



Acórdão 00135/2022-9 - Plenário

Processos: 02151/2012-1, 01412/2011-8

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Auditoria

Exercício: 2011

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

Relator: Sérgio Manoel Nader Borges

Interessado: SEAG

Responsável: CARLOS LUIZ TESCH XAVIER, ENIO BERGOLI DA COSTA, CONSTRUTORA P. J. LTDA, LAURO FARIA SANTOS KOEHLER, PAVIBRAS ENGENHARIA LTDA, CONSORCIO SONDOTECNICA UNICA, ELZA BATISTI NERY

Procuradores: RODOLPHO ZORZANELLI COQUEIRO (OAB: 15040-ES), CARLA CIBIEN GUAITOLINI FRIGERI (OAB: 12530-ES), ALENCAR FERRUGINI MACEDO (OAB: 11648-ES), EDMAR LORENCINI DOS ANJOS (OAB: 12122-ES), CRISTINA DAHER FERREIRA (OAB: 12651-ES, OAB: 383149-SP, OAB: 66965-BA), LUCIANO OLIMPIO RHEM DA SILVA (OAB: 13676-BA, OAB: 10978-ES), EDISON VIANA DOS SANTOS (OAB: 7547-ES, OAB: 145726-SP), ALESSANDRA DE ALMEIDA LAMBERTI (OAB: 8700-ES), FERNANDA LEONI (OAB: 330251-SP)

REPRESENTAÇÃO - PROCEDIMENTO DE FISCALIZAÇÃO - AUDITORIA - SECRETARIA DE ESTADO DA AGRICULTURA, ABASTECIMENTO, AGRICULTURA E PESCA - RESSARCIMENTO - PRESCRIÇÃO - APLICAÇÃO DO TEMA 899 - REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA - SEGURANÇA JURÍDICA - ECONOMIA PROCESSUAL - DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO - MATRIZ DE RESPONSABILIZAÇÃO - CUSTO OPORTUNIDADE - EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO - ARQUIVAR.

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES:

I - RELATÓRIO

Tratam os autos de Auditoria Ordinária realizada Secretaria de Estado da Agricultura, Abastecimento, Aquicultura e Pesca – SEAG, exercício de 2011, em atendimento ao Programa de Auditoria 35/2012, para fins de averiguação da procedência da denúncia formulada a esta Corte de Contas quanto a indicativos de irregularidades ocorridas na Concorrência Pública nº. 09/2010 e avaliar a regularidade de serviços e obras contratados pela referida Secretaria.

Em cumprimento ao Plano de Auditoria nº. 035/2012, foi elaborado o Relatório de Auditoria de Engenharia RA-O 72/2012. Em ato contínuo, o Núcleo de Engenharia e Obras – NEO expediu a Manifestação Técnica Preliminar nº. 37/2013 por meio da qual sugeriu a inclusão, exclusão e alterações nas supostas irregularidades descritas no relatório resultante da execução do Plano de Auditoria nº. 035/2012, acostando novos documentos aos autos.

Sobreveio, então, a Instrução Técnica Inicial (ITI) nº. 85/2013¹, cujo teor serviu de base para a expedição da Decisão Monocrática Preliminar (DECM) nº. 457/2013², com vistas a notificar o Sr. Enio Bergoli da Costa para apresentação dos dados atualizados referentes a todos os pagamentos realizados durante a execução dos Contratos 13/2010, 21/2010, 32/2010 e 19/2011, relacionados diretamente à execução dos trabalhos e também relativos a reajustamentos, com planilha final de serviços totalizada, com todas as ordens de pagamento emitidas, medições elaboradas e reajustamentos concedidos. Tal determinação foi atendida por meio do Ofício/GS/SEAG 485/2013.

Diante da nova documentação trazida ao feito foi elaborada a Instrução Técnica Inicial (ITI) nº. 966/2013³, em complementação à anterior. Esta nova peça ensejou a Decisão TC 8905/2014 – Plenário⁴, pela conversão dos autos em Tomada de Contas

¹ Volume Digitalizado 2062/2018-9, às fls. 55/80.

² Volume Digitalizado 2062/2018-9, à fl. 82.

³ Volume Digitalizado 2071/2018-8, à fl. 263, até o Volume Digitalizado 2072/2018-2, à fl. 29.

⁴ Volume Digitalizado 2072/2018-2, à fl. 40.

Especial, e na Decisão Preliminar TC 139/2014 - Plenário⁵, pela citação dos responsáveis indicados nas duas instruções iniciais.

Os responsáveis identificados apresentaram defesa escrita, acompanhada de documentos, razão pela qual os autos foram encaminhados à Secretaria de Controle Externo de Engenharia e Meio Ambiente - SecexEngenharia tendo sido elaborada a Manifestação Técnica nº. 11.086/2019⁶, com natureza de análise conclusiva acerca das irregularidades relacionadas às obras e serviços de engenharia. Tal manifestação originária da área técnica apresentou a seguinte conclusão e proposta de encaminhamento:

“3.CONCLUSÃO

Após análise das justificativas e alegações de defesa trazidas aos autos foi mantido o pagamento indevido, abordados nos itens 2.1.4.1 e 2.2.1.1, no total de **629.438,22 VRTEs**, relacionados com os Contratos 19/2011 e 13/2010.

Além disso, foram confirmadas as irregularidades sem imputação de débito, decorrentes das abordagens feitas nos itens 2.1.1 e 2.3.1.

4. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Diante do exposto, sugere-se, com fulcro no artigo 87, inciso V da LC 621/12, em razão da prática de ato ilícito que causou grave infração às normas legais e injustificados danos ao erário, a **condenação dos responsáveis solidários Ênio Bergoli da Costa e Lauro F. S. Koehler**, pelo dano ao erário decorrente da adoção de critério inadequado para a formação da nota final, no total de **265.710,61 VRTEs**, indicado no item 2.1.4.1.

Também, a **condenação dos responsáveis solidários Ênio Bergoli da Costa, Lauro F. S. Koehler e Consórcio Sondotécnica x Única**, pelo dano ao erário decorrente de alterações danosas, no total de **363.727,61 VRTEs**, indicado no item 2.2.1.1.

Adicionalmente, opina-se por:

- **Condenar a pessoa jurídica Consórcio Sondotécnica x Única**, tendo em vista o cometimento de infrações, apresentadas no item 2.2.1.1 desta MT, ao pagamento de multa individual, na forma do artigo 134, parágrafo único, da LC 621/2012.
- **Condenar os Senhores Ênio Bergoli da Costa e Lauro F. S. Koehler**, tendo em vista o cometimento de infrações, apresentadas nos itens 2.1.1, 2.1.4.1 e 2.2.1.1 desta MT, ao pagamento de multa individual, na forma do artigo 134, parágrafo único, da LC 621/2012;
 - **Estipular pena aos responsáveis citados, Sr. Ênio Bergoli da Costa, Sr. Lauro F. S. Koehler, Construtora P.J. Ltda, Consórcio Sondotécnica x Única e Sra. Elza Batisti Nery**, nos termos do art. 389, II, da Resolução TC nº 261/2013, tendo por base o art. 135 da Lei Complementar nº 621/2012,

⁵ Volume Digitalizado 2072/2018-2, à fl. 44.

⁶ Volume Digitalizado “37- Manifestação Técnica 11086/2019-1”, fls. 1-80.

por deixarem de apresentar comprovação suficiente e detalhada do saneamento dos serviços com qualidade insatisfatória, conforme abordado no item 2.3.1;

- **Condenar os responsáveis citados, Sr. Ênio Bergoli da Costa, Sr. Lauro F. S. Koehler, Construtora P.J. Ltda, Consórcio Sondotécnica x Única e Sra. Elza Batisti Nery**, nos termos do art. 389, II, da Resolução TC nº 261/2013, tendo por base o art. 135 da Lei Complementar nº 621/2012, por deixarem de apresentar comprovação suficiente e detalhada do saneamento dos serviços com qualidade insatisfatória, conforme abordado no item 2.3.1;
- **Determinar à SEAG a instauração de Tomada de Contas Especial para avaliação do valor total pago maior em todo o contrato (nestes inclusos as medições não contempladas neste processo)**, com base na elevação percentual em que se deu a contratação frente ao menor preço proposto. ”

Posteriormente, verificou-se a necessidade de manifestação quanto à temática de cunho jurídico e não abordada anteriormente, razão pela qual o feito foi direcionado ao Núcleo de Controle Externo de Normatização da Fiscalização - NNF, tendo sido confeccionada a **Instrução Técnica Conclusiva (ITC) nº. 5187/2019**, cuja conclusão e proposta de encaminhamento restou assim ementada:

“4. Conclusão e Proposta de Encaminhamento

4.1. Em relação às conclusões da Manifestação Técnica 11.806/2019

4.1.1. Irregularidade afastada:

4.1.1.1. Contratação com sobrepreço e pagamento indevido decorrente (item 3.2 desta ITC) – Ressarcimento: R\$ 561.101,10 (265.710,61 VRTE) – Contrato 19/2011

Critério: art. 3º da Lei 8.666/93

Responsáveis: Ênio Bergoli da Costa, Lauro Faria Santos Koehler e Consórcio Sondotécnica x Única

4.1.2. Irregularidades mantidas:

4.1.2.1. Critério inadequado para formação da nota final (item 3.1 desta ITC) – Contrato 19/2011

Critério: art. 3º da Lei 8.666/93

Responsáveis: Ênio Bergoli da Costa e Lauro Faria Santos Koehler

4.1.2.2. Alterações danosas (item 3.3 desta ITC) – Ressarcimento: R\$ 781.731,66 (363.727,61 VRTE) – Contrato 13/2010

Critério: art. 70, da Lei 8666/93.

Responsáveis solidários: Ênio Bergoli, Lauro Faria Santos Koehler e Consórcio Sondotécnica x Única

4.1.2.3. Aceitação de serviços com qualidade insatisfatória geradora de dano ao erário (item 3.4 desta ITC) – Contrato 21/2010

Critério: art. 76 da Lei 8.666/93

Responsáveis: Ênio Bergoli da Costa, Lauro Faria Santos Koehler, Elza Batisti Nery, Construtora P.J. Ltda. e Consórcio Sondotécnica x Única

4.2. Posto isso, e diante do preceituado no art. 319, § 1º, IV, do RITCEES, conclui-se opinando por:

4.2.1. Rejeitar parcialmente as razões de justificativa e julgar irregulares as contas de Ênio Bergoli da Costa, tendo em vista as práticas de atos ilegais indicados nos itens 3.1 e 3.4 desta ITC, bem como pelo cometimento de infrações que causaram injustificado prejuízo ao erário, presentificadas no item **3.3 desta ITC** (Contrato SEAG 13/2010), com fulcro no art. 84, III, “c”, “d” e “e”, da Lei Complementar Estadual 621/2012, condenando-o ao ressarcimento do erário estadual no valor total de R\$ 781.731,66 (363.727,61 VRTE), solidariamente com Lauro Faria Santos Koehler e Consórcio Sondotécnica x Única, sugerindo-se, ainda, a aplicação de multa com amparo no art. 95 da Lei Complementar Estadual 32/93, por se tratar de pretensão punitiva e ser esta a legislação aplicável à época;

4.2.2. Rejeitar parcialmente as razões de justificativa e julgar irregulares as contas de Lauro Faria Santos Koehler, tendo em vista as práticas de atos ilegais indicados nos itens 3.1 e 3.4 desta ITC, bem como pelo cometimento de infrações que causaram injustificado prejuízo ao erário, presentificadas no item 3.3 desta ITC (Contrato SEAG 13/2010), com fulcro no art. 84, III, “c”, “d” e “e”, da Lei Complementar Estadual 621/2012, condenando-o ao ressarcimento do erário estadual no valor total de R\$ 781.731,66 (363.727,61 VRTE), solidariamente com Ênio Bergoli da Costa e Consórcio Sondotécnica x Única, sugerindo-se, ainda, a aplicação de multa com amparo no art. 95 da Lei Complementar Estadual 32/93, por se tratar de pretensão punitiva e ser esta a legislação aplicável à época;

4.2.3. Rejeitar parcialmente as razões de justificativa e julgar irregulares as contas do Consórcio Sondotécnica x Única, tendo em vista as práticas de atos ilegais indicados no item 3.4 desta ITC, bem como pelo cometimento de infrações que causaram injustificado prejuízo ao erário, presentificadas no item 3.3 desta ITC (Contrato SEAG 13/2010), com fulcro no art. 84, III, “c”, “d” e “e”, da Lei Complementar Estadual 621/2012, condenando-o ao ressarcimento ao erário estadual no valor total de R\$ 781.731,66 (363.727,61 VRTE), solidariamente com Ênio Bergoli da Costa e Lauro Faria Santos Koehler, sugerindo-se, ainda, a aplicação de multa com amparo no art. 95 da Lei Complementar Estadual 32/93, por se tratar de pretensão punitiva e ser esta a legislação aplicável à época;

4.2.4. Rejeitar parcialmente as razões de justificativa e julgar irregulares as contas de Elza Batisti Nery, tendo em vista as práticas de atos ilegais indicados no item 3.4 desta ITC, sugerindo-se, ainda, a aplicação de multa com amparo no art. 135, II, da Lei Complementar Estadual 621/2012;

4.2.5. Rejeitar parcialmente as razões de justificativa e julgar irregulares as contas da Construtora P.J. Ltda., tendo em vista as práticas de atos ilegais indicados no item 3.4 desta ITC, sugerindo-se, ainda, a aplicação de multa com amparo no art. 135, II, da Lei Complementar Estadual 621/2012;

4.3. Por fim, cumpre ressaltar que há pedidos de sustentação oral firmados em favor de Ênio Bergoli da Costa, Lauro Faria Santos Koehler e Carlos Luiz Tesch Xavier (fl. 7 do volume digitalizado 2079/2018-4) e Elza Batisti Nery (fls. 30 do volume digitalizado 2081/2018-1).”

Ato contínuo, os autos foram encaminhados ao Ministério Público Especial de Contas que, por meio do **Parecer Ministerial nº. 06286/2019**, da lavra do Dr. Luís Henrique Anastácio da Silva, anuiu às conclusões e propostas de encaminhamentos contidas na **Instrução Técnica Conclusiva (ITC) nº. 5187/2019**.

Em seguida, fora protocolada **petição intercorrente nº 1256/2020 (evento 66)**, suscitando questão de ordem em vista da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva das irregularidades tratadas nestes autos.

Pautados os autos na 1º Sessão Ordinária do Plenário, ocorrida em 26 de janeiro de 2021, foi realizada sustentação oral do Drº Edmar Lorencini dos Anjos, representando o Senhor Enio Bergoli da Costa, acompanhada da juntada de Memoriais, petição intercorrente nº 59/2021 – evento 71, tendo sido juntadas Notas Taquigráficas 00007/2021-6.

Por fim, vieram os autos conclusos, momento em que proferi o Voto do Relator 00348/2021-3 sobrestando o feito em razão da tramitação do julgamento **do Recurso Extraordinário RE 636.886 pelo STF - Tema 899**, que versava acerca da “prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão do Tribunal de Contas”.

Tendo sido verificado o trânsito em julgado do Recurso Extraordinário *supra*, conforme informação contida na Certidão 04448/2021-3 (evento 83)4262/2021 (evento 43), retornaram os autos a este Gabinete.

É o relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO

Como dito anteriormente, tratam os autos de Auditoria Ordinária, realizada Secretaria de Estado da Agricultura, Abastecimento, Aquicultura e Pesca – SEAG, exercício de 2011, em atendimento ao Programa de Auditoria 35/2012, para fins de averiguação da procedência da denúncia formulada a esta Corte de Contas quanto a indicativos de irregularidades ocorridas na Concorrência Pública nº. 09/2010 e avaliar a regularidade de serviços e obras contratados pela referida Secretaria.

Em razão dos recentes julgados, em especial aquele afeto ao Tema 899/STF, entendendo que certos apontamentos devam ser considerados antes de me adentrar ao mérito.

A pretensão punitiva desta Corte de Contas prescreve em de 5 anos, sendo a citação válida do responsável uma das causas de interrupção da contagem do referido prazo. No caso em apreço, as citações aconteceram no ano de 2015, o que, nos termos art. 373, §§ 4º, I e 6º, I, do RITCEES⁷, resta evidente a ocorrência do fenômeno prescricional, se antes não fulminada pelo decurso do prazo entre a ocorrência do fato e o ato citatório.

Pois bem.

É de conhecimento desta Corte de Contas que o entendimento corrente até pouco tempo atrás, era o de que, ainda que prescritas, **as supostas irregularidades ensejadoras de ressarcimento poderiam gerar a aplicação de sanção aos gestores públicos.**

Sobre a temática, tramitam neste Tribunal inúmeros processos, de diferentes jurisdicionados, em situação semelhante a tratada nos presentes autos, qual seja, a do **reconhecimento de suposta prática de dano ao erário e a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.**

Nestes casos, a análise de mérito está fundada em questionamentos acerca do dolo ou má fé dos atos praticados pelos gestores jurisdicionados dessa Corte de Contas.

Acerca do tema, é cediço que a Suprema Corte brasileira no julgamento do **Recurso Extraordinário 852.475**, decidiu, à luz do artigo 37, § 5º, da Constituição Federal, serem imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de **ato doloso** tipificado na Lei nº 8.429/92, Lei de Improbidade Administrativa.

⁷ Art. 373. Prescreve em cinco anos a pretensão punitiva do Tribunal nos feitos a seu cargo.

(...) § 4º Interrompem a prescrição:

I - a citação válida do responsável;

§ 6º Para fins do disposto nos incisos I e III do § 4º deste artigo, reputa-se interrompida a prescrição, em relação a cada responsável: I – no caso do inciso I, na data em que foi efetivada a citação, adotando-se aquela indicada no aviso de recebimento da citação, no recibo do termo de citação, no termo lavrado por servidor do Tribunal responsável pelo cumprimento do mandado de citação ou na data da publicação do edital de citação do Diário Oficial Eletrônico do Tribunal, conforme o caso;

Lado outro, no julgamento do **Recurso Extraordinário (RE) 636886**, datado do **dia 24/06/2020**, aquela Suprema Corte concluiu, por unanimidade, pela **prescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário baseada em decisão de Tribunal de Contas**.

O entendimento se deu em sessão virtual, no julgamento do **Recurso Extraordinário (RE) 636886**, com repercussão geral reconhecida (**Tema 899**)⁸.

Do julgamento, restou consignado que somente seriam imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário com base na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), hipótese esta que não se amolda no caso dos autos.

No âmbito desta Corte de Contas, diversos processos envolvendo a matéria em questão se encontravam sobrestados em virtude da tramitação do julgamento do **Tema 899, aguardando, até então, o seu trânsito em julgado**.

Contudo, vê-se que o respectivo julgamento transitou em julgado em 05/10/2021⁹, fixando a seguinte tese: É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas.

Sem mais embargos, os processos antes sobrestados agora merecem impulso.

Ocorre que, quando do julgamento do Tema 899, a Suprema Corte não tratou dos desdobramentos de questões que giram em torno da prescrição, bem como dos diversos efeitos reflexos que dela poderiam advir.

Dentre eles, menciono, por exemplo, a falta de manifestação da Corte Suprema relativamente a como se daria a continuidade do processamento das ações que envolvessem a presença de dano ao erário, mas que já estivessem eventualmente prescritas, como é exatamente o caso que ora se apresenta.

8

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4046531&numeroProcesso=636886&classeProcesso=RE&numeroTema=899>

9

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4046531&numeroProcesso=636886&classeProcesso=RE&numeroTema=899>

Sem a definição de uma solução, tornou-se dever dos próprios Tribunais de Contas a definição de como se dará a condução dos autos que versam sobre a matéria aqui ventilada, qual seja, **dano ao erário e a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva**, fazendo com que surja o seguinte questionamento:

Haveria necessidade desta Corte de Contas de se manifestar sobre o mérito, mesmo diante da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva em ações de ressarcimento?

Desta problemática, entendo pertinente expor alguns conceitos para que possamos pacificar o questionamento, a fim de evitarmos que se prolatem inúmeras decisões conflitantes.

Assim sendo, farei a exposição de algumas considerações que entendo serem oportunas a fim de conduzir a conclusão desta decisão da forma que melhor atender aos interesses de todas as partes envolvidas.

DA SEGURANÇA JURÍDICA

Primeiramente, registro que assiste razão ao jurista Antônio Gidi, que, ao fazer uma análise acerca da segurança jurídica no Brasil, afirma que a mesma decorre de certa inefetividade do próprio sistema, isto é, em vista da existência de uma Constituição com múltiplos microssistemas, inúmeras leis, analítica, com extensos códigos e estatutos, o que acaba por dar margem à uma propensa possibilidade de interpretações.

É de se reconhecer que um dos principais valores que devem irradiar o ordenamento jurídico gira em torno da segurança jurídica, sobretudo diante da complexidade que baliza a sociedade atual, na qual inúmeras questões conflitantes se apresentam.

O Direito deve, assim, selecionar e positivizar as melhores expectativas que poderão determinar e vincular o comportamento social, isso porque, é papel desta ciência a pacificação dos entendimentos, uma vez que se encontra inserida em um ambiente onde muitas possibilidades, em princípio, parecem ser válidas.

Portanto, diante de uma atmosfera diversificada e plural em que se encontra o Direito, é que ele deve desempenhar a função de noção de segurança jurídica,

sendo através dele que se propicia um mínimo de certeza, previsibilidade e eficácia da norma, gerando sentimento de confiança nas instituições.

Cabe aos tribunais, magistrados, juízes e, neste caso concreto, aos Conselheiros desta Corte, o papel de demarcar os limites, isto é, nosso papel é ainda mais peculiar e delicado, pois se a positivação do direito já é de extrema complexidade, subsiste, juntamente com esta atividade, a problemática crucial de se escolher a melhor interpretação e segui-la com afinco.

É justamente diante dessas constatações que surge a irremediável necessidade desta Corte de Contas em se pacificar o tema aqui em debate, uniformizando o julgamento de deliberações que envolvam ressarcimento ao erário, em harmonia com os preceitos fundamentais.

Digo isso pois, como já mencionado, há, atualmente, no âmbito deste Tribunal, inúmeros (mais de uma centena) de processos que serão afetados diretamente da conclusão que se formará do questionamento proposto.

Ao se eleger um caso paradigma, estará a Corte definindo como se dará o processamento dos demais autos que guardam matéria semelhante, atendendo ao primado dos princípios da economia processual, segurança jurídica, estabilidade das decisões, uniformização de jurisprudência, dentre outros.

Seguindo-se o raciocínio, trago à baila o que prescreve a Lei Federal nº. 13.655/2018, que alterou as disposições contidas no Decreto-Lei Federal nº. 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) para fazer constar novos artigos que servem para extirpar qualquer dúvida quanto à observação de certas premissas a serem seguidas quando da tomada de decisões no âmbito público, administrativo e judicial, não abrindo qualquer margem para a elaboração de determinações abstratas, delimitando a atuação do julgador para que este não opere de forma desarrazoada.

Dentre as inovações trazidas, destaco as seguintes:

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no **caput** deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

Art. 23. **A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.**

O que se vê é que há uma definição de atuação com padrões mínimos a serem seguidos quando da aplicação de alguma nova interpretação ou quando da necessidade de delimitação de novo entendimento/processamento.

A segurança jurídica que se suscita, neste momento, refere-se justamente ao fato de que sua não observância torna o próprio sistema vulnerável, **considerando o elevado número de processos que envolvem a mesma matéria, merecendo terem semelhante –ou até o mesmo- desdobramento, a depender do caso.**

Cabe à nós, Conselheiros, portanto, definir como se dará o processamento dos autos, a partir do trânsito em julgado do Tema 899/STF.

À título de complementação da linha de raciocínio até o momento desenvolvida, advirto sobre a **importância da formação dos precedentes.**

É sabido que está “*técnica de integração de decisões*” **garantem a segurança jurídica do ordenamento, uma vez que se colocam como ferramentas para que não sejam proferidas decisões divergentes ou surpresas pelos magistrados.**

O papel dos precedentes vai muito além da mera função de **orientador** da interpretação dos atos normativos, servindo, inclusive, como forma de persuasão da atuação do julgador, fazendo com que o mesmo desenvolva sua atividade de forma a adotar o fundamento das decisões anteriores (**a tese paradigmática**), seguindo a expressão em latim “*stare decisis et non quieta movere*”, em uma tradução livre: *mantenha-se a decisão e não se mexa no que foi estabelecido.*

É a partir desses questionamentos que abro a discussão do segundo tópico deste Voto:

DA ECONOMIA PROCESSUAL

Define-se o princípio *supra* como sendo a obtenção de um resultado esperado, considerando o menor custo possível, *mantendo a qualidade e buscando a celeridade na prestação do serviço ou no trato com os bens públicos*¹⁰.

A economia processual, portanto, está em constante busca de um resultado útil ao processo, com o dispêndio de um esforço mínimo processual. Assim, o princípio tem por premissa maior evitar que atos desnecessários ou inúteis sejam praticados durante o processamento dos autos.

Sobre a temática, explica Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 138)¹¹:

Do ponto de vista sistêmico o objetivo do princípio da economia processual é obter menos atividade judicial e mais resultados. E para tanto deve se pensar em mecanismos para evitar a multiplicidade dos processos e, quando isso concretamente não ocorrer, diminuir a prática de atos processuais, evitando-se sua inútil repetição.

Neste aspecto, é necessário que se questione até que ponto seria benéfico à Corte o julgamento meritório de irregularidades prescritas.

De maneira alguma está se propondo a não apreciação destes autos de forma a se imiscuir o Tribunal da sua atividade precípua, mas tão somente que meus pares se indaguem: quais seriam os ganhos para esta Corte de Contas ao mover todo o sistema de trabalho desenvolvido por este Tribunal, a fim de julgar processos já prescritos, que não poderão ser executados e que não serão revertidos em quaisquer benefícios econômicos ou sociais?

Adentrar na análise de cada irregularidade já prescrita contida nos inúmeros processos que tramitam atualmente trará muito mais dispêndio aos cofres públicos do que vantagens, vez que se estará movimento todo um trabalho dos agentes públicos do Tribunal sem que o processo atinja qualquer resultado útil, ante a impossibilidade de ressarcimento.

¹⁰ <https://antigo.plataformamaisbrasil.gov.br/ajuda/glossario/economicidade>

¹¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Volume único. Salvador: JusPodiVm, 2016

É inócuo, portanto, que se entenda pela análise de irregularidades já prescritas e que não possam ser executadas. Pensamento neste sentido é ausente, inclusive, de razoabilidade.

Ressalto, novamente, que a solução para o caso não foi definida pelo Supremo Tribunal Federal, sendo responsabilidade das Cortes de Contas o papel definidor para tal.

Ricardo L. Torres¹² destaca que o controle da economicidade, *relevante no direito constitucional moderno, em que o orçamento está cada vez mais ligado ao programa econômico, inspira-se no princípio do custo-benefício.*

Neste mesmo sentido, assevera o Ministro Ivan Luz¹³, do TCU, um dos primeiros a abordar a questão do controle da eficiência e da economicidade pelos Tribunais de Contas, que:

(...) os resultados objetivos dos planos, projetos e programas podem ser objeto de avaliação. Esta revelará a eficiência, a produtividade dos instrumentos administrativos envolvidos, o acerto dos estudos de viabilidade econômica realizados, **a economicidade como relação adequada entre os recursos envolvidos e as resultantes alcançadas.**

De forma clarividente, vê-se que os recursos (financeiros) que serão dispendidos no julgamento de irregularidades já prescritas – **e que não poderão trazer quaisquer ressarcimentos aos cofres públicos** – não alcançaram qualquer resultado positivo a Administração Pública.

Em excelente artigo desenvolvido pelo **Subprocurador-Geral do Ministério Público, Dr. Paulo Soares Bugarin**, este assim se manifesta:

Infere-se que o princípio constitucional da economicidade da gestão de recursos e bens públicos autoriza o ente político-administrativo encarregado do específico e peculiar afazer hermenêutico constitucional in casu, o TCU, ao exame, *pari passu*, dos elementos de fato informadores dos diversos processos subjetivos de tomadas de decisão de gastos/investimentos públicos *vis-à-vis* o conjunto objetivo dos resultados alcançáveis, **qualificando-os, efetiva ou potencialmente, como ganhos ou perdas sociais, evitando-se, deste modo, a despesa pública antieconômica** e a conseqüente perpetração do, muitas vezes irremediável, prejuízo social.

¹² file:///C:/Users/t203910/Downloads/1224-Texto%20do%20artigo-2136-1-10-20151023.pdf

¹³ LUZ, Ivan. Do controle da eficiência e economicidade pelos Tribunais de Contas. Porto Alegre, Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, Vol. 2, nº 5, jun/1985, pp.77/ 84.

É papel desta Corte, portanto, evitar que despesas desnecessárias e gastos públicos inócuos se deem no âmbito de sua atividade.

Neste aspecto, adentro a terceira matéria que entendo pertinente para o exame do caso.

DO PRIMADO DO “CUSTO OPORTUNIDADE”

Sobre o instituto, preleciona o Dr. Fernando Joaquim Ferreira Maia¹⁴ que a “análise econômica do direito busca a compreensão do direito partindo de pressupostos e valores econômicos, aplicáveis ao caso concreto pelo magistrado.

Dessa forma, a racionalidade econômico-jurídica interage com o meio, de forma a determinar e influenciar a prática jurídica e o delineamento de novas matizes no ordenamento em geral, segundo novos padrões econômico-valorativos quando da apreciação judicial de casos. Aqui, surge o problema dos custos de oportunidade. O custo de oportunidade vai ocorrer quando o agente opta por um determinado tipo de opção de ação em prejuízo de outras ações mutuamente excludentes. Então, o custo de oportunidade vai representar o benefício que foi perdido, ao se escolher determinada ação, objetivando um dado fim.”

É assim que se torna evidente que a aplicação do método econômico ao Direito nos conduz a uma escolha racional, contribuindo com o aperfeiçoamento de normas jurídicas quando forem efetivamente produzidas.

O legislador passa a elaborar normas mais eficientes e eficazes, otimizando o processo de produção normativo diante de um cenário de escassez de recursos, se adaptando a realidade fático-jurídica.

¹⁵*Submete-se a ideia de eficácia da norma jurídica à ideia de eficiência. O objetivo é fazer com que a norma jurídica atinja o melhor resultado com o mínimo de erros ou*

¹⁴ <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/o-problema-dos-custos-de-oportunidade-na-configuracao-do-interesse-de-agir-na-acao-de-habeas-data/>

¹⁵ COOTER, *op. cit.*, 2007; SZTAJN, Rachel. *Law and economics*. In: ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, *op. cit.*, 2005, pp. 81, 83

perdas, tendo em vista o máximo rendimento possível, objetivando alcançar a função prevista de maneira mais produtiva, ou seja, com o mínimo de dispêndio aplicado.

Neste momento torna-se necessário advertir que os inúmeros processos existentes nesta Corte afetados pelo julgamento do Tema 899/STF dizem respeito a auditorias realizadas há mais de 10 (dez) anos.

Assim, **vê-se que outra problemática se exsurge**: como se dariam o processamento destes autos? Caso o Tribunal entenda pela necessidade de manifestação meritória, diante da necessidade de reabertura processual em razão da ausência de matriz quando da análise caso a caso, optaríamos então pelo seu refazimento? Seria está a decisão que melhor atenderia aos interesses desta Corte? Quais seriam os reais benefícios trazidos da aplicação deste entendimento? E os desdobramentos?

No que toca ao tema, transcrevo parte do trecho contido no **ACÓRDÃO TC-814/2017 – PLENÁRIO, Processo - TC-3428/2009**, vejamos:

Por outro lado, em relação àqueles indicativos não alcançados pelo instituto da prescrição (§ 5º, art. 37, CF/88), posto que implicam imposição de ressarcimento, **deve-se analisar a racionalização administrativa, o custo de oportunidade, a viabilidade e a efetividade de reabertura processual após mais de 09 (nove) anos da ocorrência dos fatos, sob pena de se ferir o princípio da duração razoável do processo**, insculpido no inciso LXXVII da Carta Magna e **da segurança jurídica**, na medida que põe sob risco **o princípio do contraditório e da ampla defesa**, cláusula pétrea disposta no art. 5º, LV da CRFB/88, **assim como com os primados da economia processual**.

Necessário que meus pares considerem não apenas a relação teleológica do instituto da economicidade *pari passu* com o direito material, mas também a eficiência deste princípio, compreendendo-o em relação à necessidade de se obter o máximo rendimento possível com a menor perda ou menor dispêndio de esforços.

Em outra ocasião, no julgamento do Recurso de Reconsideração do Processo 12742/2019-5, 09789/2013-4, o ilustre Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo solicitou vista, manifestando-se por meio do Voto-vista 0059/2020-4.

Em síntese apertada, entende que persistiria a atuação fiscalizadora do Tribunal de Contas, ainda que se tenha operado a prescrição da pretensão punitiva, nos casos em que houvesse a ocorrência de dano ao erário.

Proferindo o Voto Complementar 2578/2020, me manifestei trazendo argumentos aplicáveis diretamente ao presente caso sob análise.

Assim sendo, transcrevo os seguintes que entendo serem pertinentes:

Sobre o fenômeno da prescrição, entendo ser pertinente rememorar o que se depreende do seu conceito. Para tanto, colaciono lição ministrada por CRETELLA JÚNIOR², que assim se manifesta:

(...) prescrição é a extinção da iniciativa de punir, resultado da inércia, durante certo lapso de tempo, do poder público, na perseguição da infração ou na execução da sanção. (...) (...). Sob o aspecto do direito de punir, a relação jurídica entre o titular da ação punitiva, o Estado, e o paciente, a pessoa física afetada pelo decurso do tempo, extingue-se em determinado momento. Nem teria sentido que a sanção pairasse, indefinidamente, como a espada de Dâmocles, sobre o infrator da norma, para ser aplicada muito mais tarde, quando os fatos, as circunstâncias de local e de tempo, os documentos, as testemunhas e as provas tivessem de vir à tona para extemporânea valoração pelo aplicador da pena, dentro de quadro bem diverso daquele que cercava o fato e o autor, na época da consumação do fato.

Seguindo ainda esta linha de inteligência, cabe destacar as concisas lições ministradas pelo jurista PONTES DE MIRANDA³:

Os prazos prescricionais servem à paz social e à segurança jurídica. Não destroem o Direito, que é; não cancelam, não apagam as pretensões; apenas, encobrendo a eficácia da pretensão, atendem à conveniência de que não perdue por demasiado tempo a exigibilidade ou a acionabilidade.

A prescritibilidade aqui tratada, portanto, impede que as Cortes de Contas possam instaurar processos de responsabilização por dano ao erário, a qualquer momento, privilegiando a garantia da segurança jurídica e da paz social, alcançadas pela estabilização das decisões. A bem da verdade, o 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 nº 8.429/92): São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa. STF. Plenário. RE 852475/SP, Rel. orig. Min. Alexandre de Moraes, Rel. para acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 08/08/2018 (Repercussão Geral – Tema 897) (Info 910).

(...)

Destaco o seguinte fragmento:

Além das convicções até o momento expostas, entendo pertinente levantar a temática acerca da economia processual. Isso porque, logo de início, indago: até que ponto o julgamento de processos prescritos atenderia a tríade eficácia, eficiência e economia?

Fazer este Tribunal se debruçar sobre processos que já se encontram prescritos só o faz gastar demasiado tempo e recurso em questões que já extinguíram a iniciativa de punir da Administração Pública.

Este é, inclusive, o conceito que se entende por prescrição: extinção da iniciativa de punir. E mesmo que prosperasse a tese defendida no voto vista, de que “persiste a atuação fiscalizadora do Tribunal de Contas, ainda que se tenha operado a prescrição da pretensão punitiva”, qual resultado prático alcançaríamos em relação a restituição desses valores ao erário? Já que é ponto sem divergência a impossibilidade de se mover as ações de ressarcimento. Rememoro aos pares, que há muito se discute neste Tribunal o que chamamos de “custo de oportunidade”, que, na economia, é o valor que se renuncia ao tomar uma decisão.

Transposto o conceito para esta Corte, trata-se de se fazer a escolha entre debruçar recursos em algo que efetivamente gerará benefício para a sociedade ou continuar percorrendo um caminho com fim incerto e inegavelmente ineficiente. É uma questão de racionalização administrativa e respeito aos princípios da economicidade e efetividade do processo, na esteira no processo civil atual.

Os princípios de racionalização administrativa e de economia processual devem contribuir para apuração dos atos lesivos ao patrimônio público e o ressarcimento dos prejuízos causados ao mesmo, contrariamente à absurda hipótese de estímulo à impunidade para pequenos danos. (...). No trato da coisa pública, racionalizar significa otimizar, com sabedoria, discernimento, critério. A sociedade carece de respostas e cobra do Estado atitudes adequadas para que o interesse público seja, de fato, alcançado. Os atos espúrios e lesivos ao patrimônio de todos devem ser definitivamente banidos com medidas eficazes. A postura ética não deve ser vista como um diferencial da pessoa, mas como uma conduta constante, usual e rotineira.

Em todas as esferas de Poder — e não somente no Judiciário — a economia processual é fator determinante para a obtenção dos efeitos pretendidos. Qual o valor de uma decisão, por mais sábia, se quando proferida, não pode mais ser aplicada, porque seu objeto se perdeu nos meandros de um processo lento e complicado?

De todo o exposto, concluo o presente voto mencionando a recente decisão prolatada pelo **Tribunal de Contas de Minas Gerais**, *que foi o pioneiro e, por meio do seu órgão plenário, decidiu, por maioria, acolher e aplicar nos processos de sua competência as teses firmadas pelo Supremo Tribunal Federal (Decisão Plenária no Recurso Ordinário nº 1.054.102). Isto é, firmou o entendimento segundo o qual a pretensão de ressarcimento ao erário prescreve no mesmo prazo da pretensão punitiva, inclusive antes da formação do título executivo*¹⁶.

Sobre o importante julgado acima mencionado, transcrevo parte do trecho contido no artigo **“A (im)prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário no âmbito dos Tribunais de Contas: a vanguarda do TCE/MG na aplicação dos Temas 666, 897 e 899 da repercussão geral”**, vejamos:

¹⁶ FERRAZ, Leonardo de Araújo; AVELAR, Daniel Martins e. A (im)prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário no âmbito dos Tribunais de Contas: a vanguarda do TCE/MG na aplicação dos Temas 666, 897 e 899 da repercussão geral. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 21, n. 248, p. 13-32, out. 2021

A partir desse julgamento, enfim, pode-se entender que, pelo menos no âmbito do Tribunal de Contas de Minas Gerais, a matéria encontra-se definida, no sentido de que a pretensão de ressarcimento ao erário é prescritível no âmbito dos processos de controle externo (Tema 899), cabendo exclusivamente ao Poder Judiciário o reconhecimento da imprescritibilidade prevista no Tema 897 da repercussão geral.

De todo o exposto, concluo a prolação deste Voto expondo na forma de tópico ponto por mim suscitado acima, qual seja, a problemática do processamento dos autos em que haveria a necessidade de refazimento da matriz a fim de viabilizar o julgamento de mérito.

DA MATRIZ DE RESPONSABILIDADE E DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Ademais das considerações *supra* ventiladas, resta imperioso apresentar uma análise acerca dos efeitos de eventual superação da ocorrência da prescrição de ressarcimento ao erário por parte desta Corte de Contas.

É cediço que mais de uma centena de processos se encontravam sobrestados, aguardando manifestação do STF acerca da prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunais de Contas.

Ato contínuo, consoante já exposto, o STF fixou tese de repercussão geral (tema 899) no sentido de ser prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas.

Assim, a despeito do reconhecimento da prescrição do ressarcimento, caso esta Corte de Contas delibere por dar continuidade aos processos sobrestados e, por conseguinte, se manifestar sobre o mérito de processos em que envolvam a presença de dano ao erário, a continuidade da análise, repito, de mais de uma centena de processos, irá se esbarrar com a problemática da ausência de matriz de responsabilização, uma vez que são processos antigos e processados sob a sistemática da responsabilidade objetiva dos gestores.

A sistemática da responsabilização objetiva dos gestores, voltada apenas aos ordenadores de despesas, contudo, não mais se coadunam com a atual sistemática processual adotada por esta Corte de Contas, que exige individualização das condutas praticadas, bem como, nexo de causalidade existente entre as condutas e

a suposta desconformidade verificada, **tema já debatido exaustivamente por este Tribunal.**

Desse modo, sob os atuais ditames da Lei Complementar 621/2012 e do RITCCES (Resolução TC 261/2013), resta imperioso que este Tribunal, ao exercer sua competência sancionatória, direcione-se para a **imputação de responsabilidade sob a ótica da responsabilidade subjetiva**, aplicando a sanção “de forma individual, a cada agente que tiver concorrido para o ato, na medida de sua participação” (art. 383, RITCEES).

Assim, uma vez identificada a ausência de individualização de responsabilização, é mister que se refaça a matriz de responsabilização a fim de que o feito seja adequadamente instruído e que sejam atendidos os pressupostos que permitam o desenvolvimento válido e regular do processo.

Contudo, a reabertura da instrução processual após tamanho lapso temporal afrontaria substancialmente direitos fundamentais, visto que referido reinício de instrução processual implicaria no apontamento de responsabilização a novos agentes, que muito provavelmente, sequer conseguiriam ter acesso a documentos para apresentação de suas defesas.

Resta inequívoco que introduzir tais agentes em uma discussão fático-jurídica após grande lapso temporal traduz manifesta violação a princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, notadamente os direitos fundamentais do contraditório e ampla defesa, que por certo restariam prejudicados devido ao decurso do tempo, bem como o da própria duração razoável do processo, já que se exigiria todo um novo trâmite processual como: citação dos eventuais novos responsáveis; aguardo da defesa; manifestações técnicas e elaboração de novo voto.

Nessa esteira, a necessidade de reabertura de instrução processual se faria revelar que tais processos não se encontram devidamente instruídos de modo a atender aos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, razão pela qual nos cumpriria aferir eventual ofensa ao art. 166, do RITCEES, *in verbis*:

Art. 166. O Tribunal determinará o arquivamento do processo de prestação ou de tomada de contas, mesmo especial, sem julgamento de mérito, quando verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.

Com efeito, relembro que nestas hipóteses, o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em vista da inviabilidade de recomposição processual e até mesmo da possibilidade de comprometimento da produção de um conjunto probatório eficaz para a solução do caso concreto, vem optando pela extinção do feito sem julgamento de mérito, conforme acima exposto, a exemplo das seguintes decisões mais recentes: TC 04133/2006-1 (Acórdão 00092/2021-6 - Plenário); TC 00390/2008-3 (Acórdão 01512/2019-Plenário); TC 06195/2010-3 (Acórdão 01436/2019-Segunda Câmara); TC 06994/2010-1 (Acórdão 01217/2019-4 – Segunda Câmara); TC 7052/2003 (Acórdão 639/2018-Plenário); TC 666/2006 (Acórdão 862/2021-Segunda Câmara).

Com isso, entendo relevante que esta Corte de Contas sopesse a efetividade da continuidade da análise de mérito dos processos sobrestados sob debate, uma vez que o lapso temporal somado à antiga sistemática de responsabilização objetiva, obrigará a reabertura da instrução processual com vistas ao refazimento da matriz de responsabilização, fato que revelará, por si só, ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, e que culminará, por fim, na extinção do processo sem resolução de mérito.

Isto posto, reputo cabível que este Tribunal de Contas considere eventual afronta à economicidade e ao resultado útil do processo, caso a continuidade da tramitação de mais de uma centena de processos, exigindo o dispêndio de recursos humanos e financeiros, culmine no mesmo resultado caso fossem finalizados neste momento processual: na extinção de feito sem julgamento de mérito.

Assim sendo, e diante de tudo o que fora até o momento exposto, considerando ter sido elucidada de forma inequívoca a completa ausência de qualquer resultado útil a esta Corte de Contas que a análise das irregularidades prescritas possam gerar, bem como em razão do elevado número de processos que envolvem a mesma matéria aqui tratada, é que decido pela extinção do processo sem resolução do mérito.

Ante todo o exposto, divergindo totalmente da unidade técnica e do Ministério Público Especial de Contas, **VOTO** seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

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 pelo Relator, em:

- 1) **EXTINGUIR** o processo sem resolução do mérito, nos termos deste Voto;
- 2) **CIÊNCIA**, na forma regimental, aos interessados e ao MPC;
- 3) Após o trânsito em julgado, **ARQUIVAR** o feito.

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Conselheiro Relator

VOTO VISTA DO EXMO. SR. CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO:

1 RELATÓRIO

Solicitei vista deste processo, de relatoria do Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges, que trata de Auditoria Ordinária realizada na Secretaria de Estado da Agricultura, Abastecimento, Aquicultura e Pesca – SEAG, exercício de 2011, em atendimento ao Programa de Auditoria 35/2012, para fins de averiguação da procedência da denúncia formulada a esta Corte de Contas quanto a indicativos de irregularidades ocorridas na Concorrência Pública nº. 09/2010 e avaliar a regularidade de serviços e obras contratados pela referida Secretaria.

Em cumprimento ao Plano de Auditoria nº. 035/2012, foi elaborado o **Relatório de Auditoria de Engenharia RA-O 72/2012**. Em ato contínuo, o Núcleo de Engenharia e Obras – NEO expediu a **Manifestação Técnica Preliminar nº. 37/2013** por meio da qual sugeriu a inclusão, exclusão e alterações nas supostas irregularidades

descritas no relatório resultante da execução do Plano de Auditoria nº. 035/2012, acostando novos documentos aos autos.

Sobreveio, então, a **Instrução Técnica Inicial (ITI) nº. 85/2013**¹⁷, cujo teor serviu de base para a expedição da **Decisão Monocrática Preliminar (DECM) nº. 457/2013**¹⁸, com vistas a notificar o Sr. Enio Bergoli da Costa para apresentação dos dados atualizados referentes a todos os pagamentos realizados durante a execução dos Contratos 13/2010, 21/2010, 32/2010 e 19/2011, relacionados diretamente à execução dos trabalhos e também relativos a reajustamentos, com planilha final de serviços totalizada, com todas as ordens de pagamento emitidas, medições elaboradas e reajustamentos concedidos. Tal determinação foi atendida por meio do Ofício/GS/SEAG 485/2013.

Diante da nova documentação trazida ao feito foi elaborada a **Instrução Técnica Inicial (ITI) nº. 966/2013**¹⁹, em complementação à anterior. Esta nova peça ensejou a **Decisão TC 8905/2014 – Plenário**²⁰, pela conversão dos autos em Tomada de Contas Especial, e na **Decisão Preliminar TC 139/2014 - Plenário**²¹, pela citação dos responsáveis indicados nas duas instruções iniciais.

Os responsáveis identificados apresentaram defesa escrita, acompanhada de documentos, razão pela qual os autos foram encaminhados à Secretaria de Controle Externo de Engenharia e Meio Ambiente - SecexEngenharia tendo sido elaborada a **Manifestação Técnica nº. 11.086/2019**²², com natureza de análise conclusiva acerca das irregularidades relacionadas às obras e serviços de engenharia. Tal manifestação originária da área técnica apresentou a seguinte conclusão e proposta de encaminhamento:

“3.CONCLUSÃO

Após análise das justificativas e alegações de defesa trazidas aos autos foi mantido o pagamento indevido, abordados nos itens 2.1.4.1 e 2.2.1.1, no total de **629.438,22 VRTEs**, relacionados com os Contratos 19/2011 e

¹⁷ Volume Digitalizado 2062/2018-9, às fls. 55/80.

¹⁸ Volume Digitalizado 2062/2018-9, à fl. 82.

¹⁹ Volume Digitalizado 2071/2018-8, à fl. 263, até o Volume Digitalizado 2072/2018-2, à fl. 29.

²⁰ Volume Digitalizado 2072/2018-2, à fl. 40.

²¹ Volume Digitalizado 2072/2018-2, à fl. 44.

²² Volume Digitalizado “37- Manifestação Técnica 11086/2019-1”, fls. 1-80.

13/2010.

Além disso, foram confirmadas as irregularidades sem imputação de débito, decorrentes das abordagens feitas nos itens 2.1.1 e 2.3.1.

4. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Diante do exposto, sugere-se, com fulcro no artigo 87, inciso V da LC 621/12, em razão da prática de ato ilícito que causou grave infração às normas legais e injustificados danos ao erário, a **condenação dos responsáveis solidários Ênio Bergoli da Costa e Lauro F. S. Koehler**, pelo dano ao erário decorrente da adoção de critério inadequado para a formação da nota final, no total de **265.710,61 VRTEs**, indicado no item 2.1.4.1.

Também, a **condenação dos responsáveis solidários Ênio Bergoli da Costa, Lauro F. S. Koehler e Consórcio Sondotécnica x Única**, pelo dano ao erário decorrente de alterações danosas, no total de **363.727,61 VRTEs**, indicado no item 2.2.1.1.

Adicionalmente, opina-se por:

- **Condenar a pessoa jurídica Consórcio Sondotécnica x Única**, tendo em vista o cometimento de infrações, apresentadas no item 2.2.1.1 desta MT, ao pagamento de multa individual, na forma do artigo 134, parágrafo único, da LC 621/2012.
- **Condenar os Senhores Ênio Bergoli da Costa e Lauro F. S. Koehler**, tendo em vista o cometimento de infrações, apresentadas nos itens 2.1.1, 2.1.4.1 e 2.2.1.1 desta MT, ao pagamento de multa individual, na forma do artigo 134, parágrafo único, da LC 621/2012;
- **Estipular pena aos responsáveis citados, Sr. Ênio Bergoli da Costa, Sr. Lauro F. S. Koehler, Construtora P.J. Ltda, Consórcio Sondotécnica x Única e Sra. Elza Batisti Nery**, nos termos do art. 389, II, da Resolução TC nº 261/2013, tendo por base o art. 135 da Lei Complementar nº 621/2012, por deixarem de apresentar comprovação suficiente e detalhada do saneamento dos serviços com qualidade insatisfatória, conforme abordado no item 2.3.1;
- **Condenar os responsáveis citados, Sr. Ênio Bergoli da Costa, Sr. Lauro F. S. Koehler, Construtora P.J. Ltda, Consórcio Sondotécnica x Única e Sra. Elza Batisti Nery**, nos termos do art. 389, II, da Resolução TC nº 261/2013, tendo por base o art. 135 da Lei Complementar nº 621/2012, por deixarem de apresentar comprovação suficiente e detalhada do saneamento dos serviços com qualidade insatisfatória, conforme abordado no item 2.3.1;
- **Determinar à SEAG a instauração de Tomada de Contas Especial para avaliação do valor total pago maior em todo o contrato (nestes inclusos as medições não contempladas neste processo)**, com base na elevação percentual em que se deu a contratação frente ao menor preço proposto. ”

Posteriormente, verificou-se a necessidade de manifestação quanto à temática de cunho jurídico e não abordada anteriormente, razão pela qual o feito foi direcionado

ao Núcleo de Controle Externo de Normatização da Fiscalização - NNF, tendo sido confeccionada a **Instrução Técnica Conclusiva (ITC) nº. 5187/2019**, cuja conclusão e proposta de encaminhamento restou assim ementada:

“4. Conclusão e Proposta de Encaminhamento

4.1. Em relação às conclusões da Manifestação Técnica 11.806/2019

4.1.1. Irregularidade afastada:

4.1.1.1. Contratação com sobrepreço e pagamento indevido decorrente (item 3.2 desta ITC) – Ressarcimento: R\$ 561.101,10 (265.710,61 VRTE) – Contrato 19/2011

Critério: art. 3º da Lei 8.666/93

Responsáveis: Ênio Bergoli da Costa, Lauro Faria Santos Koehler e Consórcio Sondotécnica x Única

4.1.2. Irregularidades mantidas:

4.1.2.1. Critério inadequado para formação da nota final (item 3.1 desta ITC) – Contrato 19/2011

Critério: art. 3º da Lei 8.666/93

Responsáveis: Ênio Bergoli da Costa e Lauro Faria Santos Koehler

4.1.2.2. Alterações danosas (item 3.3 desta ITC) – Ressarcimento: R\$ 781.731,66 (363.727,61 VRTE) – Contrato 13/2010

Critério: art. 70, da Lei 8666/93.

Responsáveis solidários: Ênio Bergoli, Lauro Faria Santos Koehler e Consórcio Sondotécnica x Única

4.1.2.3. Aceitação de serviços com qualidade insatisfatória geradora de dano ao erário (item 3.4 desta ITC) – Contrato 21/2010

Critério: art. 76 da Lei 8.666/93

Responsáveis: Ênio Bergoli da Costa, Lauro Faria Santos Koehler, Elza Batisti Nery, Construtora P.J. Ltda. e Consórcio Sondotécnica x Única

4.2. Posto isso, e diante do preceituado no art. 319, § 1º, IV, do RITCEES, conclui-se opinando por:

4.2.1. Rejeitar parcialmente as razões de justificativa e julgar irregulares as contas de Ênio Bergoli da Costa, tendo em vista as práticas de atos ilegais indicados nos itens 3.1 e 3.4 desta ITC, bem como pelo cometimento de infrações que causaram injustificado prejuízo ao erário, presentificadas no item **3.3 desta ITC**

(Contrato SEAG 13/2010), com fulcro no art. 84, III, “c”, “d” e “e”, da Lei Complementar Estadual 621/2012, condenando-o ao ressarcimento do erário estadual no valor total de R\$ 781.731,66 (363.727,61 VRTE), solidariamente com Lauro Faria Santos Koehler e Consórcio Sondotécnica x Única, sugerindo-se, ainda, a aplicação de multa com amparo no art. 95 da Lei Complementar Estadual 32/93, por se tratar de pretensão punitiva e ser esta a legislação aplicável à época;

4.2.2. Rejeitar parcialmente as razões de justificativa e julgar irregulares as contas de Lauro Faria Santos Koehler, tendo em vista as práticas de atos ilegais indicados nos itens 3.1 e 3.4 desta ITC, bem como pelo cometimento de infrações que causaram injustificado prejuízo ao erário, presentificadas no item **3.3** desta ITC (Contrato SEAG 13/2010), com fulcro no art. 84, III, “c”, “d” e “e”, da Lei Complementar Estadual 621/2012, condenando-o ao ressarcimento do erário estadual no valor total de R\$ 781.731,66 (363.727,61 VRTE), solidariamente com Ênio Bergoli da Costa e Consórcio Sondotécnica x Única, sugerindo-se, ainda, a aplicação de multa com amparo no art. 95 da Lei Complementar Estadual

32/93, por se tratar de pretensão punitiva e ser esta a legislação aplicável à época;

4.2.3. Rejeitar parcialmente as razões de justificativa e julgar irregulares as contas do Consórcio Sondotécnica x Única, tendo em vista as práticas de atos ilegais indicados no item 3.4 desta ITC, bem como pelo cometimento de infrações que causaram injustificado prejuízo ao erário, presentificadas no item **3.3 desta ITC** (Contrato SEAG 13/2010), com fulcro no art. 84, III, “c”, “d” e “e”, da Lei Complementar Estadual 621/2012, condenando-o ao ressarcimento ao erário estadual no valor total de R\$ 781.731,66 (363.727,61 VRTE), solidariamente com Ênio Bergoli da Costa e Lauro Faria Santos Koehler, sugerindo-se, ainda, a aplicação de multa com amparo no art. 95 da Lei Complementar Estadual 32/93, por se tratar de pretensão punitiva e ser esta a legislação aplicável à época;

4.2.4. Rejeitar parcialmente as razões de justificativa e julgar irregulares as contas de Elza Batisti Nery, tendo em vista as práticas de atos ilegais indicados no item 3.4 desta ITC, sugerindo-se, ainda, a aplicação de multa com amparo no art. 135, II, da Lei Complementar Estadual 621/2012;

4.2.5. Rejeitar parcialmente as razões de justificativa e julgar irregulares as contas da Construtora P.J. Ltda., tendo em vista as práticas de atos ilegais indicados no item 3.4 desta ITC, sugerindo-se, ainda, a aplicação de multa com amparo no art. 135, II, da Lei Complementar Estadual 621/2012;

4.3. Por fim, cumpre ressaltar que há pedidos de sustentação oral firmados em favor de Ênio Bergoli da Costa, Lauro Faria Santos Koehler e Carlos Luiz Tesch Xavier (fl. 7 do volume digitalizado 2079/2018-4) e Elza Batisti Nery (fls. 30 do volume digitalizado 2081/2018-1).”

Ato contínuo, os autos foram encaminhados ao Ministério Público Especial de Contas que, por meio do **Parecer Ministerial nº. 06286/2019** (doc. 59), da lavra do Dr. Luís Henrique Anastácio da Silva, anuiu às conclusões e propostas de encaminhamentos contidas na **Instrução Técnica Conclusiva (ITC) nº. 5187/2019**.

Em seguida, fora protocolada **petição intercorrente nº 1256/2020** (doc. 66), suscitando questão de ordem em vista da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva das irregularidades tratadas nestes autos.

Pautados os autos na 1ª Sessão Ordinária do Plenário, ocorrida em 26 de janeiro de 2021, foi realizada sustentação oral do Drº Edmar Lorencini dos Anjos, representando o Senhor Enio Bergoli da Costa, acompanhada da juntada de Memoriais, **petição intercorrente nº 59/2021** (doc. 71), tendo sido juntadas **Notas Taquigráficas 00007/2021-6** (doc. 74).

Após, o Conselheiro Relator proferiu **Voto do Relator 348/2021** (doc.73), confirmado pela **Decisão TC 226/2021** (doc. 78) – (4ª Sessão Ordinária do Plenário realizada no dia 09/02/2021), sobrestando o feito em razão da tramitação do julgamento do Recurso Extraordinário RE 636.886 pelo STF - Tema 899, no seguinte sentido:

1- SOBRESTAR estes autos até o trânsito em julgado do Recurso Extraordinário RE 636.886, e, concomitantemente, até que sobrevenha posicionamento deste Tribunal de Contas acerca da necessidade ou não de a Corte de se manifestar sobre as irregularidades passíveis de ressarcimento mesmo com a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

Considerando o trânsito em julgado do Recurso Extraordinário acima mencionado, conforme informação contida na **Certidão 4448/2021** (doc. 83), o Conselheiro Relator incluiu os autos novamente em pauta, submetendo-os à julgamento, com a prolação do **Voto do Relator 5964/2021** (doc. 85), no seguinte sentido:

ACÓRDÃO

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 pelo Relator, em:

- 4) **EXTINGUIR** o processo sem resolução do mérito, nos termos deste Voto;
- 5) **CIÊNCIA**, na forma regimental, aos interessados e ao MPC;
- 6) Após o trânsito em julgado, **ARQUIVAR** o feito.

Com pedido de vistas vieram os autos a este Gabinete.

É o relatório.

2 FUNDAMENTAÇÃO

Como dito anteriormente, tratam os autos de Auditoria Ordinária, realizada na Secretaria de Estado da Agricultura, Abastecimento, Aquicultura e Pesca – SEAG, exercício de 2011, em atendimento ao Programa de Auditoria 35/2012, para fins de averiguação da procedência da denúncia formulada a esta Corte de Contas quanto a

indicativos de irregularidades ocorridas na Concorrência Pública nº. 09/2010 e avaliar a regularidade de serviços e obras contratados pela referida Secretaria.

Em breve síntese, verifico que o Conselheiro Relator Sr. Sérgio Manoel Nader Borges, ao analisar os autos constatou no bojo do **Voto do Relator 5964/2021**, que a matéria em debate se trata de imposição de dano ao erário, bem como de eventual incidência da prescrição da *pretensão punitiva*, proferindo decisão para “**EXTINGUIR o processo sem resolução do mérito, 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 prescritebilidade 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 imprescritebilidade, 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.

ACÓRDÃO

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. Posicionamento esse também corroborado no Voto Relator 5964/2021, emanado pelo Excelentíssimo Conselheiro Sérgio Borges.

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 interno 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 doutrina²³ 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, discutindo 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 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”.

²³ 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.

O excerto do Acórdão prolatado no RE 636886²⁴, 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)²⁵, a razão de decidir foi pautada no fato de que a pretensão ressarcitória de título executivo constituído a partir da decisão de um 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

²⁴ Supremo Tribunal Federal. Ata nº 10, de 20/04/2020. DJE nº 104, divulgado em 28/04/2020.

²⁵ 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.

tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, não tendo tratado de eventual prescritebilidade 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 Macedo²⁶, 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 imprescritebilidade 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 imprescritebilidade 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.

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

²⁶ Peça 45.

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, § 5º²⁷, 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 5027206-22.2018.4.04.0000; 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. PRESCRITEBILIDADE. 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

²⁷ 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.

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**)

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. Até**

juízo definitivo em contrário pelo STF, permanecem imprescritíveis as pretensões de ressarcimento decorrentes de tomadas de contas especiais.

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, ao subsumir o caso dos autos ao Tema 899 do STF, o Conselheiro Sérgio Borges, em seu Voto Relator 5964/2021, entendeu que:

(...) quando do julgamento do Tema 899, a Suprema Corte não tratou dos desdobramentos de questões que giram em torno da prescrição, bem como dos diversos efeitos reflexos que dela poderiam advir.

Dentre eles, menciono, por exemplo, a falta de manifestação da Corte Suprema relativamente a como se daria a continuidade do processamento das ações que envolvessem a presença de dano ao erário, mas que já estivessem eventualmente prescritas, como é exatamente o caso que ora se apresenta.

Sem a definição de uma solução, tornou-se dever dos próprios Tribunais de Contas a definição de como se dará a condução dos autos que versam sobre a matéria aqui ventilada, qual seja, dano ao erário e a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, fazendo com que surja o seguinte questionamento:

Haveria necessidade desta Corte de Contas de se manifestar sobre o mérito, mesmo diante da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva em ações de ressarcimento?

E chegou à seguinte conclusão:

ACÓRDÃO

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 pelo Relator, em:

- 1) **EXTINGUIR** o processo sem resolução do mérito, nos termos deste Voto Vista;
- 2) **CIÊNCIA**, na forma regimental, aos interessados e ao MPC;
- 3) Após o trânsito em julgado, **ARQUIVAR** o feito.

Ora eminentes pares, peço vênias 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 vênias para repetir:

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.

Para uma melhor compreensão, entendo prudente aclarar que primeiramente tramitam as demandas nos Tribunais de Contas, independente 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.

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.

Nesse sentido, confere-se que o Excelso Supremo Tribunal Federal não foi omissivo quanto a *como se daria a continuidade do processamento das demandas que tramitam nos Tribunais de Contas*, como assim faz entender o Voto Relator 5964/2021, eis que **a Suprema Corte se restringiu tão somente aos prazos prescricionais de ações judiciais**, e não aos prazos prescricionais dos processos administrativos que tramitam nas Cortes de Contas.

Verifico, por fim, que o 'recente' precedente do Tribunal de Contas de Minas Gerais utilizado como premissa para o Voto Relator 5964/2021 proferido pelo Eminentíssimo Conselheiro Sérgio Borges²⁸ é anterior ao julgamento dos embargos de declaração pela Corte Superior de Justiça, isto é, o precedente é anterior ainda ao trânsito em julgado da tese fixada no Tema 899.

Desta feita, o aclarado pelos fundamentos do julgamento dos embargos de declaração, no sentido de 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, conforme exposto alhures, não foi objeto de análise pelo Tribunal de Contas de Minas Gerais, eis que anterior ao julgamento daqueles.

Nesse sentido, a premissa utilizada pelo Voto Relator, *concessa vênias*, não é recente e nem atualizada com os fundamentos posteriores apresentados pela Suprema Corte.

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:

²⁸ De todo o exposto, concluo o presente voto mencionando a recente decisão prolatada pelo **Tribunal de Contas de Minas Gerais**, que foi o pioneiro e, por meio do seu órgão plenário, decidiu, por maioria, acolher e aplicar nos processos de sua competência as teses firmadas pelo Supremo Tribunal Federal (Decisão Plenária no Recurso Ordinário nº 1.054.102). Isto é, firmou o entendimento segundo o qual a pretensão de ressarcimento ao erário prescreve no mesmo prazo da pretensão punitiva, inclusive antes da formação do título executivo²⁸.

[...] 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 vênias ao nobre Conselheiro Sérgio Borges, 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.

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, corroboro com o entendimento do Eminentíssimo Conselheiro tão somente acerca da segurança jurídica a ser refletida por esta Corte de Contas, no sentido da necessidade de se pacificar o tema aqui em debate, uniformizando o julgamento de deliberações que envolvam demandas cujo objeto é a prescrição da pretensão punitiva, em harmonia com os preceitos fundamentais e em observância a recente decisão do STF.

2.2 Razões de mérito

Quanto às razões de mérito, reservo a análise e manifestação para após o deslinde das questões prejudiciais, devendo ser ouvida novamente a área técnica e o órgão ministerial.

Assim, ante todo o exposto, obedecidos todos os trâmites processuais e legais, tendo em conta a fundamentação até aqui expendida, divergindo do Voto do

Conselheiro Relator, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte proposta de deliberação que submeto à sua consideração.

3 PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

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 RETORNAR os autos à área técnica e ao Ministério Público de Contas para manifestação.

SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Conselheiro

1. ACÓRDÃO TC-135/2022:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão plenária, ante as razões expostas, em:

1.1. EXTINGUIR o processo sem resolução do mérito;

1.2. DAR CIÊNCIA, na forma regimental, aos interessados e ao MPC;

1.3. ARQUIVAR o feito após o trânsito em julgado.

2. Por maioria, nos termos do voto do relator, conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges, 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 retornar os autos à área técnica para manifestação.

3. Data da Sessão: 17/02/2022 – 6ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Sérgio Manoel Nader Borges (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Domingos Augusto Taufner, Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANÁSTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das Sessões