente previu a prescrição da pretensão punitiva no art. 71 da sua Lei Orgânica (Lei Complementar nº 621/2012) e art. 373 do RITCEES, para a qual fixou o prazo de 05 anos:

Art. 71. Prescreve em cinco anos a pretensão punitiva do Tribunal de Contas nos feitos a seu cargo.

(...)

§ 2º Considera-se a data inicial para a contagem do prazo prescricional:

I - da autuação do feito no Tribunal de Contas, nos casos de **processos de prestação e tomada de contas**, e nos casos em que houver obrigação formal de envio pelo jurisdicionado, prevista em lei ou ato normativo, incluindo os atos de pessoal sujeitos a registro;

II - da ocorrência do fato, nos demais casos.

Art. 373. Prescreve em cinco anos a pretensão punitiva do Tribunal de Contas nos feitos a seu cargo.

(...)

§ 2º Considera-se a data inicial para a contagem do prazo prescricional:

I - da autuação do feito no Tribunal, nos casos de processos de prestação ou tomada de contas, e nos demais casos em que houver obrigação formal de envio pelo jurisdicionado, prevista em lei ou ato normativo, incluindo os atos de pessoal sujeitos a registro;

II - da ocorrência do fato, nos demais casos, inclusive nos processos de fiscalização convertidos em tomada de contas especial pelo Tribunal;

Complementando, a legislação desta Corte de Contas prevê ainda os casos de interrupção da contagem do prazo prescricional da pretensão punitiva, em seu 4º do art. 71 e art. 373, respectivamente:

Art. 71. (...)

§ 4º Interrompem a prescrição:

I - a citação válida do responsável;

II - o julgamento do processo pelo Colegiado competente;

III - a interposição de recurso.

Art. 373. (...)

§ 4º Interrompem a prescrição:

I - a citação válida do responsável;

II - o julgamento do processo pelo Colegiado competente;

III - a interposição de recurso.

E ainda, analogamente ao inciso II do art. 2º da Lei 9.873/1999, a legislação deste Tribunal de Contas prevê a suspensão da contagem do prazo prescricional da pretensão punitiva quando determinada diligência instrutória no processo, nos termos do §3º do art. 71 da LC 621/2012 e §4º do art. 314 c/c §3º do art. 373 do

RITCEES:

Art. 71. (...)

§ 3º Suspende a prescrição a determinação de diligência no processo, até o seu total cumprimento.

Art. 314. (...)

§ 4º A diligência suspenderá o prazo prescricional em curso, nos termos do § 3º do art. 373 deste Regimento, salvo quando ocasionada por erro na instrução pelo Tribunal.

Art. 373. (...)

§ 3º Suspende a prescrição a determinação de diligência no processo, até o seu total cumprimento.

O processo sob análise é uma Tomada de Contas Especial Instaurada, protocolizada neste Tribunal de Contas pelo Secretário de estado da Agricultura, Abastecimento, Aquicultura e Pesca - SEAG, Sr. Paulo Roberto Foletto, por meio do Ofício OF/SEAG/GS/Nº 606/2020, para apurar possíveis irregularidades no pagamento de serviços decorrentes do Contrato SEAG nº 021/2014 firmado pela SEAG e o Consórcio Gerenciador Sondotécnica Única, cujo objeto é a contratação de Gerenciamento e Supervisão, com o objetivo de dar apoio à Gerencia de Infraestrutura, Obras e Serviços Rurais GIEOSR, em todas as suas atividades técnicas, com destaque para os serviços de gerenciamento das obras de pavimentação e conservação de vias integrantes do Programas Caminhos do Campo da Secretaria de Estado da Agricultura, Abastecimento, Aquicultura e Pesca, tendo sido autuado na data de **18/08/2020**.

Essa data marca o termo inicial para contagem do prazo prescricional, na forma como prevê o inciso I do §2º do art. 71 da Lei Complementar nº 621/2012 c/c inciso I do §2º do art. 373 do RITCEES, tendo como marco interruptivo a citação válida do responsável, nos termos do inciso I do §4º do mencionado artigo.

As citações válidas dos responsáveis ocorreram no período entre **02/07/2021 e 09/07/2021**, em razão da Decisão SEGEX 274/2021-3 (peça 2083).

Registra-se também que a prescrição da ação punitiva se interrompe por qualquer ato inequívoco que importe apuração do fato (art. 2º da Lei 9873/99¹⁴ e inciso II do art. 5º da Resolução-TCU 344/22¹⁵), como a Instrução Técnica Conclusiva ITC 298/2022 (peça 2134) elaborada na data de **01/02/2022**, o Parecer do Ministério Público de Contas 0811/2022-2 (peça 2138) elaborado em **25/02/2022**, o voto do Relator 02438/2022-4 (peça 2141) elaborado em **10/05/2022**, as Notas Taquigráficas 108/2022 (peça 2149) em **08/07/2022**, a Manifestação Técnica de Defesa Oral 47/2022 (peça 2152) em **25/07/2022**, novo Parecer do Ministério Público de Contas 4412/2022-2 (peça 2155) elaborado em **20/09/2022** e o Voto do Relator 05457/2022 (peça 2159) em **24/10/2022**.

Em vista do parâmetro estabelecido acima, evidencia-se a não ocorrência da prescrição da pretensão punitiva no presente caso, eis que o prazo entre a data da autuação e a data da citação dos responsáveis, bem como entre a data das citações e a data do ato inequívoco que importou apuração dos fatos é inferior a 5 (cinco) anos.

Assim, resta clarividente a não consumação da prescrição da pretensão punitiva no presente caso.

2.3. PREJUDICIAL DE MÉRITO – ocorrência da prescrição da pretensão punitiva não impede atuação fiscalizadora do Tribunal de Contas.

Vale lembrar que a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição intercorrente não interferem na imprescritibilidade do poder-dever do Tribunal de Contas de analisar e

¹⁴ Art. 2º Interrompe-se a prescrição da ação punitiva:
I – pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital;
II - por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato;

¹⁵ Art. 5º A prescrição se interrompe:
I - pela notificação, oitiva, citação ou audiência do responsável, inclusive por edital;
II - por qualquer ato inequívoco de apuração do fato;
III - por qualquer ato inequívoco de tentativa de solução conciliatória;
IV - pela decisão condenatória recorrível.

declarar a regularidade ou irregularidade dos atos submetidos a sua análise, nos termos do §5º do art. 373 e do art. 375 do RITCEES:

Art. 373. (...)

§ 5º A prescrição da pretensão punitiva não impede a atuação fiscalizadora do Tribunal para a verificação da ocorrência de prejuízo ao erário, nem obsta a adoção de medidas corretivas para o exato cumprimento da lei.

Art. 374. Quando a prescrição alcançar a pretensão sancionatória, mas subsistir o dever de ressarcimento ao erário ou a necessidade de expedir determinação ao responsável para o exato cumprimento da lei, o processo deverá ser julgado ou apreciado pelo colegiado.

Ademais foi esse também o posicionamento adotado pelo Ministério Público da União no Parecer 2384/220-5 (TC 4496/2009-9) – peça 41:

Não obstante, consoante externado pela unidade técnica no item 2 da ITC 02002/2020-9, persiste a atuação fiscalizadora do Tribunal de Contas para verificação da ocorrência de prejuízo ao erário e adoção de medidas corretivas (art. 71, § 5º da LC n. 621/2012 c/c art. 374 do RITCEES), visto que “o reconhecimento da prescrição de ações de ressarcimento ao erário no julgamento do Recurso Extraordinário 669.069/MG (Repercussão Geral 666) não atinge os processos de controle externo, uma vez que a decisão do STF se aplica apenas a ações de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil, ou seja, circunscreve-se à prática de atos danosos ao erário que violem normas de Direito Privado” (TCU, Acórdão 2354/2020 – Primeira Câmara, Rel. Bruno Dantas).

E também o posicionamento adotado pelo Tribunal de Contas da União ao expedir a Resolução-TCU nº 344/2022, em seu art 12:

Art. 12. O reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva e da pretensão ressarcitória, a despeito de obstar a imposição de sanção e de reparação do dano, não impede o julgamento das contas, a adoção de determinações, recomendações ou outras providências motivadas por esses fatos, destinadas a reorientar a atuação administrativa.

Inclusive com a obrigação de remessa da documentação pertinente ao Ministério Público da União para adoção das medidas judiciais cabíveis:

Art. 13. Verificada a prescrição, o Tribunal de Contas da União poderá imputar o dano ao erário integralmente a quem lhe deu causa, na forma deste artigo, sem prejuízo de remeter cópia da documentação pertinente ao Ministério Público da União, para

ajuizamento das ações cabíveis, se houver indícios de crime ou da prática de ato de improbidade administrativa.

Os Temas 897 e 899 do STF tratam especificamente dos prazos prescricionais das ações judiciais eventualmente ajuizadas pelas Procuradorias com base nos títulos executivos das decisões dos Tribunais de Contas.

Verifica-se, portanto, que as demandas e os prazos prescricionais punitivos, de competência das Cortes de Contas, são anteriores as ações judiciais ressarcitórias descritas e debatidas nos Temas 897 e 899 do STF.

Desta feita, não há que se falar em prescrição da ação ressarcitória se não houverem demandas em processamento nos Tribunais de Contas, independente da natureza. Esclareço, novamente, que este Tribunal não tem competência para julgar demandas cujo objeto é a prescrição da pretensão ressarcitória, conforme sobejado pelo Excelso STF em seus julgados.

Releva notar ainda que para além da possibilidade de execução direta das decisões das Cortes de Contas, **revela-se viável o ajuizamento de ação civil pública por ato de improbidade administrativa aparelhada com o mesmo título, no bojo da qual o responsável pode ser condenado a ressarcir ao erário, pretensão esta cujo exercício é imprescritível, conforme tese fixada quando do julgamento do Tema 897.**

Tal hipótese foi aventada pelo próprio Ministro Alexandre de Moraes em seu voto de relatoria, conforme trecho abaixo transcrito:

[...] exurgindo elementos consistentes da atuação consciente e dolosa, no sentido de má gestão e de dilapidação do patrimônio público, abre-se a possibilidade de ajuizamento da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, na qual (a) os acusados terão plenas oportunidades de defesa e (b) a condenação ao ressarcimento, comprovado o agir doloso, será imprescritível, na forma da jurisprudência desta CORTE.
[...]

Desse modo, ainda que alcançada a própria prescrição da pretensão de execução do título constituído pelo Tribunal de Contas, não há óbice para que a apuração realizada pelo órgão de controle embase eventual proposição de ação de improbidade administrativa por dano ao erário, o que afasta a sustentada inutilidade

do prosseguimento dos processos sobrestados por esta Corte de Contas com base no Tema 899, do STF.

Por fim, pedindo vênia aos nobres colegas Conselheiros, entendo que a apuração, pelo Tribunal de Contas, de condutas que importem dano ao erário nem de longe viola o princípio da segurança jurídica, que não pode servir de abrigo para o mau gestor.

Defendo que a eventual inviabilidade de recomposição processual capaz de comprometer a produção de um conjunto probatório eficaz para a solução do caso concreto deve ser aferido de forma individualizada, no bojo de cada um dos procedimentos sobrestados cuja tramitação deve ser retomada, sob pena de concessão, por este Plenário, de uma verdadeira anistia, de caráter abstrato, fundada na equivocada premissa de que a função constitucional desta Corte de Contas não teria utilidade em todos os processos que foram sobrestados com fundamento no Tema 899, do Excelso Supremo Tribunal Federal.

Por todo exposto, **divergindo do posicionamento do Conselheiro Relator**, deve-se **reconhecer e declarar** que a tese fixada no Tema 899 pelo Excelso STF, acerca da prescrição da **pretensão ressarcitória**, aplica-se somente no âmbito das ações de execução ajuizadas perante o Poder Judiciário, com base na Lei Federal nº 6.830/1980 – Lei de Execução Fiscal, não alcançando os processos que tramitam no âmbito interno dos Tribunais de Contas e **reconhecer a não incidência da prescrição da pretensão punitiva**.

Entretanto, esclareço, novamente, que este Tribunal não tem competência para julgar demandas cujo objeto é a prescrição da pretensão ressarcitória, conforme sobejado pelo Excelso STF em seus julgados.

Além disso, se a Corte de Contas não tem competência para declarar ou reconhecer o dolo, conforme entendimento do STF, de igual modo, não pode ter competência para declarar que não há dolo!! Em outras palavras, o Tribunal de Contas não tem competência positiva para reconhecer a existência do dolo e nem a competência negativa para negar sua existência, remanescendo o dever de encaminhar o feito para os órgãos competentes.

Assim, havendo dano apurado e quantificado pela área técnica, deixar de encaminhar os autos para o órgão competente é, por vias oblíquas, reconhecer que não houve dolo, agindo ao alvedrio das sobejadas decisões da Suprema Corte.

Assim, ante todo o exposto, obedecidos todos os trâmites processuais e legais, tendo em conta a fundamentação até aqui expendida, divergindo parcialmente do Voto do Conselheiro Relator, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte proposta de deliberação que submeto à sua consideração.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão colegiada, ante as razões expostas no voto de vista pelo Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo

1. **RECONHECER e DECLARAR** que a tese fixada no Tema 899 pelo Excelso STF, acerca da prescrição da pretensão ressarcitória, aplica-se somente no âmbito das ações de execução ajuizadas perante o Poder Judiciário, com base na Lei Federal nº 6.830/1980 – Lei de Execução Fiscal, não alcançando os processos que tramitam no âmbito interno dos Tribunais de Contas.
2. **RECONHECER e DECLARAR a não incidência da prescrição da pretensão punitiva** desta Corte de Contas, nos presentes autos, nos termos deste Voto.
3. Quanto ao mérito, retornar os autos ao Conselheiro Relator para manifestação e prosseguimento da demanda quanto ao dano ao erário.
4. **Dar ciência** aos interessados.
5. Após os trâmites regimentais, **arquivar** os autos.

SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Conselheiro

1. ACÓRDÃO TC-1449/2022

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas:

1.1. Rejeitar as preliminares:

- 1.1.1 Imediata suspensão da presente tomado de contas especial;
- 1.1.2 Baixa na inscrição do Cadin/ES;
- 1.1.3 Ilegitimidade passiva – atribuições do fiscal do contrato definidas pela portaria SEGER/PGE/SECONT Nº 049-R/2010 de 24 de agosto de 2010;
- 1.1.4 Nulidade do relatório final da tomada de contas especial – não apurada a conduta do gestor do contrato – servidor público com função ativa na SEAG - Gerente QCE-03;
- 1.1.5 Quanto à **Prescrição da pretensão punitiva**, entende-se que a **preliminar deve ser acolhida**, em **relação aos senhores Marcio Araújo Passos, José Arthur Bermudes da Silveira e Octaciano Gomes de Souza Neto**;
- 1.1.6 Impossibilidade do exercício do contraditório e da ampla defesa.

1.2. EXTINGUIR o presente processo com resolução do mérito, para os responsáveis: **Octaciano Gomes de Souza Neto, José Arthur Bermudes da Silveira e Marcio Araújo Passos**, com fundamento no inciso II do art. 487¹⁶, do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), tendo vista o reconhecimento da prescrição nos termos deste Voto.

1.3. Afastar as irregularidades abaixo listadas de acordo com a fundamentação exposta, julgando **Regular a Tomadas de Contas Especial** sob exame:

II.2.1 RECEBIMENTO IRREGULAR DE PAGAMENTOS DE RELATÓRIOS, EM DESACORDO COM O CONTRATO, E REAJUSTAMENTO COM INDICES EQUIVOCADOS, OCASIONANDO DANO AO ERÁRIO.

16

Artigo 487 da Lei nº 13.105 de 16 de Março de 2015

Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção;

II - **decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição**;

Fundamentação Legal: Artigo 62 e 63 da lei 4.320/64. Artigo 2º, § 1º, 2º e 3º da Lei 10.192/2001. Artigo 66 da lei 8666/1993. Cláusula primeira, item 1.1, Cláusula décima, item 10.1 e alíneas “K” e “I” do Contrato SEAG N° 021/2014

II.2.2 LIQUIDAÇÃO IRREGULAR DE MEDIÇÕES COM PAGAMENTO DE RELATÓRIOS EM DESACORDO COM O CONTRATO E REAJUSTAMENTO COM INDICES EQUIVOCADOS, OCASIONANDO DANO AO ERÁRIO. Fundamentação Legal: Artigo 62 e 63 da lei 4.320/64. Artigo 2º, § 1º, 2º e 3º da Lei 10.192/2001. Artigo 66, 67 e 76 da lei 8666/1993. Cláusula Primeira, item 1.1, Cláusula décima, item 10.2 e alínea “b” do Contrato SEAG N° 021/2014.

1.4. Dê-se **ciência** aos interessados na forma regimental e após **arquite-se**.

2. Por maioria, nos termos do voto do então relator, conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, computado conforme o art. 86, §2º, do Regimento Interno deste Tribunal, vencido o conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, que votou por reconhecer e declarar que a tese fixada no Tema 899 STF aplica-se somente no âmbito das ações de execução ajuizadas com base da Lei de Execução Fiscal e reconhecer e declarar a **não** incidência da prescrição; e, quanto ao mérito, retornar ao relator para manifestação e prosseguimento.

3. Data da Sessão: 01/12/2022 – 60ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (Presidente), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Manoel Nader Borges, Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

4.2. Conselheira Substituta: Márcia Jaccoud Freitas (em substituição/ relatora nos termos do artigo 86, § 4º, Regimento Interno do TCEES) e Marco Antonio da Silva (em substituição)

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRA SUBSTITUTA MÁRCIA JACCOUD FREITAS

Relatora nos termos do artigo 86, § 4º, Regimento Interno do TCEES

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

CONSELHEIRO SUBSTITUTO MARCO ANTONIO DA SILVA

Em substituição

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANÁSTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

FLÁVIA BARCELLOS COLA

Secretária-geral das Sessões em substituição