



Acórdão 00442/2022-7 - 2ª Câmara

Processos: 00019/2002-8, 01177/2003-3, 02931/2002-7

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Auditoria

Exercício: 2001

UG: PMS - Prefeitura Municipal de Sooretama

Relator: Domingos Augusto Taufner

Responsável: JOSE CARLOS GRATZ, ESMael NUNES LOUREIRO

Procuradores: LEONARDO PICOLI GAGNO (OAB: 31456-DF, OAB: 10805-ES), CARLA MILEIPE FESTA (OAB: 9069-ES), HOMERO JUNGER MAFRA (OAB: 3175-ES, OAB: 00867-PE), MARCIA REALI NOGUEIRA BERTOLDO (CPF: 004.105.777-58), MAGDA SILVANA PERPETUO DE MENDONCA BORGES (OAB: 156B-ES), JULIANA PEDREIRA DA SILVA (OAB: 10296-ES)

PROCESSUAL – TEMA 899 – PRESCRIÇÃO DO DANO AO ERÁRIO – EXTINÇÃO COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO

1. 1. Transcorrido o prazo igual ou superior a 05 (cinco) anos entre a data dos fatos e a citação válida do responsável e o julgamento pelo Tribunal de Contas, haverá incidência de prescrição, inclusive da pretensão de ressarcimento ao erário, nos termos do Tema 899 do STF e de outros precedentes do STF.
2. A prescrição extingue a ação e seu reconhecimento prejudica a análise do mérito, devendo o processo ser extinto com resolução de mérito, com fundamento no artigo 487, II do CPC.

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER:

1. RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de Auditoria Especial realizada na Prefeitura Municipal de Sooretama, com a finalidade de apurar indícios de desvio de recursos de convênio com a Companhia Vale do Rio Doce – CVRD e Fundação Nacional de Saúde – FUNASA e de uso indevido do Fundo de Previdência dos Servidores Municipais, praticados nos exercícios de 1997 a 2000, à época sob a responsabilidade do Sr Esmael Nunes Loureiro, conforme Plano de Auditoria Especial n. 05/2001.

Em Instrução Técnica Inicial – ITI 001/2002 (Doc. 05, fls. 46/53), a 4ª Controladoria Técnica, anuiu ao Relatório de Auditoria nº 00067/2017-1, e sugeriu:

- **Notificação** do Sr. Esmael Nunes Loureiro, Prefeito Municipal de Sooretama, exercícios de 1997/2000, para que se manifeste sobre os fatos apontados nos itens I e III;
- **Encaminhar** os fatos do item II, ao **Tribunal de Contas da União**, por se tratar de Convênio Federal, Prefeitura Municipal/FUNASA.

Ato contínuo, por meio Decisão (evento 06, fl. 60) determinou a notificação de José Carlos Gratz para remeter a Prestação de Contas relacionada ao contrato celebrado entre a Assembleia Legislativa e a empresa LIMAQ – Linhares Máquinas Ltda.

Como consequência do encaminhamento de documentos por parte do Ministério Público do Estado do Espírito Santo, Comarca de Linhares, foi determinada a realização de diligência externa (evento 10, fl. 22), conforme Plano e Programa de Auditoria n. 40/2003.

Em Relatório Técnico de Auditoria (Doc. 25, fls. 9/58) foram apontados achados que foram ratificados em Instrução Técnica Inicial 32/2003 (evento 30, fls. 3/42), assim como, fora determinado a citação dos Srs. Esmael Nunes Loureiro e José Carlos Gratz.

Por meio das Decisões TC 1851/2003 (evento 31, fls. 20/21), 1619/2004 (evento 47, fl. 18), 2793/2004 (evento 47, fl. 29), 3905/2004 (evento 48, fls. 16/17), 0289/2005 (evento 48, fls.28/29) e 1103/2005 (evento 48, fls. 38/39), foi determinada a expedição de ofícios à Assembleia Legislativa, Prefeitura de Sooretama e LIMAQ – Linhares Máquinas Ltda, Chefia da Polícia Civil, Prefeitura de Sooretama e Chefia da Seção de Documentos cópia da Polícia Civil, respectivamente.

Seguiram os autos para a 9ª Controladoria Técnica – Engenharia, que por meio de Instrução Técnica Conclusiva – ITC 3087/2007 (Doc 48, fls. 83/101, e Doc 49, fls. 1/25), opinou:

Pelo **NÃO ACOLHIMENTO** das razões de justificativas do Sr. Esmael Nunes Loureiro relacionadas à execução das obras de esgotamento sanitário com recursos oriundos da CVRD por força da Lei Estadual 5781/98 com redação alterada pela Lei Estadual 6005/99 [...] Permanecendo o pagamento indevido de R\$ 1.046.236,61, equivalentes a 983.215,50 VRTE's, referentes ao repasse dos recursos oriundos da transação do Governo Estadual e a CVRD de acordo com a Lei Estadual n. 5781/98, com redação alterada pela Lei 6005/99, que deverão ser devolvidos ao erário estadual;

- a) Pelo **NÃO ACOLHIMENTO** das razões de justificativas do Sr. Esmael Nunes Loureiro relacionadas com a destinação de materiais, devendo ser restituídos ao erário municipal a importância de R\$51.304,71, equivalentes a 49.340,10 VRTE's, referentes ao desaparecimento ou destinação incerta de material adquirido para execução de rede de esgoto sanitário executado por administração direta (parceria Prefeitura x SAAE).

Do mesmo modo, por meio da Instrução Técnica Conclusiva – ITC 02684/2019-1 (Doc 49, fls. 84/101, e 50, fls. 1/51), o NNF – Núcleo de Controle Externo de Normatização da Fiscalização, opinou:

4.1. Pela declaração da **PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DESTA CORTE NO QUE TANGE ÀS SEGUINTESS IRREGULARIDADES**, uma vez que se referem a fatos ocorridos há mais de cinco anos, na forma do art. 71, da Lei Complementar Estadual 621/2012 e do art. 373 do RÍTCEES:

4.1.1. Inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 157/99, posto ferir a competência estabelecida no art. 24, XII, da CF e art. 19, IV, da Constituição Estadual, bem como o art. 1º, III, da Lei 9.717/98
Infringência: art. 24, XII, da CF; art. 19, IV, da Constituição Estadual; art. 1º, III, da Lei 9.717/98
Responsável: **ESMAEL NUNES LOUREIRO**

4.1.2. Inobservância ao art. 28, § 1º, da Lei municipal 48/97 que determina que os recolhimentos das contribuições devem ser efetuados no mês subsequente ao da sua retenção
Infringência: art. 28, § 1º, da Lei municipal 48/9
Responsável: **ESMAEL NUNES LOUREIRO**

4.1.3. Inobservância ao art. 4º da Lei municipal 157/99 – despesa efetuada em data anterior à vigência da lei, no montante de R\$ 17.059,56
Infringência: art. 4º da Lei municipal 157/99
Responsável: **ESMAEL NUNES LOUREIRO**

4.1.4. Inobservância aos arts. 35, 38 e 86 da Lei 4.320/64
Infringência: arts. 35, 38, 94, 95 e 96 da Lei 4.320/64
Responsável: **ESMAEL NUNES LOUREIRO**

4.1.5. Inobservância à Lei 9.717/98 (art. 1º, III) e à Lei municipal 157/99 (mesmo que, em tese, inconstitucional, enquanto não declarada a inconstitucionalidade, permanece vigente a lei, gerando efeitos) face a existência dentre os pagamentos

efetuados com recursos da conta movimento e de uma transferência de igual valor e na mesma data da conta fundo de previdência, de um pagamento, com finalidade diversa das hipóteses elencadas na Lei municipal 157/99 (obras e desenvolvimento) Infringência: art. 1º, III, da Lei 9.717/98 e Lei municipal 157/99 Responsável: ESMAEL NUNES LOUREIRO

4.1.6. Incompatibilidade do processo de aquisição do imóvel em comento com o permissivo legal acerca da possibilidade da dispensa de licitação, resultando na ilegalidade do procedimento face a infringência ao art. 24, X, da Lei 8.666/93 pelo que se faz necessária sua anulação, pela própria Administração à luz da Súmula 473 do STF Infringência: art. 24, X, da Lei 8.666/93 Responsável: ESMAEL NUNES LOUREIRO

4.1.7. Usurpação de atribuições do Poder Executivo estadual pelo então Presidente da Assembleia Legislativa, no sentido da contratação de obras a serem realizadas no município de Sooretama, incorrendo em grave violação ao princípio constitucional da Separação de Poderes (art. 22 da CF), bem como ao estabelecido nos arts. 91, XIII, 55 e 56, todos da Constituição Estadual. Infringência: art. 22 da CF e arts. 55, 56 e 91, XIII, da Constituição Estadual Responsável: JOSÉ CARLOS GRATZ

4.2. Pela MANUTENÇÃO DAS SEGUINTE IRREGULARIDADES:

4.2.1. RESPONSABILIDADE, SEJA PELA NEGLIGÊNCIA À FISCALIZAÇÃO DO OBJETO CONTRATADO, SEJA EFETUANDO PAGAMENTOS INDEVIDOS, INCLUSIVE A MAIOR, POR OBRAS E SERVIÇOS, NÃO LICITADOS E NÃO EXECUTADOS, CONCORRENDO, EM FACE DOS ATOS DE GESTÃO ORA PRATICADOS, SOLIDARIAMENTE, OS CHEFES DO LEGISLATIV ESTADUAL E DO EXECUTIVO MUNICIPAL, À ÉPOCA RESPECTIVAMENTE, SR. JOSÉ CARLOS GRATZ E SR. ESMAEL NUNES LOUREIRO, PARA A DILAPIDAÇÃO DO ERÁRIO MUNICIPAL, NO MONTANTE DE R\$ 1.046.239,61 (UM MILHÃO E QUARENTA E SEIS MIL, DUZENTOS E TRINTA E NOVE REAJ S E SESSENTA E UM CENTAVOS), QUE CORRESPONDEM A 983.215,50 VRTE, NA FORMA DOS ARTS. 264 E 265 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 (ARTS. 896, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916), COMO TAMBÉM DOS ARTS. 51 E 57 DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL 32/93 (Item 3.2 desta FTC) Infringência: arts. 264 e 265 do Código Civil; e arts. 51 e 67 da Lei Complementar Estadual 32/93 Responsável: ESMAEL NUNES LOUREIRO Imputação de débito; RS 1.046.239,61 (um milhão e quarenta e seis mil e duzentos e trinta e nove reais e sessenta e um centavos), correspondentes a 983.216,50 VRTE.

4.2.2. RESPONSABILIDADE DO ENTÃO PREFEITO MUNICIPAL, SR. ESMAEL NUNES LOUREIRO, PELO DESAPARECIMENTO DE BENS PERTENCENTES AO PATRIMÔNIO PÚBLICO MUNICIPAL, CONSUBSTANCIADO EM 4.539,4 METROS DE TUBOS DE PVC PARA REDE COLETORA DE ESGOTO SANITÁRIO, COM DIÂMETRO DE 150MM, E DE 89 UNIDADES DE TAMPÕES DE FERRO FUNDIDO PARA POÇOS-DE-VISITA, COM DIÂMETRO DE 60CM, O QUE CORRESPONDE À IMPORTÂNCIA DE R\$ 51.304,71 (CINQUENTA E UM MIL E TRESNTOS E QUATRO REAIS E SETENTA E UM CENTAVOS), QUE CORRESPONDEM A 49.340,10 VRTE (item 3.3 desta FTC) Responsável: ESMAEL NUNES LOUREIRO Imputação de débito: RS 51.304,71 (cinquenta e um mil e trezentos e quatro

reais e setenta e um centavos), correspondente à 49.340,10 VRTE.

4.3. E diante do preceituado no art. 319, § 1º, IV, da Res. TC 261/13, conclui-se opinando por:

4.3.1. Excluir do rol de responsáveis o Sr. José Carlos Gratz, conforme análise constante do item 3.2 desta ITC;

4.3.2. Converter o processo em tomada de contas especial em face do Sr. Esmael Nunes Loureiro, rejeitar suas alegações de defesa e julgar Irregulares suas contas, em razão das irregularidades dispostas nos Itens 3.2 e 3.3 desta UC, com amparo no art. 57, IV, e no art. 84, III, "c", "d" e "e*", da Lei Complementar Estadual 621/2012, condenando-o a ressarcir ao erário municipal os montantes de R\$ 1.046.239,61 (um milhão, quarenta e seis mil, duzentos e trinta e nove reais e sessenta e um centavos), equivalente a 983.215,50 VRTE, referente à irregularidade do item 3.2, e de R\$ 51.304,71 (cinquenta e um mil, trezentos e quatro reais e setenta e um centavos), equivalente a 49.340,10 VRTE, referente à irregularidade do item 3.3;

O Ministério Público de Contas, de acordo com o Parecer 2713/2020-6 exarado em Doc. 54 pelo Procurador de Contas Dr. Luciano Vieira, pugnou:

pelo desentranhamento das fls. 3-10, Doc. 48;
rejeitar as preliminares de cerceamento do direito à ampla defesa e do contraditório e da aprovação das contas dos exercícios de 1997 a 2000 aduzidas por Esmael Nunes Loureiro; comprovada a prática de graves infrações à norma legal e danos ao erário, pela conversão do feito em tomada de contas especial em face de Esmael Nunes Loureiro, julgando-a IRREGULAR, com a consecutória imputação do débito de 1.032.555,60 VRTE, em decorrência dos prejuízos descritos nos itens 2.G e 3.A da ITI 32/2003, nos termos dos arts. 57, inciso IV, 84, inciso III, alíneas, "c", "d" e "e", 87, inciso V, e 115 da LC n. 612/2012;
seja decretada a prescrição da pretensão punitiva, nos termos do art. 71, caput, da LC n.621/2012;
seja resolvido o processo com resolução de mérito em face de José Carlos Gratz, com fulcro no art. 487, inciso I, do CPC c/c art. 70 da LC n. 621/12 e art. 207, inciso III, do RITCEES.

Logo após, por meio de Decisão 01199/2020-4 – 2ª Câmara (Doc. 58), decidiram os conselheiros desta Corte, SOBRESTAR estes autos até o trânsito em julgado do Acórdão proferido no Recurso Extraordinário RE 636.886 pelo Supremo Tribunal Federal – Tema 899.

Devidamente sobrestado o feito, o sobrestamento foi encerrado por meio de Certidão 04337/2021-2 (Doc. 63), que certificou o trânsito em julgado do Recurso Extraordinário autuado no Supremo Tribunal Federal sob o número 636.886, objeto do Tema 899, retornando o processo ao Gabinete do relator para seguimento do feito.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

A Lei Complementar Estadual nº. 621/2021, Lei Orgânica do TCE-ES, preconiza no artigo 71 que prescreve em 05 (cinco) anos a pretensão punitiva do Tribunal de Contas nos feitos a seu cargo. E, no mesmo artigo, no §1º, dispõe que a prescrição poderá ser decretada de ofício ou mediante provocação de qualquer interessado, após manifestação escrita no Ministério Público de Contas, *in verbis*:

Art. 71. **Prescreve em cinco anos** a pretensão punitiva do Tribunal de Contas nos feitos a seu cargo.
(...)
§ 1º **A prescrição poderá ser decretada** de ofício ou mediante provocação de qualquer interessado, **após manifestação escrita do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.** (Grifo nosso).

Deste modo, inicialmente, verifica-se que o Ministério Público se manifestou conforme Parecer 02713/2020-6 (doc. 54) de lavra do Procurador Luciano Vieira.

Superados os requisitos para análise da incidência da prescrição, passa-se a verificar sua incidência no presente caso.

A Lei Orgânica, ainda no artigo 71, dispõe acerca da data inicial para a contagem do prazo de prescrição, sendo da autuação do processo, nos casos de processo de prescrição e tomada de contas e da ocorrência do fato, nos demais casos. Observe:

Art. 71
(...)
§ 2º **Considera-se a data inicial para a contagem do prazo prescricional:**
I - **da autuação do feito** no Tribunal de Contas, nos casos de processos de **prestação e tomada de contas**, e nos casos em que houver obrigação formal de envio pelo jurisdicionado, prevista em lei ou ato normativo, incluindo os atos de pessoal sujeitos a registro;
II - **da ocorrência do fato, nos demais casos.**

Dessa forma, como este processo versa sobre Auditoria, considera-se a data inicial para a contagem do prazo a ocorrência do fato.

Verificada a data inicial para contagem do prazo prescricional, imperioso se faz analisar as causas interruptivas, e, acerca da possibilidade de interrupção da prescrição, o §4º do artigo 71, dispõe que a citação válida interrompe a prescrição, vejamos:

Art. 71

(...)

§ 4º Interrompem a prescrição:

I - a citação válida do responsável (grifo nosso)

II – o julgamento do processo pelo Colegiado competente;

III – a interposição de recurso.

Nesse sentido, temos que o presente processo dispõe acerca de irregularidades que ocorreram em 1997, e a primeira citação válida dos responsáveis se deu em junho de 2003 e a última em 30/06/2003, tendo se passado, portanto, mais de 05 anos entre a ocorrência dos fatos e a citação e ainda, mais de 05 anos sem que o processo tenha sido apreciado/julgado por esta Corte de Contas.

Assim, não restam dúvidas que houve a incidência da prescrição, visto que entre o cometimento da irregularidade e a citação válida dos responsáveis transcorreu o prazo de mais de 05 (cinco) anos.

Ainda que se assim não fosse, a partir da citação válida dos responsáveis transcorreu o prazo de mais de 05 anos sem que tenha sido apreciado/julgado, ou verificada qualquer hipótese suspensiva ou interruptiva da prescrição.

Contudo, como se observa, à época, a equipe técnica somente reconheceu a prescrição das irregularidades das quais não decorriam dano ao erário, conforme se observa:

Portanto, tendo em vista que o marco inicial de contagem da prescrição da pretensão de aplicação de multa perante este Tribunal, gerada a partir do cometimento de irregularidades formais, foi a data de início do cometimento destas, e, como se observa nos autos, o processo em voga trata-se do **TC 0019/2002**, descontados os períodos em que a contagem do prazo prescricional permaneceu suspensa em decorrência de diligências no processo, aqui entendidas em sentido lato, verifica-se que **estão prescritas as irregularidades formais eventualmente cometidas, ou, colocando-se de outra forma, cometidas em data anterior ao ano de 2002** – pois, conforme Programa de Auditoria, tratou-se do período correspondente de 1997 a 2000 – encontrando-se afastada a possibilidade de aplicação de

penalidade pecuniária referente a tais irregularidades que não acarretaram prejuízo e não tiveram como consequência o ressarcimento ao erário.
(Grifos do Original)

Tal entendimento se deu em observância ao disposto no parágrafo 5º do artigo 71, da Lei Orgânica desta Corte de Contas, que determina que a prescrição da pretensão punitiva não impede a atuação fiscalizadora do Tribunal de Contas para a verificação da ocorrência de prejuízo ao erário, nem obsta a adoção de medidas corretivas.

Destaca-se que o entendimento firmado tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência era de que as irregularidades das quais se enseja a imputação de dano ao erário eram imprescritíveis.

Diferentemente da manifestação da equipe técnica desta Corte, na Instrução Técnica Conclusiva 02684/2019-1, o Ministério Público de Contas apresenta opinamento divergente com relação ao início de contagem de prazo para fins de ocorrência da prescrição:

“No caso vertente, observa-se que o prazo prescricional (norma material, com efeito retroativo, portanto), **teve início com a ocorrência dos fatos no exercício de 1997**. Posteriormente foi interrompido com a citação válida dos responsáveis e suspenso com as determinações de diligência no processo até seu total cumprimento, conforme retratado abaixo: (Grifo do Original) ”

Responsável	Data da Citação	Data da Suspensão	Data da Prescrição
Esmael Nunes Loureiro	20/06/2003	24/07/2003	2009
		06/04/2004 a	
		12/05/2004	
		05/08/2004	
José Carlos Gratz	10/06/2003	24/07/2003 a	2009
		03/09/2003	

	06/04/2004	a	
	12/05/2004		
	05/08/2004	a	
	15/06/2005		

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

Entretanto, tais entendimentos foram alterados pelo Supremo Tribunal Federal – STF no julgamento do RE 636.886/AL, Tema 899, decidiu que “é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”.

No julgamento o STF entendeu que a imprescritibilidade atinge somente as pretensões de ressarcimento fundadas na prática de ato doloso de improbidade administrativa, devidamente reconhecida pelo Poder Judiciário em ação própria, vejamos:

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”.

Tal entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) veio sendo alterado ao longo dos anos. Em outros processos não relacionados diretamente com decisões tomadas em Tribunais de Contas já havia entendido pela prescritibilidade da reparação por dano ao erário.

Esse foi o entendimento exposto no julgamento do RE 669.069/MG (Tema 666) que decidiu que o dano civil ao erário é prescritível. Como exemplo disso temos a situação e um particular que provoque um dano ao patrimônio público.

O STF também decidiu no julgamento do RE 852475/SP (Tema 897) que nos casos de improbidade administrativa o dano também será prescritível. Isso quer dizer que o Supremo determinou 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*¹.

O fato da Suprema Corte Federal ao se pronunciar sobre prescritibilidade do dano ao erário resultante de decisão de Tribunais de Contas na fase de execução (que é processada pela lei de execução fiscal) não quer dizer que, a “*contrario sensu*” estaria determinando a imprescritibilidade da fase de julgamento administração feito pelas Cortes de Contas.

1

Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749427786> – Acesso em: 17 de março de 2022.

Fazendo uma interpretação sistemática das decisões do STF, principalmente a que a imprescritibilidade do dano ao erário somente ocorre no caso de improbidade administrativa com dolo ou má-fé é possível afirmar que a regra é a prescritibilidade.

Os fatos que o Poder Judiciário julga como improbidade também são irregularidades que podem ser fiscalizadas e julgadas pelos Tribunais de Contas. Entretanto, esses órgãos de controle não processam as ações de improbidade propriamente ditas e não teriam como atestar de maneira inequívoca que ocorreu um ato de improbidade.

Dessa forma, à luz do entendimento exarado pelo Supremo no Tema 899, temos que o presente processo está prescrito, e a partir desta constatação tem-se que observar os efeitos da prescrição no presente caso.

Nesse sentido, de acordo com Maria Helena Diniz, *a prescrição extingue a ação e por via obliqua o direito*².

Dessa forma, já que a prescrição extingue a ação é correto afirmar que seu reconhecimento prejudica a análise do mérito, devendo o processo ser extinto com resolução de mérito, com fundamento no artigo 487, II do CPC, *in verbis*:

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

(...)

II - **decidir**, de ofício ou a requerimento, **sobre** a ocorrência de decadência ou **prescrição**; (grifo nosso)

Nesses termos, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ, no julgamento do REsp nº 1778237/RS, que “*o legislador foi peremptório ao estabelecer no artigo 487 do CPC, dentre diversas hipóteses de decisão com resolução de mérito, que a prescrição e a decadência seriam uma delas*”. Observe:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE AFASTA A PRESCRIÇÃO. DECISÃO DE MÉRITO QUE DESAFIA O RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 487, II, C/C ART. 1.015, II, DO CPC/15.

1. Segundo o CPC/2015, nas interlocutórias em que haja algum provimento de mérito, caberá o recurso de agravo de instrumento para impugná-las (art. 1.015, II).

² DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil. 20. ed. rev. aum. SP: Saraiva 2003.

2. No atual sistema processual, nem toda decisão de mérito deve ser tida por sentença, já que nem sempre os provimentos com o conteúdo dos arts. 485 e 487 do CPC terão como consequência o fim do processo (extinção da fase cognitiva do procedimento comum ou da execução).
3. As decisões interlocutórias que versem sobre o mérito da causa não podem ser tidas como sentenças, pois, à luz do novel diploma, só haverá sentença quando se constatar, cumulativamente: I) o conteúdo previsto nos arts. 485 e 487 do CPC; e II) o fim da fase de cognição do procedimento comum ou da execução (CPC, art. 203, § 1º).
4. O novo Código considerou como de mérito o provimento que decide sobre a prescrição ou a decadência (art. 487, II, do CPC), tornando a decisão definitiva e revestida do manto da coisa julgada.
5. Caso a prescrição seja decidida por interlocutória, como ocorre na espécie, o provimento deverá ser impugnado via agravo de instrumento. Já se a questão for definida apenas no âmbito da sentença, pondo fim ao processo ou a capítulo da sentença, caberá apelação nos termos do art. 1.009 do CPC. 6. Recurso especial não provido.

E, segundo o relator do processo Ministro Luis Felipe Salomão, é incontestável que o novo CPC considerou como de mérito o provimento que decide sobre a prescrição ou a decadência.

Assim, entendo que o presente processo deve ser julgado com resolução de mérito na forma do artigo 487, II, do CPC, aplicado subsidiariamente conforme determina o artigo 70 da Lei Complementar Estadual nº. 621/2021.

Ante todo o exposto, acompanhando o entendimento da Área Técnica e do Ministério Público de Contas, VOTO para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER
Relator

1. ACÓRDÃO TC-442/2022:

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

1.1. Reconhecer, a ocorrência da **PRESCRIÇÃO** da pretensão punitiva e do Dano ao Erário, conforme **Tema 899 e outros precedentes do STF**;

1.2. Extinguir o processo com resolução do mérito, nos termos da fundamentação apresentada

1.3. DAR CIÊNCIA aos interessados.

1.4. Após os trâmites regimentais, **arquivar** os autos.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 08/04/2022 – 14ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sérgio Manoel Nader Borges (presidente), Domingos Augusto Taufner (relator) e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Presidente

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Relator

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUCIANO VIEIRA

Em substituição ao procurador-geral

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

Subsecretária das Sessões