



Acórdão 00897/2022-9 - 2ª Câmara

Processo: 04343/2008-6

Classificação: Tomada de Contas Especial Convertida

Exercício: 2007

UG: PMI - Prefeitura Municipal de Itapemirim

Relator: Domingos Augusto Taufner

Responsável: NORMA AYUB ALVES, EDER BOTELHO DA FONSECA, FABIANA PEREIRA DONATO, SIMONE DE SOUZA BEIRIZ

Procuradores: SANTOS FERREIRA DE SOUZA (OAB: 3462-ES), VANIA DUARTE SEIBERT (OAB: 24621-ES), LEILSON DUARTE (OAB: 22690-ES), DIEGO LIBARDI LEAL (OAB: 23987-ES), RONALD WANDERLEY MIGNONE (OAB: 11328-DF)

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

1. Transcorrido o prazo igual ou superior a 05 (cinco) anos entre a citação válida do responsável e a apreciação/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 autos de auditoria ordinária realizada na Prefeitura Municipal de Itapemirim, em cumprimento ao Plano e Programa de Auditoria Ordinária nº 198/2008, referente ao exercício de 2007, cuja gestão foi de responsabilidade do senhora Norma Ayub Alves.

Dos trabalhos resultou o Relatório de Auditoria RA-O 115/2018 (fls. 05-26) em que foram identificados indícios de irregularidades, posteriormente reproduzidos na Instrução Técnica Inicial ITI 574/2008 (fls. 187-194), nos termos da qual foi prolatada a Decisão Preliminar TC 133/2009 (fl. 207), promovendo-se a citação dos responsáveis, senhores Norma Ayub Alves – Prefeita Municipal, Simone Beiriz de Souza Rocha - Secretária Municipal de Educação, Fabiana Pereira Donato - Secretária Municipal de Administração e Eder Botelho da Fonseca - Secretário Municipal de Finanças, para apresentação de justificativas e documentos no prazo de 45 dias improrrogáveis.

Devidamente citados, os responsáveis apresentaram defesa (fls.221 a 277).

Em seguida, os autos foram encaminhados à, então, 5ª SCE para análise conclusiva. Entretanto, fora elaborada a complementação ao relatório de auditoria, trazida aos autos através da Manifestação Técnica MTP 27/2010 (fls. 324 a 340) e documentação de suporte.

Assim, em cumprimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa, foi elaborada nova instrução técnica inicial – ITI 428/2010¹ (fls. 437 a 464), que sugeriu a citação da Prefeita Municipal e dos Secretários de Finanças e de Administração.

A Decisão Preliminar TC 0316/2010, fl. 474, determinou a citação dos responsáveis (Termos de Citação 329, 330 e 331/2010) e, posteriormente, a Decisão Preliminar TC 0397/2010, fl. 494, determinou nova citação de Eder Botelho da Fonseca e Fabiana Pereira Donato (Termos de Citação 418 e 419/2010).

¹ A ITI 878/2009, constante dos autos (fls. 303 a 313), foi substituída pela ITI 428/2010.

Tempestivamente, os citados apresentaram defesa, trazida aos autos as fls. 499 a 511.

Na forma regimental, foram os autos encaminhados a este Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas – NEC para análise e elaboração de Instrução Técnica Conclusiva.

Contudo, o NEC elaborou Manifestação Técnica Preliminar MTP 138/2013 (fls. 522 a 525), sugerindo ao Conselheiro Relator nova citação dos responsáveis, conforme abaixo transcrito:

ANÁLISE TÉCNICA PRELIMINAR

Ao iniciar a análise dos indícios de irregularidades apontadas na **ITI 574/208**, percebe-se que houve um equívoco na descrição do indício de irregularidade apontada no item 5.4.1 do relatório de auditoria (fl. 20) e item b da ITI supra (fl. 189), qual seja:

b) AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO DECORRENTE DE EXECUÇÃO DE CONTRATO COM PRORROGAÇÃO IRREGULAR, DEVIDO AO PRAZO DE VIGÊNCIA SER SUPERIOR AOS RESPECTIVOS CRÉDITOS ORÇAMENTÁRIOS.

Base legal: Infringência: artigos 2º e 57 da 8.666/93 e suas alterações

Ocorre que **não houve prorrogação do contrato em questão**. Na verdade, o contrato nº 033/2005 (fls. 163/165), firmado com a empresa Mundial Derivados de Petróleo Ltda., foi originalmente firmado com vigência inicial até 31 de dezembro de 2008. Como o contrato iniciou-se em 16 de fevereiro de 2005, sua vigência perdurou por quase três anos.

Tal fato levou a uma defesa equivocada por parte dos responsáveis quanto a esta irregularidade (fls. 223/225). Os defendentes afirmaram categoricamente que os termos aditivos citados pela auditoria tratavam unicamente de reequilíbrio econômico-financeiro, e que não houve prorrogação do contrato para além da vigência dos créditos orçamentários, pois os pagamentos foram respectivos a cada exercício. Em suma, a defesa preocupou-se em afirmar que não houve no período aditivo de prorrogação de prazo, citado pela auditoria, e centrou-se em justificar a existência e a regularidade dos aditivos para reequilíbrio econômico financeiro do contrato.

Objetivando maior transparência nas irregularidades apontadas, sugiro que as mesmas sejam apontadas separadamente:

1 – VIGÊNCIA DE CONTRATO ALÉM DOS RESPECTIVOS CRÉDITOS ORÇAMENTÁRIOS.

Base legal: Infringência ao artigo 57, caput, da Lei nº 8.666/93.

2 – AUSENCIA DE LICITAÇÃO DECORRENTE DE CONTRATO COM VIGÊNCIA ALÉM DOS RESPECTIVOS CRÉDITOS ORÇAMENTÁRIOS.

Base legal: Infringência ao artigo 37, inciso XXI, da CF, e ao artigo 2º da Lei nº 8.666/93.

Assim, foi proferida Decisão Monocrática DECM 404/2013 (fls. 527 a 530) determinando a citação dos senhores Norma Ayub Alves, Eder Botelho da Fonseca e Fabiana Pereira Donato (Termos de citação 874, 875 e 876/2013).

A defesa foi juntada aos autos tempestivamente (fls. 551 a 579), retornando, na sequência, ao NEC que por meio da Instrução Técnica Conclusiva 1815/2015-1 (fls. 582/605), opinou por:

3. CONCLUSÃO/PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

3.1 Após a análise dos fatos constantes dos presentes autos, que versam sobre o **Relatório de Auditoria Ordinária RAO 115/2008**, da **Prefeitura Municipal de Itapemirim**, relativo ao exercício de **2007**, entendeu-se que devem ser mantidas as seguintes irregularidades:

3.1.1 - AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO – DISPENSA INDEVIDA

Infringência aos artigos 2º² e 3º³ (Princípio da Isonomia) Lei nº 8.666/1993.

Responsáveis: Norma Ayub Alves – Prefeita Municipal
Simone Beiriz de Souza Rocha – Secretária Municipal de Educação

3.1.2 - VIGÊNCIA DE CONTRATO ALÉM DOS RESPECTIVOS CRÉDITOS ORÇAMENTÁRIOS e AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO DECORRENTE DE CONTRATO COM VIGÊNCIA ALÉM DOS RESPECTIVOS CRÉDITOS ORÇAMENTÁRIOS (conforme MTP 138/2013)

Infringência ao artigo 37, inciso XXI, da CF e aos artigos 2º e 57, caput, da Lei nº 8.666/93.

² Art. 2º - As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

³ Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

Responsáveis: Norma Ayub Alves – Prefeita Municipal
Eder Botelho da Fonseca – Secretário Municipal de Finanças
Fabiana Pereira Donato – Secretária Municipal de Administração

3.1.3 - REAJUSTE CONCEDIDO IRREGULARMENTE AO SUBSÍDIO DO PREFEITO E VICE-PREFEITO ATRAVÉS DA LEI MUNICIPAL Nº 2071/2007

Infringência ao artigo 25 da Lei Orgânica Municipal e ao artigo 5º da Lei Municipal nº 1879/2004

Responsáveis: Norma Ayub Alves – Prefeita Municipal
Eder Botelho da Fonseca – Secretário Municipal de Finanças
Fabiana Pereira Donato – Secretária Municipal de Administração
Ressarcimento: R\$ 388,98, correspondente a 221,84 VRTE

3.1.4 - PAGAMENTO A MAIOR DOS SUBSÍDIOS DOS SECRETARIOS MUNICIPAIS DECORRENTE DE DATA DIVERGENTE DAQUELA DOS SERVIDORES MUNICIPAIS, BEM COMO SUBSÍDIOS PAGOS ACIMA DO ESTABELECIDO EM LEI

Infringência ao art. 5º da Lei Municipal nº 1879/2004, aos artigos 1º e 2º da Lei Municipal 1.977/2006 c/c art. 25, caput e § 2º da Lei Orgânica Municipal.

Responsáveis: Norma Ayub Alves – Prefeita Municipal
Eder Botelho da Fonseca – Secretário Municipal de Finanças
Fabiana Pereira Donato – Secretária Municipal de Administração
Ressarcimento: R\$ 31.478,86, correspondente a 17.952,69 VRTE

3.2 Tendo em vista a existência de **DANO** presentificado nos **itens 3.1.3 e 3.1.4**, no valor de **R\$ 31.867,84**, equivalente a **18.174,53 VRTE**, sugere-se, preliminarmente, a conversão dos autos em **tomada de contas especial** na forma do artigo 57, inciso IV⁴, da Lei Complementar 621/2012, ressaltando que os responsáveis já foram devidamente citados quanto à possibilidade de ressarcimento, nos moldes do artigo 162 da Resolução TCE182/2002.

3.3. Posto isso, e diante do preceituado no art. 319, parágrafo único, inciso IV, da Res. TC 261/2013, conclui-se opinando por:

3.3.1. Rejeitar parcialmente as razões de justificativa e julgar **irregulares** as contas de **Norma Ayub Alves**, em razão das irregularidades dispostas nos item **3.1.1, 3.1.2, 3.1.3 e 3.1.4** desta instrução técnica conclusiva, **condenando-a** ao ressarcimento ao erário público municipal no valor de **R\$ 31.867,84**, equivalentes a **18.174,53 VRTE**, com amparo no artigo 84⁵,

⁴ Artigo 57 Na fase de instrução, havendo indícios de irregularidade, cabe ao Tribunal de Contas ou ao Relator:

(...)

IV – converter, se for o caso, o processo em tomadas de contas especial, se configurada a ocorrência de desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário.

⁵ Art. 84. As contas serão julgadas:

inciso III, alíneas “c”, e “e”, da Lei Complementar 621/2012, **de forma solidária com os demais agentes responsabilizados**, sugerindo, ainda, a aplicação de **multa** à responsável com amparo no artigo 134 e 135, inciso I, da Lei Complementar Estadual nº 621/2012.

3.3.2. Rejeitar parcialmente as razões de justificativas e **julgar irregulares** a contas de **Eder Botelho da Fonseca**, em razão das irregularidades dispostas nos itens **3.1.2, 3.1.3 e 3.1.4** desta Instrução Técnica Conclusiva, **condenando-o** ao ressarcimento ao erário público municipal no valor de **R\$ 31.867,84**, equivalentes a **18.174,53 VRTE**, com amparo no artigo 84, inciso III, alínea “e”, da Lei Complementar 621/2012, **de forma solidária com os demais agentes responsabilizados**, sugerindo, ainda, a aplicação de **multa** ao responsável com amparo nos artigos 134 e 135, inciso I, da Lei Complementar Estadual nº 621/2012.

3.3.3. Rejeitar parcialmente as razões de justificativas e **julgar irregulares** a contas de **Fabiana Pereira Donato**, em razão das irregularidades dispostas nos itens **3.1.2, 3.1.3 e 3.1.4** desta Instrução Técnica Conclusiva, **condenando-a** ao ressarcimento ao erário público municipal no valor de **R\$ 31.867,84**, equivalentes a **18.174,53 VRTE**, com amparo no artigo 84, inciso III, alínea “e”, da Lei Complementar 621/2012, **de forma solidária com os demais agentes responsabilizados**, sugerindo, ainda, a aplicação de **multa** à responsável com amparo nos artigos 134 e 135, inciso I, da Lei Complementar Estadual nº 621/2012.

3.3.4. Rejeitar as razões de justificativas e **julgar irregulares** a contas de **Simone Beiriz de Souza Rocha**, em razão da irregularidade disposta no item **3.1.1** desta Instrução Técnica Conclusiva, sugerindo, ainda, a aplicação de **multa** à responsável com amparo nos artigos 134 e 135, inciso I, da Lei Complementar Estadual nº 621/2012.

-
- I - regulares, quando expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis e a legalidade, a legitimidade, a economicidade, a efetividade e a razoabilidade dos atos de gestão do responsável;
- II - regulares com ressalva, quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal, que não seja de natureza grave e que não represente dano injustificado ao erário;
- III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:
- a) omissão do dever de prestar contas;
 - b) não comprovação da regular aplicação de recursos repassados pelo Estado ou Município;
 - c) prática de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico;
 - d) grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;
 - e) dano injustificado ao erário, decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico;
 - f) desfalque ou desvio de dinheiro, bens ou valores públicos.

Seguindo os trâmites regimentais, os autos seguiram para o Ministério Público de Contas, que por meio do Parecer PPJC 2115/2015 (fls. 608/610), de lavra do Procurador Heron Carlos Gomes de Oliveira, ratificou o posicionamento técnico.

Ato contínuo, o Ministério Público de Contas, elaborou o Parecer do Ministério Público de Contas 1855/2016-2 (fls. 615/617), de lavra do Procurador Heron Carlos Gomes de Oliveira, por meio do qual reconheceu a incidência da prescrição da pretensão punitiva, bem como, frisou que tal fenômeno não impede a atuação fiscalizatória desta Corte de Contas e ratificou os argumentos expostos no Parecer PPJC 2115/2015 quanto aos demais pontos.

A responsável, Sra. Norma Ayub Alves, por intermédio de sua advogada, realizou sustentação oral na 33ª Sessão Plenária ocorrida em 26/09/2017, e solicitou a juntada de memoriais.

Posteriormente, por meio da Decisão Preliminar 3957/2017-6-Plenário, o processo foi convertido em Tomada de Contas Especial, rejeitada as razões de justificativas dos responsáveis e determinado o recolhimento do débito.

Por meio da Decisão 2710/2018-1 – Segunda Câmara, o presente processo foi sobrestado, até a publicação do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 852.475 a fim de evitar decisões conflitantes com o entendimento da Suprema Corte.

Encerrado o prazo do sobrestamento, o processo foi novamente sobrestado, por meio da Decisão 3258/2019-8 – Segunda Câmara, desta vez até decisão do Recurso Extraordinário RE 636.886 pelo STF, em que já foi reconhecida a existência de controvérsia de repercussão geral, definida no tema 899, acerca da “prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão do Tribunal de Contas”.

Findo o prazo de sobrestamento, conforme certifica a Secretaria Geral das Sessões – SGS, por meio da Certidão 4213/2021-4 (doc. 17) o processo retornou ao Gabinete do relator para seguimento do feito.

É o sucinto relatório, passo a fundamentar.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 PRESCRIÇÃO

A Lei Complementar Estadual nº. 621/2021, Lei Orgânica do TCE-ES, preconiza no artigo 71⁶ 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 1855/2016-2 (fls. 615/617), de lavra do Procurador Heron Carlos Gomes de Oliveira.

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 prescrição, sendo da autuação do processo, nos casos de processo de prescrição e tomada de contas e da ocorrência do fato, nos demais casos, *in verbis*:

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.

⁶ Art. 71. Prescreve em cinco anos a pretensão punitiva do Tribunal de Contas nos feitos a seu cargo.

Dessa forma, como este processo trata de Tomada de Contas Especial - Convertida, considera-se a data inicial para a contagem do prazo a autuação do feito, ou seja, 2008.

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. (grifo nosso).

Nesse sentido, temos que o presente processo foi autuado em **2008**, e a primeira citação válida dos responsáveis se deu em 14 de julho de **2010**⁷ e a última em 20 de junho de **2013**⁸, tendo se passado, portanto, mais de **05 anos** sem ter sido apreciado/julgado por esta Corte de Contas.

Assim, não restam dúvidas que houve a incidência da prescrição, visto que 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 suspensiva⁹ ou interruptiva da prescrição**. Contudo, como se observa, à época, o Ministério Público de Contas somente reconheceu a prescrição das irregularidades das quais não decorriam dano ao erário.

A época dos fatos, a prescrição alcançou apenas a pretensão punitiva em observância ao disposto no parágrafo 5º¹⁰ do artigo 71, da Lei Orgânica desta Corte

⁷ Volume 6427/2020-7 (doc. 12 fls. 31)

⁸ Volume 6428/2020-1 (doc. 13, fls. 15)

⁹ LC 621/12-

Art. 71[...].§ 3º Suspende a prescrição a determinação de diligência no processo, até o seu total cumprimento.

¹⁰ § 5º 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.

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

Entretanto, tal entendimento foi alterado 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”.

O Superior Tribunal Federal (STF) também se pronunciou sobre o tema no julgamento do Mandado de Segurança 38.058/DF, impetrado contra ato do TCU que concluiu pela existência de irregularidade na contratação de advogado.

No julgamento do citado processo o Ministro Roberto Barroso, em sua decisão, firmou entendimento que no julgamento do RE 636.866 (Tema 899) não foi realizada modulação dos efeitos temporais dessa decisão e por esta razão não caberia a afastar a aplicação da tese naquele caso, vejamos:

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU).

1. Mandado de Segurança impetrado contra ato do TCU que concluiu pela existência de irregularidades na contratação de advogado.

2. No julgamento do RE 636.886 (tema nº 899 da repercussão geral), em 20.04.2020, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) definiu que a hipótese excepcional de imprescritibilidade prevista no art. 37, § 5º, da Constituição não se caracteriza em caso de pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão do Tribunal de Contas, porque a condição de que haja ato doloso de improbidade administrativa, assim reconhecido por juízo competente, não se faz presente. Não foi realizada modulação dos efeitos temporais dessa decisão, de modo que não cabe afastar a aplicação da tese ao presente caso.

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

4. No caso concreto, o processo administrativo ficou paralisado, sem receber movimentação alguma, por mais de 5 (cinco) anos, o que evidencia inércia da Corte de Contas.

5. Segurança concedida

Denota-se da decisão acima que a prescrição do ressarcimento ao erário foi novamente reconhecida, ao ser concedida a segurança ao autor visto que o processo ficou paralisado, sem receber movimentação alguma, por mais de 5 (cinco) anos.

Registra-se que entendimento exposto pelo 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*¹¹.

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”

¹¹ Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749427786> – Acesso em: 15/02/2022, às 16h00min

estaria determinando a imprescritibilidade da fase de julgamento administração feito pelas Cortes de Contas.

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.

Ademais, esta Corte de Contas já reconheceu a prescrição do ressarcimento ao erário conforme observa-se nos julgados a seguir: TC 1490/2021-Segunda Câmara (Processo TC 5426/2009); TC 1491/2021-Segunda Câmara (Processo TC 2544/2010); TC 1492/2021-Segunda Câmara (Processo TC 5706/2010); TC 1493/2021-Segunda Câmara (Processo TC 6197/2010); TC 1494/2021-Segunda Câmara (Processo TC 8046/2010); TC 1495/2021-Segunda Câmara (Processo TC 3049/2011); TC 1496/2021-Segunda Câmara (Processo TC 4211/2012); TC 1497/2021-Segunda Câmara (Processo TC 4939/2012); TC 1498/2021-Segunda Câmara (Processo TC 5758/2012); TC 1499/2021-Segunda Câmara (Processo TC 6027/2012); TC 1500/2021-Segunda Câmara (Processo TC 6036/2012); TC 1501/2021-Segunda Câmara (Processo TC 6037/2012); TC 1502/2021-Segunda Câmara (Processo TC 6107/2012); TC 1503/2021-Segunda Câmara (Processo TC 6811/2012); TC 1504/2021-Segunda Câmara (Processo TC 7040/2012); TC 1505/2021-Segunda Câmara (Processo TC 7582/2012); TC 1506/2021-Segunda Câmara (Processo TC 4878/2013); TC 1507/2021-Segunda Câmara (Processo TC 5858/2013); TC 1508/2021-Segunda Câmara (Processo TC 7600/2016) e TC 1509/2021-Segunda Câmara (Processo TC 6188/2018).

Nesse sentido, de acordo com Maria Helena Diniz, *a prescrição extingue a ação e por via oblíqua o direito*¹².

¹² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. 20. ed. rev. aum. SP: Saraiva 2003.

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*”, vejamos:

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. 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 70¹³ da Lei Complementar Estadual nº. 621/2021.

Ante todo o exposto, divergindo do entendimento da equipe técnica e do Ministério Público de Contas, VOTO porque seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Relator

1. ACORDÃO TC-897/2022:

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 e deste Tribunal de Contas.**

1.2. EXTINGUIR O PROCESSO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, nos termos da fundamentação apresentada;

1.3. DAR CIÊNCIA aos interessados;

1.4. ARQUIVAR os autos após os trâmites regimentais.

2. Unânime.

¹³ Art. 70. Aplicam-se aos processos no âmbito do Tribunal de Contas, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Civil.

3. Data da Sessão: 22/07/2022 – 29ª 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