



## **PRESCRIÇÃO. RE 636.886 (tema 899 da repercussão geral)**

Entendimento adotado pela SERUR sobre a prescrição do ressarcimento.

Manifestações da secretaria no TC 027.624-2018-8.

Elementos (exame e pronunciamento da unidade) juntados aos demais processos para conhecimento e justificação das premissas adotadas na análise da prescrição.



**TC 027.624/2018-8**

**Tipo:** Tomada de Contas Especial (Recurso de Reconsideração)

**Unidade Jurisdicionada:** Superintendência Estadual do INSS em São Paulo

**Recorrente:** [REDACTED]

### PRONUNCIAMENTO DA UNIDADE

Trata-se de recurso de reconsideração interposto por [REDACTED], servidora do INSS, contra o Acórdão 2.041/2019-TCU-Plenário (peça 96, rel. Min.-Subst. André Luís de Carvalho).

2. No que se refere à caracterização da responsabilidade da recorrente, manifesto-me de acordo com as conclusões do exame de peça 151, que contou com a anuência do titular da 1ª Diretoria Técnica desta secretaria. Como demonstrado, a inobservância das regulamentações estabelecidas pelo INSS para mitigar riscos de fraude em benefícios previdenciários, a exemplo da não realização de consulta ao Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS) para conferência dos dados informados na habilitação, justifica a responsabilidade que lhe foi atribuída.

3. Quanto à prescrição, embora o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), do Recurso Extraordinário 636.886 (tema 899 da repercussão geral) tenha por objeto a execução de acórdão condenatório proferido pelo TCU, concordo que abrangeu, como questão prejudicial, o próprio sentido e alcance da cláusula de imprescritibilidade prevista no art. 37, § 5º, da Constituição Federal. Além disso, ao contrário da decisão proferida pelo STF no tema 897 (RE 852.475), no novo julgamento, relativo à atuação de tribunais de contas, a conclusão de que “é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas” foi estabelecida de forma categórica, sem ressaltar as condutas dolosas. Esse entendimento é patente na fundamentação de ambas as deliberações.

4. Partindo dessa premissa, da prescritibilidade das medidas de ressarcimento a cargo do Tribunal de Contas, também me parece apropriada a aplicação do regime prescricional da Lei 9.873/1999, até que sobrevenha norma específica, não obstante a relevância dos fundamentos utilizados no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, favoráveis à aplicação do Código Civil.

5. Em favor da incidência da Lei 9.873/1999 pesa o fato de que ela adota balizas usuais no âmbito do direito público, prevê causas de interrupção em tudo compatíveis com o processo de controle externo e já vem sendo utilizada pelo STF para limitar o exercício da pretensão punitiva pelo TCU em julgamentos posteriores ao Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário.

6. Por outro lado, é relevante a constatação de que o Código Civil e a Lei 9.873/1999 constituem as duas alternativas que, de forma mais consistente, polarizam os debates acerca do regime de prescrição a ser observado no processo de controle externo. Como dito, são os regimes utilizados, respectivamente, por esta Corte de Contas e pelo STF, para estabelecer o regramento atinente à prescrição da pretensão punitiva. É absolutamente razoável, portanto, que se vislumbre a adoção de uma dessas normas para a prescrição relativa à pretensão de ressarcimento ao erário no âmbito do TCU.



7. Assim sendo, nos casos concretos em que a prescrição não tenha ocorrido por nenhum dos dois sistemas, a discussão torna-se irrelevante. O desfecho do processo não se alteraria qualquer que fosse a premissa adotada (da imprescritibilidade, da prescritibilidade pelo regime do Código Civil ou da prescritibilidade pelo regime da Lei 9.873/1999), pois, ainda que o exercício da atividade fiscalizadora pelo Tribunal de Contas estivesse sujeito a prazo extintivo, ele não teria sido extrapolado.

8. Já nas situações em que a pretensão de ressarcimento esteja prescrita por algum dos dois regimes (ou mesmo por ambos), parece-me recomendável que, nesse primeiro momento, o julgamento do processo seja sobrestado, até ulterior deliberação do Tribunal.

9. Com efeito, após a publicação do acórdão do RE 636.886, a decisão ainda estará sujeita à eventual oposição de embargos declaratórios ou à possível modulação de seus efeitos. Logo, penso que seria prematuro reconhecer a prescrição desde logo e, após, verificar que pontos importantes da decisão foram esclarecidos em sentido diverso da compreensão ora defendida (como, por exemplo, no que se refere aos atos dolosos) ou então se constatar que vieram a ser atribuídos efeitos prospectivos à decisão, preservando as fiscalizações constituídas sob a égide da jurisprudência até então vigente, de imprescritibilidade das ações de ressarcimento.

10. Na situação em exame no presente processo, teria ocorrido a prescrição caso o Código Civil fosse adotado como referência, embora não teria se operado pelo regime da Lei 9.873/1999.

11. Não se mostra recomendável, porém, decidir, nesta ocasião, pela utilização de um ou outro regime, ante o cenário exposto, de que é possível o esclarecimento da decisão, em sentido diverso da compreensão ora defendida, ou mesmo a modulação de sua eficácia, para preservar as ações de controle instauradas com base no entendimento jurisprudencial então vigente.

12. Por esse motivo, manifesto-me no sentido de que o julgamento do presente recurso de reconsideração seja sobrestado até o trânsito em julgado do RE 636.886 ou ulterior deliberação do Tribunal a respeito do tema.

Secretaria de Recursos, em 17 de junho de 2020.

*Assinado eletronicamente*

**AMADEU BATISTA DE AMORIM FILHO**

Secretário

**TC 027.624/2018-8**

**Tipo:** tomada de contas especial (recurso de reconsideração)

(...)

**Sumário:** Tomada de Contas Especial. Benefícios previdenciários concedidos irregularmente. Revelia. Débito. Prescrição da multa. Recurso de reconsideração. Validade da citação. Omissão da recorrente na verificação dos requisitos legais para a concessão dos benefícios. Reflexos da decisão proferida pelo STF no RE 636.886 (tema 899 da repercussão geral), sobre a prescrição da pretensão reparatória. Considerações sobre o regime prescricional aplicável no processo de controle externo. Não ocorrência da prescrição, se adotados os parâmetros da Lei 9.873/1999. Conhecimento do recurso. Negativa de provimento.

(...)

**EXAME DE MÉRITO**

**4. Delimitação da análise:**

(...)

4.3. Por fim, a alegação de prescrição assume particular relevância neste processo, dado o recente julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do RE 636.886 (tema 899 da repercussão geral), enunciando-se a tese de que “*é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas*”.

4.4. Os significativos impactos deste julgamento justificam uma análise mais detalhada do tema, motivo pelo qual a arguição de prescrição, embora tenha um caráter preliminar, será examinada ao final, abordando-se os vários aspectos envolvidos.

(...)

**7. Da prescrição**

(...)

Análise:

7.2. No caso em exame, o Tribunal já reconheceu a prescrição da pretensão punitiva, que se rege não pelos parâmetros da Lei 8.112/1990 ou do art. 174 do CTN, mas pelos critérios fixados no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário. Por isso mesmo, não foram aplicadas sanções às responsáveis. A condenação se restringiu à imputação de débito, para recomposição do prejuízo causado ao INSS.

7.3. No que se refere ao débito, o acórdão recorrido adotou a premissa de que a ação de ressarcimento é imprescritível, por expressa previsão do art. 37, § 5º, da Constituição Federal. Por isso, a invocação de prazos prescricionais como o do art. 174 do CTN seriam afastáveis de plano, dada a imprescritibilidade assegurada constitucionalmente.



7.4. Ocorre, contudo, que a matéria foi objeto de repercussão geral admitida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 636.886 (tema 899). O citado RE teve seu julgamento finalizado, embora ainda esteja pendente a publicação do acórdão paradigma. A decisão do julgamento foi publicada em 20/4/2020, enunciando-se a tese de que “*é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas*”.

7.5. Diante deste novo cenário, a arguição suscitada pela recorrente passa a ser analisada, na sequência, levando-se em conta o recente pronunciamento do STF, com o fim de verificar a aplicação, à hipótese dos autos, do novo entendimento firmado sobre o sentido e alcance do art. 37, § 5º, da Constituição.

## **PRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO REPARATÓRIA**

### **8. A aplicabilidade imediata da tese jurídica fixada em sede de repercussão geral**

8.1. O RE 636.886 (tema 899) teve seu julgamento finalizado, embora ainda esteja pendente a publicação do acórdão paradigma.

8.2. Mesmo na pendência da publicação do acórdão, a prévia divulgação da tese tem repercussões relevantes. No regime da repercussão geral, o STF divulga previamente a conclusão sobre a questão constitucional controversa exatamente para possibilitar sua utilização imediata como orientação aos demais julgadores.

8.3. Essa incidência imediata da tese é ainda mais relevante no caso de processos que não estavam sobrestados (e, no caso do RE 636.886, não houve o sobrestamento dos processos administrativos), em que se potencializa o risco de decisão conflitante com a nova orientação do STF. Nesse sentido, há vários precedentes da Suprema Corte com a seguinte ementa:

*A existência de precedente firmado pelo Plenário desta Corte autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre o mesmo tema, independente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma (ARE 673.256-AgR, rel. Min. Rosa Weber; ARE 930.647-AgR/PR, rel. Min. Roberto Barroso; RE 611.683-AgR/DF, rel. Min. Dias Toffoli, entre outros).*

8.4. Não é razoável concluir que a orientação fixada pelo STF não surta efeitos desde logo, em processos administrativos que não estavam sobrestados (e poderiam ter sido sobrestados, a critério do relator, conforme afirmado na decisão monocrática no RE 958.252, de 2/5/2018). A autorização para prosseguir no julgamento dos processos pressupõe que a orientação superveniente do STF sobre a questão jurídica subjacente, expressa na tese, seja levada em conta desde logo, “independentemente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma”, ante o risco de, neste ínterim, serem produzidas decisões contrárias à interpretação fixada pela Suprema Corte.

8.5. Assim sendo, na presente análise:

a) será examinado, em preliminar, se as conclusões do RE 636.886, acerca da prescrição da pretensão executória, seriam também aplicáveis à pretensão reparatória (ou condenatória);

b) se a resposta for afirmativa, será demonstrado, na sequência, que as prescrições da fase de conhecimento do processo (a punitiva e a de reparação) devem observar critérios distintos, notadamente quanto a seus termos iniciais e causas de interrupção, dos fixados no RE 636.886, próprios da fase de execução de um título já constituído;

c) após serem discutidos os parâmetros aplicáveis (avaliando-se, inclusive, decisões do STF proferidas após a uniformização da jurisprudência pelo Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário),

será possível verificar, por fim, se a prescrição suscitada pela recorrente efetivamente se operou no caso concreto.

## **9. O objeto específico do RE 636.886: a prescrição da pretensão executória**

9.1. É necessário, em preliminar, delimitar com clareza o objeto do RE 636.886, adotado como paradigma do tema 889 da repercussão geral. Nesse recurso extraordinário, o STF debruçou-se sobre a ocorrência da prescrição na fase de execução de dívida constituída por condenação pelo TCU.

9.2. Mais especificamente, tratou-se da execução de uma dívida consubstanciada em acórdão do TCU (Acórdão 227/1996-TCU-2ª Câmara), que foi arquivada pelo juízo da execução, após ter-se operado a prescrição intercorrente prevista no art. 40, § 4º, da Lei 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal).

9.3. Referido dispositivo prevê o seguinte procedimento: (a) não encontrados o devedor ou bens penhoráveis, o juiz suspende a execução, cabendo ao credor realizar as diligências necessárias ao sucesso da cobrança; (b) decorrido o prazo de um ano sem a localização do devedor ou de bens passíveis de constrição, o juiz determina o arquivamento dos autos (mero arquivamento, sem extinção do processo) e começa a correr o prazo prescricional; (c) transcorrido o prazo sem a localização do devedor ou de bens penhoráveis, a prescrição intercorrente se opera e o juiz pode decretá-la de ofício, com a consequente extinção do processo.

9.4. Como se nota, a controvérsia dirimida no RE 636.886 circunscreveu-se à prescrição ocorrida no curso da execução, quando o dano ao erário já havia sido objeto de acerto, materializado em acórdão condenatório proferido pelo TCU.

9.5. Não obstante esse objeto específico, o julgamento do RE 636.886 assume especial relevância para os fins da presente análise, pois, para solucionar a controvérsia, foi necessário discutir o real sentido e alcance da imprescritibilidade prevista na parte final do art. 37, § 5º, da Constituição.

9.6. O próprio relator originário do RE, ministro Teori Zavascki, observou que “*a alegação de imprescritibilidade, com base no art. 37, § 5º, da CF/88, insistentemente suscitada pela União, evidentemente abarca os fundamentos do aresto atacado, que analisou a prescrição intercorrente*”. A interpretação do art. 37, § 5º, da CF constituía, portanto, uma questão prejudicial a ser dirimida, previamente ao exame da prescrição intercorrente prevista na legislação ordinária (“*a questão constitucional veiculada no recurso extraordinário – a inexistência de prescrição na hipótese – é, portanto, prejudicial ao tema infraconstitucional abordado pelo acórdão recorrido*”, conforme decisão monocrática contida na peça 3 dos autos eletrônicos do RE 636.886).

9.7. Assim, não há dúvidas de que os efeitos da tese fixada no tema 899 da repercussão geral projetam-se direta e imediatamente na fase de execução do acórdão condenatório proferido pelo TCU, pois é a pretensão executória que se funda “em decisão de Tribunal de Contas” (a pretensão de realizar, em termos práticos, a obrigação de pagar já certificada no título constituído pelo acórdão condenatório). Não obstante, e considerando a relevância das manifestações do STF enquanto intérprete maior do texto constitucional, é necessário considerar as razões essenciais da decisão, para identificar seus possíveis reflexos também no que diz respeito à prescrição condenatória.

9.8. Como se demonstrará, em ambos os casos (pretensão à condenação e pretensão à execução) a defesa da imprescritibilidade tem um fundamento comum (o art. 37, § 5º, da Constituição Federal), cujo sentido e alcance foi objeto de delimitação pelo STF, como condição (questão prejudicial) do próprio julgamento.

---

## **10. A fundamentação do RE 636.886 e suas implicações para a pretensão reparatória**

10.1. Nos processos que extrapolam a mera solução de um caso concreto (como pressupõe o instituto da *repercussão geral*), as razões essenciais da decisão (*ratio decidendi*) assumem particular importância, pois revelam a efetiva compreensão do órgão julgador sobre a norma constitucional que condiciona o julgamento. Tal compreensão tende a ser mantida em situações análogas, dado o dever de coerência, que é premissa fundamental em um sistema de precedentes.

10.2. Conforme observado pelo Ministro Roberto Barroso no julgamento do RE 669.069 (tema 666), “o grande papel da repercussão geral é funcionar como um precedente que orientará as jurisdições inferiores”. E as orientará não tanto quanto à solução do caso concreto do processo paradigma (pois, para isso, já se opera a eficácia da decisão, na sistemática tradicional), mas na fixação de uma tese jurídica, aplicável à questão de direito subjacente.

10.3. A força dessa tese, que se irradia para além do caso concreto, repousa na própria autoridade das decisões do STF enquanto intérprete final da Constituição. E o sistema de precedentes sob o regime da repercussão geral foi concebido exatamente para que a tese relativa à questão constitucional de fundo fosse adotada como efetiva orientação aos demais operadores jurídicos.

10.4. Particularmente sobre o RE 636.886 (tema 899), observa-se que, para resolver a lide, foi necessário analisar a matéria à luz do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, cuja parte final trata da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário. E, ao contrário dos precedentes anteriores (temas 666 e 897, referidos adiante), desta feita a análise se deu sob a perspectiva específica da atuação do TCU, no exercício do controle externo.

10.5. No julgamento, a União sustentou que o art. 40, § 4º, da LEF não se aplicaria às execuções de títulos extrajudiciais representados por acórdãos condenatórios do TCU, pois a prescrição, mesmo que na fase de cobrança do crédito, implicaria ofensa à citada disposição constitucional. A linha argumentativa foi acompanhada pela Procuradoria-Geral da República, em sua manifestação (peça 38 dos autos do RE 636.886).

10.6. O pressuposto dessa argumentação é o de que a efetiva imprescritibilidade deve ser observada em ambas as etapas do ressarcimento:

a) na fase de formação do título executivo (em que se exerce a pretensão reparatória, no caso do débito, ou punitiva, no caso da multa, fixando-se, com liquidez e certeza, os elementos da obrigação de pagar); e

b) na fase de efetividade do título constituído (em que se exerce a pretensão executória, para conferir efeitos práticos à condenação imposta, mediante a expropriação de bens do devedor, caso o pagamento não seja feito espontaneamente).

10.7. No curso do processo perante o TCU, a proteção do art. 37, § 5º, da Constituição é a fonte utilizada na defesa da imprescritibilidade na fase condenatória. Essa mesma norma constitucional era também invocada para justificar a não incidência da prescrição no curso da execução (objeto do RE 636.886).

10.8. O efetivo ressarcimento ao erário, por decisão do tribunal de contas, depende, portanto, de ambas as etapas (da condenação e da execução), não se podendo falar em efetiva imprescritibilidade, na hipótese, se qualquer dessas fases estivesse sujeita a prazo extintivo.

10.9. Dado esse contexto, para resolver a controvérsia relativa à execução o STF enfrentou a questão mais geral da prescrição em si, desenvolvendo argumentos que abrangem o próprio sentido

e alcance do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, como um todo (apontada como questão prejudicial).

10.10. Também por isso, no novo julgamento foi igualmente necessário referir-se a dois outros precedentes, com repercussão geral, que discutiram a prescrição da pretensão reparatória: o tema 666 (prescritibilidade da ação de reparação de danos decorrentes de ilícito civil) e o tema 897 (imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário fundada na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa).

10.11. Esses dois precedentes foram invocados pela União e pelo Ministério Público Federal para que não se adotasse, relativamente à fase de cobrança (pretensão executória), um entendimento que conflitasse com as teses já fixadas nos temas 666 e 897 para a prescrição na fase de conhecimento.

10.12. No julgamento do RE 636.886 houve, de fato, evidente preocupação do STF em harmonizar a nova decisão com os entendimentos anteriores, discorrendo-se sobre o próprio alcance do art. 37, § 5º, da Constituição, para se concluir que aqueles precedentes não justificariam a tese de imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento exercida pelo tribunal de contas.

10.13. É bem verdade que uma das correntes de discussão em torno do novo julgamento defende sua incidência apenas na fase de execução da dívida, relativizando a importância da *ratio decidendi* da decisão. Para essa linha interpretativa, o tribunal de contas poderia desempenhar as atividades de controle normalmente, culminando na condenação do agente causador do dano, com a única ressalva de que o acórdão condenatório não teria eficácia como título executivo.

10.14. A ideia que justifica essa compreensão é a de que o pronunciamento da corte de contas, embora sem força executiva, teria utilidade para o cidadão valorar a atuação dos gestores de recursos públicos, bem como para caracterizar situações de dano que, uma vez definidas com liquidez e certeza pelo órgão de controle, poderiam ter desdobramentos em outras esferas, por iniciativa do ministério público ou de outro legitimado a pleitear o ressarcimento do dano apurado.

10.15. Tais argumentos são ponderáveis, mas não proporcionam solução adequada do ponto de vista sistêmico, por desconsiderar a fundamentação e esvaziar o alcance do que decidido pelo STF.

10.16. Com efeito, toda a fundamentação desenvolvida no RE 636.886 baseou-se na premissa de que a prescrição é um imperativo constitucional, necessário para limitar, em bases razoáveis, a própria possibilidade de persecução estatal.

10.17. A finalidade de se estabelecer prazo de prescrição é exatamente a de inibir a conduta apuratória após o transcurso de tempo suficiente para fazer presumir as dificuldades de defesa para aquele a quem se atribui a responsabilidade pelo suposto ilícito, além das inconveniências, para a estabilidade das relações jurídicas, de se perpetuar, indefinidamente, a possibilidade da persecução.

10.18. Como didaticamente afirmado pelo STJ, “o instituto da prescrição tem por finalidade conferir certeza às relações jurídicas, na busca de estabilidade, porquanto não seria possível suportar uma perpétua situação de insegurança” (STJ, 2ª Seç., EREsp 1280825, DJUe 2/8/2018).

10.19. A própria fundamentação adotada no RE 636.886 evidencia a preocupação do STF em reafirmar que o princípio de limitação temporal para exercício das pretensões patrimoniais é requisito de segurança jurídica, não se podendo conferir ao art. 37, § 5º, da Constituição uma interpretação que desnature sua natureza de norma excepcional.

10.20. Esse entendimento já havia sido exposto no julgamento do RE 669.069 (tema 666) e do RE 852.475 (tema 897). No tema 666 foi definida a prescritibilidade da pretensão do ressarcimento de prejuízos ao erário decorrentes de ilícitos civis, constituindo a primeira limitação relevante feita

---

pelo STF ao alcance da ressalva contida no art. 37, § 5º, da Constituição. Esse julgamento deixou assente que “em nosso direito, a prescritibilidade é a regra. É ela fator importante para a segurança e estabilidade das relações jurídicas e da convivência social”, diretriz essa que deve guiar a interpretação do citado dispositivo.

10.21. Já no tema 897, não mais relativo a ilícitos civis, o STF aprofundou a discussão para reafirmar que a regra do ordenamento jurídico é a da prescritibilidade das pretensões patrimoniais. Por isso, a previsão do art. 37, § 5º, como toda norma excepcional, deve receber interpretação estrita, também no que se refere aos ilícitos não civis.

10.22. Essa premissa foi ponderada, ainda, com um aspecto pragmático, relevante do ponto de vista do devido processo legal substancial: “o entendimento pela imprescritibilidade acarretaria o dever de cada cidadão de guardar eternamente comprovantes os mais diversos de seus negócios jurídicos com a Administração, o que evidentemente seria inviável e comprometeria o direito à defesa”.

10.23. Nesse sentido, foi destacada a doutrina do prof. Emerson Gabardo, de que a discussão deve levar em conta “o direito real (efetivo) de o indivíduo se defender de qualquer imputação de responsabilidade que lhe atinja, realizado o devido processo legal. E não é crível imaginar que o cidadão terá condições de se defender sem que possua um prazo certo no qual sabe que possam lhe ser cobradas explicações em face dos seus atos”.

10.24. Após longo debate, por mais de uma sessão, a conclusão alcançada pelo STF no exame do tema 897 foi a de que, como regra, a pretensão de ressarcimento prescreve, passado o prazo normal para seu exercício, mesmo nos ilícitos não-civis. Por exceção, o ressarcimento pode ser pleiteado a qualquer tempo em ação própria, em que, além do dano, a conduta seja compatível com a de um ato de improbidade na modalidade dolosa, devendo ainda ser provado, como questão prejudicial, o dolo do agente.

10.25. Ou seja, naquele julgamento ficou assentado que imprescritibilidade prevista no art. 37, § 5º, da Constituição somente se aplica quando, além da existência do dano, comprovar-se que a conduta causadora do dano se amolda à descrição típica de um ato *doloso* de improbidade, competindo ao titular da pretensão de ressarcimento comprovar o dolo, e não apenas a existência do dano e seu nexo com a conduta do agente. Presentes essas condições, aplica-se a tese fixada no tema 897, de que “são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”.

10.26. No atual julgamento (tema 899), as conclusões foram harmônicas com as externadas nos temas 666 e 897, na linha de que os princípios da segurança jurídica e do devido processo legal impõem restrições à permanência do poder persecutório do Estado, inclusive quando levado a efeito por seus órgãos de controle.

10.27. Por isso, a interpretação do art. 37, § 5º, da Constituição Federal deve ser realizada em sintonia com a disposição do § 4º daquele artigo, que trata das sanções por ato de improbidade, reafirmando-se as conclusões assentadas no tema 897, de que somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário cujo dano tiver como fato gerador um ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, devendo o dolo ser objeto de prova no processo. “*Em relação a todos os demais atos ilícitos, inclusive àqueles atentatórios à probidade da administração não dolosos (...) aplica-se o tema 666, sendo prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública*”.

10.28. Os impactos do novo julgamento decorrem exatamente de se ter introduzido no debate o advérbio “somente”, para ficar expresso, nas razões de decidir, que a ressalva constitucional do art. 37, § 5º, se aplica apenas à hipótese de dano provocado por ato doloso tipificado como de



improbidade, sendo prescritíveis, por consequência, as demais pretensões ao ressarcimento que não requeiram o dolo para sua configuração.

10.29. É essa premissa que justificou a tese do tema 899, de que “é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”, sem ressalva alguma, considerando-se que a condenação proferida pelo tribunal de contas não requer que a conduta seja dolosa, nem o processo de controle externo estaria instrumentalizado para a realização da prova de dolo (desnecessária para justificar a condenação ao ressarcimento, se a pretensão for exercida tempestivamente).

10.30. Até por isso, a redação da tese do tema 899 não trouxe exceção (a exemplo do que o STF fez no tema 897, ao conferir tratamento diferenciado ao ato doloso), afirmando, unicamente, que “é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”, sem ressaltar as condutas dolosas.

10.31. A conclusão enunciada no julgamento do tema 899, sobre a atuação dos tribunais de contas, foi sem dúvida mais restritiva que a do tema 897, permitindo concluir que a ação de ressarcimento por ato doloso pode se desenvolver a qualquer tempo no âmbito judicial, mas está sujeita a prescrição na esfera administrativa.

10.32. Essas são as *ratio decidendi* da decisão adotada pelo STF, que devem ser consideradas em qualquer discussão a respeito da questão de fundo. A partir dessas razões, entende-se não ser razoável a interpretação restritiva do julgado, referida antes, segundo a qual os efeitos da decisão do STF se restringiriam à execução do acórdão condenatório proferido pelo tribunal de contas, não inibindo a possibilidade de persecução do ilícito administrativo a qualquer tempo, pela corte de contas.

10.33. Com efeito, seria difícil justificar a possibilidade de o órgão de controle externo proferir uma condenação que seria ineficaz em sua função primordial, de instrumentalizar o cumprimento forçado da obrigação, se não cumprida espontaneamente pelo responsável (como previsto no art. 24 da Lei 8.443/1992).

10.34. Depois, e mais importante, a objeção à citada interpretação restritiva decorre da própria finalidade da prescrição, de inibir a atividade persecutória pelos órgãos estatais após o transcurso de certo prazo. Não se justificaria a conclusão de que a ação-meio (a persecução em si, para apuração dos fatos) possa se desenvolver normalmente, ficando mitigada apenas a utilidade do ato-fim (a condenação propriamente dita, que não poderia instrumentalizar a execução). A razão de ser dos prazos extintivos é justamente a de não impor ao responsável o ônus de se defender quando o direito que lhe é oposto já tenha decaído ou a correspondente pretensão já esteja prescrita.

10.35. Como visto, os argumentos utilizados pelo STF no julgamento do tema 899 partem do exame da pretensão de ressarcimento como um todo. Não foram apresentados argumentos próprios e exclusivos para a fase de execução da ação de ressarcimento. Ao contrário, as razões apresentadas revelam a compreensão do STF quanto à limitação temporal para o exercício das pretensões estatais de natureza patrimonial, notadamente na esfera administrativa, sendo em tudo aplicáveis à fase condenatória, de constituição do título executivo pelo tribunal de contas.

10.36. Assim sendo, é forçoso concluir que também é prescritível a pretensão de ressarcimento exercida pelo TCU com o fim de apurar a ocorrência de prejuízo ao erário e condenar o agente que lhe deu causa. Essa conclusão resulta nem tanto da incidência direta da tese fixada no tema 899 da repercussão geral (porque específica para a fase de execução), e sim das razões de decidir utilizadas nesse precedente, que delimitaram o sentido e o alcance da ressalva contida no art. 37, § 5º, da

Constituição Federal, demonstrando que tal ressalva não se estende à atividade de controle externo exercida pelo tribunal de contas.

## **11. Inaplicabilidade, à fase condenatória, dos critérios adotados no RE 636.886**

11.1. Uma vez concluído que a pretensão de ressarcimento também prescreve na fase condenatória, é necessário definir os parâmetros a observar (termo inicial, prazo, causas de interrupção).

11.2. O fato de o STF não ter se pronunciado sobre os critérios para a análise da prescrição em geral (para a fase executiva e para a fase condenatória) não impede a incidência do instituto. Como esclarecido em outra oportunidade (embargos de declaração no RE 669.069, tema 666), “o que cabia ao STF definir era a prescritibilidade ou não das pretensões de ressarcimento ao erário”; uma vez “firmado o entendimento de que tal pretensão é prescritível, as controvérsias atinentes ao transcurso do prazo prescricional, inclusive a seu termo inicial, são adstritas à seara infraconstitucional, solucionáveis tão somente à luz da interpretação da legislação ordinária pertinente”, que cabe ao julgador do caso concreto aplicar.

11.3. Na situação específica do RE 636.886, o STF primeiro fixou a tese da prescritibilidade e, após, resolveu o caso concreto aplicando as regras de prescrição contidas na Lei de Execução Fiscal (conjugada com os dispositivos pertinentes do Código Tributário Nacional), apropriadas àquela hipótese.

11.4. A Lei de Execução Fiscal, todavia, contempla situações típicas da fase executiva, inadequadas à fase de conhecimento. Veja-se, por exemplo, a situação do caso julgado, de não localização de bens penhoráveis, com a consequente suspensão do processo para diligências a serem empreendidas pelo credor: tal circunstância é impertinente à fase condenatória.

11.5. Logo, é natural concluir que a prescrição da condenação deve ser regida por critérios distintos daqueles fixados no RE 636.886 para a execução, notadamente quanto aos respectivos termos iniciais e causas interruptivas. É necessário, então, definir essas balizas, aplicando-se a legislação infraconstitucional apropriada.

11.6. A dificuldade para tanto reside na ausência de norma específica para o processo de controle externo, conduzido pelo tribunal de contas – notadamente quanto ao débito, até então considerado imprescritível. Tal lacuna normativa precisa ser preenchida pelos meios próprios de integração do ordenamento, em especial o emprego da analogia, buscando-se a norma mais compatível com a situação em exame.

11.7. A respeito, sabe-se que há, no ordenamento, regimes diversos de prescrição, que fazem variar o termo inicial, o prazo e as interrupções em função da pretensão em causa.

11.8. Em algumas situações, como no sistema do Código Civil, o prazo é relativamente elevado (de dez anos, considerando-se o art. 205, de interesse para a discussão), mas são poucas as causas de interrupção e, ademais, a prescrição se interrompe uma única vez (art. 202).

11.9. Em outros regimes, como o da Lei 9.873/1999, o prazo é menor (como regra), mas há variadas causas de interrupção e elas atuam autonomamente, podendo provocar múltiplas interrupções da prescrição no curso do processo. Ademais, se o fato também constituir crime, o prazo de prescrição deixa de ser o genérico, de cinco anos, e passa a ser o da lei penal (art. 1º, § 2º da Lei 9.873/1999), elevando-se significativamente em alguns casos. No peculato, por exemplo, quando há desvio de dinheiro público, a pena máxima de 12 anos (CP, art. 312) faz com que a prescrição somente ocorra em 16 anos (CP, art. 109, II), prazo significativamente maior que o do Código Civil.



11.10. Deve-se considerar, todavia, que a fixação de regimes prescricionais diversos é matéria de política legislativa, cabendo ao aplicador da lei observar as balizas adequadas ao caso concreto, sem que possa exercer, na hipótese, mera opção discricionária por um ou outro regime.

11.11. Assim, a primeira premissa adotada neste exame é o de **utilizar o regime mais próximo da situação em causa, aplicando-o de modo integral**, ou seja, sem a combinação de leis (termo inicial de uma norma, causas de interrupção de outra, prazo de uma terceira, e assim por diante). Tal combinação resultaria, na verdade, em um regime originário, cuja definição é de competência exclusiva do legislador positivo.

11.12. Há muito a doutrina adverte que a junção dos aspectos mais benéficos de leis distintas, para formar um novo regime, não constitui uma forma perfeitamente legítima de integração do ordenamento. Ao criar essa terceira lei, o juiz “estaria aplicando um texto que, em momento algum, teve vigência” (Eugenio Raul Zaffaroni; José Henrique Pierangeli. Manual de direito penal brasileiro. São Paulo: RT, 2004, p. 220. Vide, também, STF: RE 600.817).

11.13. A segunda diretriz a ser observada é a **unificação dos critérios para exame da prescrição para ambas as pretensões (punitiva e de ressarcimento)**, na atividade de controle externo exercida pelo tribunal de contas.

11.14. O uso de critérios uniformes para as prescrições que incidem nesta fase do processo se justifica, pois a prescrição seria para o tribunal de contas agir, buscando caracterizar o ilícito, identificar seu autor, dimensionar os efeitos da conduta (notadamente a quantificação do dano, se existente) e impor as consequências legais, independentemente do fato de tais consequências terem natureza punitiva ou ressarcitória.

11.15. Afinal, o instituto da prescrição busca indicar se ainda é possível ao tribunal de contas exercer a apuração e julgamento dos fatos, o que deve ser decidido levando-se em conta não tanto o desfecho do processo (se haverá imputação de débito ou a aplicação de sanções), e sim o prazo para que a ação de controle se inicie. É da essência do instituto a finalidade de fixar prazo para a iniciativa da pretensão (a prescrição intercorrente, que incide sobre um processo já validamente iniciado, apenas confirma essa regra geral), independentemente do eventual desfecho.

11.16. Ademais, como já demonstrado, a fixação de um prazo prescricional também objetiva não comprometer a possibilidade de defesa pelo demandado. E a defesa, pelo responsável, se dá quanto aos fatos que lhe são atribuídos, independentemente se, após a apuração, as consequências da responsabilidade se situem no âmbito do ressarcimento ou da sanção. É a possibilidade de plena defesa, quanto aos fatos, que o instituto visa resguardar, sendo certo que determinadas sanções, de elevado impacto (como a inabilitação para o exercício de cargo comissionado ou a inidoneidade para participar de licitações) podem ter efeitos até mais gravosos que certas ordens de ressarcimento (de baixa materialidade).

11.17. A partir dessas diretrizes – utilizar um só regime, sem combinações de parâmetros extraídos de leis diversas, e aplicá-lo tanto no exame da pretensão punitiva quanto da pretensão de ressarcimento –, cumpre examinar as balizas mais adequadas à atuação do tribunal de contas.

11.18. Do longo debate já realizado sobre o tema, parece haver relativo consenso de que são duas as opções a considerar, que envolvem regimes já adotados para o exame da prescrição da punição: o sistema do Código Civil, acolhido pelo TCU (Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário), e o regime da Lei 9.873/1999, que tem sido aplicado pelo STF em mandados de segurança impetrados contra decisões do tribunal de contas.

11.19. Não obstante já haver uma orientação firmada no TCU quanto à prescrição da punição, entende-se que a prescribibilidade do débito representa um novo cenário, que abre a possibilidade de

nova reflexão sobre o tema, haja vista a consistência dos argumentos contrários à atual sistemática e as decisões do STF proferidas após a uniformização da jurisprudência pelo TCU, em 2016.

11.20. Ambos os regimes de prescrição serão analisados na sequência, discutindo-se sua aplicabilidade e indicando-se como se daria a solução do caso concreto, sob a respectivas óticas.

## **12. Análise da prescrição segundo os critérios do Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário**

12.1. No que se refere à pretensão punitiva, o TCU tem tradicionalmente aplicado os critérios definidos no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, que, em incidente de uniformização de jurisprudência, orientou-se pela aplicação do Código Civil. Por este acórdão, em linhas gerais, a prescrição subordina-se ao prazo geral de dez anos (CC, art. 205), contado a partir da data da ocorrência do fato e interrompido pelo ato que ordenar a citação, a audiência ou a oitiva da parte.

12.2. Entre outras razões que justificaram a adoção desse critério destaca-se a de que o citado dispositivo constitui uma cláusula geral a ser empregada sempre que a pretensão for prescritível, mas a lei não estabelecer um prazo específico, como na hipótese.

12.3. Aplicando essas balizas ao caso em exame, verifica-se que o próprio tribunal, no acórdão recorrido, reconheceu que havia se operado a prescrição (§ 12 do voto de peça 97). Isso porque os pagamentos irregulares ocorreram nos exercícios de 2001 a 2005, como evidencia o item 9.2 do acórdão recorrido, enquanto a citação dos responsáveis foi ordenada em 12/2/2019 (despacho do titular da SecexTCE, por delegação do relator, peça 81, com citações de peças 83 e 84).

12.4. Considerando a premissa de que as pretensões punitiva e de ressarcimento se submetem ao mesmo regime, conclui-se que estariam prescritas não só a possibilidade de aplicação de multa, mas também a de condenação ao ressarcimento, caso fossem adotados, para ambos os fins, os parâmetros definidos no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário.

## **13. A utilização do regime prescricional da Lei 9.873/1999 (MS 32.201)**

13.1. As discussões levadas a efeito no TC 030.926/2015-7, em que se deu a uniformização da jurisprudência, evidenciam que houve relevantes discussões no TCU acerca do regime prescricional a ser observado quanto à pretensão punitiva.

13.2. Acerca dessas discussões, vejam-se também, exemplificativamente, as manifestações do Ministério Público junto ao TCU nos processos TC 018.404/2007-9 e TC 020.635/2004-9, assim como a da Consultoria Jurídica no processo TCU/Conjur 017.625/2020-3, todas com substanciais contribuições para o debate.

13.3. Na linha dessas manifestações, observa-se que o Poder Judiciário, historicamente, tem demonstrado reservas quanto à adoção de critérios de direito privado, a exemplo dos previstos no Código Civil, para aferir prescrição em relações submetidas ao direito público.

13.4. Na ausência de norma específica sobre prescrição, o Judiciário, como regra, entende que os prazos prescricionais devem ser buscados em normas de direito público, até mesmo pelo princípio da simetria. Sabe-se que quando a pretensão é exercida pelo particular contra a Fazenda Pública, há uma norma geral que estabelece prazo de 5 anos para tanto (o Decreto 20.910/1932, recepcionado pela Constituição Federal com força de lei ordinária, segundo o qual “todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem”).

13.5. Pela simetria, na ausência de norma própria, é razoável aplicar o mesmo prazo quando a pretensão se inverte, ou seja, quando for exercida pela Fazenda Pública contra o particular. Das várias decisões nesse sentido, cita-se o pronunciamento do STJ no REsp 1105442/RJ (tema 135 da



sistemática de recursos repetitivos), que adota, na ausência de lei específica, a norma “relativa à prescrição em casos inversos, isto é, prescrição de ações do administrado contra o Poder Público”, que tem no Decreto 20.910/1932 a referência geral de prazo, fixado em cinco anos.

13.6. Também o ministro Benjamin Zymler, em voto proferido no TC 030.926/2015-7, que tratou da uniformização da jurisprudência, observou que “as normas de Direito Público adotam, *tanto a favor da administração, como contra ela*, o prazo prescricional quinquenal” (grifou-se).

13.7. Assim, no sistema prescricional a incidência de um mesmo prazo, contra ou a favor, é uma relevante diretriz, traduzida no princípio da simetria, a ser considerada em situações de integração do ordenamento (ou seja, na ausência de definição expressa do legislador em outro sentido).

13.8. Ainda nessa linha de compreensão, note-se que o RE 636.886 (tema 899) tratou do ressarcimento em si, embora na fase de execução, estabelecendo um prazo quinquenal para a prescrição. Esse aspecto tem especial relevância ao ser considerada a Súmula 150 do STF, segundo a qual “prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação”.

13.9. Tal súmula fornece uma segunda diretriz importante para integração do ordenamento, ao introduzir uma outra espécie de simetria, desta feita entre as fases do processo: na ausência de regra legal em contrário, a ação e a execução devem observar os mesmos prazos prescicionais.

13.10. Logo, até haver norma específica a tratar da prescrição no processo de controle externo (que poderá ser formulada com maior liberdade pelo legislador, comparativamente às limitações próprias da analogia), a integração do ordenamento deve considerar algumas diretrizes, já referidas, de que:

a) a ação e a execução devem observar um mesmo prazo prescricional (embora seja natural que possuam termos iniciais e causas de interrupção apropriados às respectivas fases), conforme Súmula 150 do STF;

b) esse prazo deve atuar contra ou favor do titular da pretensão, ante o princípio da simetria, cabendo unicamente ao legislador positivo estabelecer diferenciações em benefício da Fazenda Pública;

c) no que se refere à atuação do controle externo, os critérios devem ser uniformes para a punição e para o ressarcimento, pois significam limites à atividade apuratória do tribunal de contas em si, independentemente do desfecho dessa atuação.

13.11. Especificamente em casos envolvendo sanções aplicadas pelo TCU, a prescrição foi discutida pelo STF em julgamentos posteriores ao Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário. Já há decisões colegiadas de ambas as turmas do STF no sentido de que pretensão punitiva no processo de controle externo é regida pela Lei 9.873/1999 (1ª Turma: MS 32.201, DJe-173, 4/8/2017; 2ª Turma: MS 35.512-AgR, DJe-135, 19/6/2019 e MS 36.067, DJe-234, 28/10/2019).

13.12. A matéria foi objeto de minuciosa análise no MS 32.201. Nesse julgamento, após examinar detidamente os fundamentos do Acórdão 1441/2016-Plenário, que uniformizou a jurisprudência do TCU a respeito, o STF manifestou-se em sentido diverso, retratado na seguinte ementa:

Direito administrativo. Mandado de segurança. Multas aplicadas pelo TCU. Prescrição da pretensão punitiva. Exame de legalidade. 1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada integralmente pela Lei nº 9.873/1999, seja em razão da interpretação correta e da aplicação direta desta lei, seja por analogia. (...). [grifou-se]



13.13. Nesse precedente, concluiu-se que “não há nenhuma razão plausível pela qual se deva suprir a alegada omissão [de prazo para a atuação punitiva do TCU] com recurso às normas de direito civil, e não às de direito administrativo”.

13.14. Entendimento similar já havia sido sustentado também nos debates que deram origem ao Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, mais especificamente no voto do ministro Benjamin Zymler, ao apontar que as relações de direito administrativo são assimétricas, havendo uma tendência dos ordenamentos jurídicos em geral em estabelecer prazos distintos para o Poder Público, não se justificando a importação automática das regras de direito civil:

Após melhor refletir sobre a matéria, cheguei à conclusão de que o prazo decenal previsto no Código Civil visa regulamentar relações eminentemente privadas. Por consequência, não caberia extrair do art. 205 do Código Civil (...) a moldura jurídica do prazo prescricional do poder-dever de sancionar do TCU. Ou seja, essa solução jurídica residual deveria ser aplicada somente para o direito de ação de relações privadas não estabelecidas no Código Civil ou em lei específica.

13.15. Há, em síntese, um conjunto paradigmático de normas que revelam um sistema prescricional próprio das pretensões que envolvem o Poder Público. Após o exame desse vasto conjunto normativo, o STF (notadamente no MS 32.201) considerou inapropriado utilizar a disciplina do Código Civil para reger a prescrição da pretensão punitiva pelo tribunal de contas, no exercício da atividade de controle externo.

13.16. O critério utilizado pelo STF para esse fim (as regras da Lei 9.873/1999), no exame da prescrição punitiva, pode ter aplicação mais ampla, para ser utilizado como fonte de integração também no que diz respeito à pretensão reparatória, até que haja a edição de norma específica.

13.17. Primeiro, porque a Lei 9.873/1999 observa a sistemática geral do conjunto de normas existentes sobre prazos extintivos no âmbito do direito público. Depois, porque o prazo nela fixado é também compatível com as diretrizes de que (1) a ação e a execução prescrevem no mesmo prazo (Súmula 150 do STF), e o prazo quinquenal foi adotado pelo STF para a execução do acórdão condenatório do TCU (RE 636.886), e (2) na ausência de norma em contrário, o princípio da simetria orienta que o Poder Público tenha, para agir, o mesmo prazo que a lei estabelece para a pretensão inversa, ou seja, para quando o Estado é demandado, sendo certo que a pretensão de ressarcimento exercida pelo particular contra o Estado observa o prazo quinquenal fixado pelo Decreto 20.910/1932.

13.18. Além disso, a Lei 9.873/1999 apresenta hipóteses detalhadas quanto aos outros aspectos da regulação da prescrição (termo inicial e causas interruptivas), em tudo compatíveis com as peculiaridades do processo de controle externo como um todo (e não apenas quando tal processo se destina à aplicação de sanções).

13.19. Quanto ao termo inicial, a citada lei prevê o tratamento a ser dado a situações de ilícitos permanentes (como se dá em se tratando de conduta omissiva, cf. MS 32.201) ou continuados (como na reiteração de pagamentos irregulares, por vícios em sucessivas medições de uma mesma obra, por exemplo).

13.20. Quanto à interrupção da prescrição, a citada lei contempla uma variedade de causas e a autonomia entre elas, sendo possível a multiplicidade de interrupções. A própria determinação do TCU para que se realize auditoria para averiguar determinado fato interrompe a prescrição, como destacado no julgamento do MS 32.201.

13.21. Até mesmo quanto ao prazo, a regra geral de cinco anos recebe tratamento diferenciado se a irregularidade configurar conduta tipificada como crime, hipótese em que se aplica o prazo previsto na legislação penal, normalmente mais extenso, como já referido.

13.22. Assim, até que sobrevenha norma que disponha especificamente a respeito da prescrição para a atuação do tribunal de contas, a adoção do regime previsto na Lei 9.873/1999 apresenta-se como solução adequada, tanto por observar os parâmetros que preponderam no conjunto de normas do direito público, como por ser, também, a norma que já vem sendo utilizada pelo STF para reger a limitação temporal ao poder sancionador do TCU.

#### **14. Análise da prescrição pelo regime da Lei 9.873/1999 (MS 32.201)**

14.1. Adotando-se as premissas fixadas na Lei 9.873/1999 ao caso em exame, e mesmo considerando-se o prazo geral, de cinco anos, observa-se que não teria ocorrido a prescrição. Para tanto, é preciso considerar os seguintes parâmetros:

##### *a) Termo inicial:*

14.2. A Lei 9.873/1999, art. 1º, parte final, traz previsão expressa a respeito do início do prazo em se tratando de infração de caráter permanente ou continuado. Nesta hipótese, a prescrição começa a correr não da data de cada fato, e sim “do dia em que tiver cessado” a permanência ou a continuidade.

14.3. Na hipótese em exame, estão presentes os requisitos típicos de uma infração permanente, com pagamentos no período de 8/1/2001 a 5/8/2005 (item 9.2.3 do acórdão recorrido). Assim, há de se ter como termo inicial da prescrição a data do último pagamento realizado (5/8/2005).

14.4. Note-se, porém, que ainda que se considerasse a infração como instantânea, embora com efeitos permanentes (dada a específica discussão sobre a natureza do estelionato previdenciário, cf. STJ, REsp 1.112.184), essa caracterização seria indiferente, no caso concreto. Como evidenciam as causas interruptivas elencadas adiante, a prescrição não teria se operado, mesmo que se considerasse o primeiro pagamento como termo inicial.

##### *b) Prazo:*

14.5. A Lei 9.873/1999 apresenta um prazo geral, de cinco anos (art. 1º), e um prazo especial, previsto no art. 1º, § 2º, a saber: “quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal”.

14.6. A irregularidade discutida nesta TCE, de fraude na concessão de benefícios previdenciários, configura o chamado “estelionato previdenciário”, crime do art. 155, IV, “a”, da Lei Orgânica da Previdência Social (“receber ou tentar receber, dolosamente, qualquer prestação de benefício da previdência social”), dispositivo esse que remete expressamente às penas do estelionato, previsto no art. 171 do Código Penal. Na hipótese, **o prazo prescricional é de 12 anos**, previsto no art. 109, III, do CP.

14.7. Não obstante, as causas interruptivas indicadas abaixo evidenciam que a prescrição não teria ocorrido mesmo que se aplicasse o prazo geral de cinco anos.

##### *c) Interrupções por atos inequívocos de apuração dos fatos:*

14.8. No regime da Lei 9.873/1999, a prescrição se interrompe “por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato” (art. 2º, II). O exemplo típico, no caso em exame, são as auditorias de benefício, pelo INSS, que apuram a legalidade dos atos e, constatando irregularidades, desencadeiam as providências ressarcitórias e punitivas cabíveis. A instauração de processo

---

administrativo disciplinar é também um exemplo típico dessa causa interruptiva (vide situações similares discutidas no MS 32.201). Com esse fundamento, a prescrição foi interrompida:

(...)

*d) Interrupções pela citação dos responsáveis:*

14.9. A prescrição também é interrompida “pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital”, nos termos do art. 2º, I, da Lei 9.873/1999. E, no regime dessa lei, a interrupção se dá pela citação propriamente dita, e não pelo despacho que a ordena. Com esse fundamento, houve a interrupção:

(...)

14.10. Cabe destacar, por oportuno, que, em se tratando de devedores solidários, a interrupção da prescrição feita a um prejudica aos demais. Incide, nesse caso, regra própria da teoria geral das obrigações, segundo a qual “a interrupção efetuada contra o devedor solidário envolve os demais” (art. 204, § 1º, do Código Civil). São consequências próprias da solidariedade (a exemplo da regra de que o credor pode demandar qualquer dos devedores, art. 275 do Código Civil), que não precisam ser repetidas em cada diploma legal específico.

*e) Interrupção pela decisão condenatória recorrível:*

14.11. Por fim, a prescrição também se interrompe “pela decisão condenatória recorrível” (art. 2º, III, da Lei 9.873/1999). Com esse fundamento, houve a interrupção em 28/8/2019, data da sessão em que foi proferido o acórdão condenatório (peça 96). Essa interrupção é relevante, por estabelecer prazo para julgamento do recurso.

*f) Da prescrição intercorrente:*

14.12. Nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei 9.873/1999, opera-se a prescrição intercorrente se o processo ficar paralisado por mais de três anos, aguardando “julgamento ou despacho”.

14.13. Note-se que há uma correlação entre essa hipótese e as causas de interrupção da prescrição do art. 2º. Com efeito, uma vez interrompida a prescrição por alguma das hipóteses do art. 2º, o processo não pode ficar inativo, sem qualquer inovação processual relevante, por mais de três anos.

14.14. Trata-se de prazo específico, não se aplicando nem o prazo geral de cinco anos nem o prazo especial, da lei penal (§ 2º). A finalidade da prescrição intercorrente, com seu prazo próprio, é a de assegurar a eficiência e celeridade nas apurações administrativas. Seria contrário a essa finalidade a paralisação injustificada do processo por período maior que o triênio estabelecido para a hipótese.

14.15. A extrapolação do prazo de três anos, sem inovação relevante no processo, pode configurar negligência. Por isso, além de se operar a prescrição, deve-se promover a “apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso”.

14.16. Em muitas situações o exame da prescrição intercorrente pode ficar prejudicado nos processos já em tramitação no TCU. Como a ação de ressarcimento era considerada imprescritível, as peças que compõem a tomada de contas especial, elencadas no art. 10 da Instrução Normativa-TCU 71/2012, não contemplam informações pormenorizadas quanto ao andamento do processo na fase interna, o que pode prejudicar a análise de eventual paralisação por mais de três anos.

14.17. Assim, caso o tribunal venha a adotar a sistemática da Lei 9.873/1999 para aferir a prescrição, convém avaliar, oportunamente, a possibilidade de ajustes na IN-TCU 71/2012, para que as tomadas de contas especiais encaminhadas ao tribunal contemplem informações sobre as

interrupções ocorridas na fase interna do procedimento (como, por exemplo, declaração do órgão instaurador da TCE, de que o processo não ficou paralisado por mais de três anos, na forma do art. 1º, § 1º, da citada lei).

14.18. Especificamente quanto a esta TCE, as próprias causas de interrupção elencadas acima permitem evidenciar que o processo teve andamento regular, não se operando a prescrição intercorrente. Somente em dois momentos as causas interruptivas, do art. 2º, ultrapassaram os três anos (entre as causas “4” e “5” e entre as causas “5” e “6” da alínea “c”, retro), o que poderia suscitar dúvidas sobre a ocorrência da prescrição intercorrente em algum desses lapsos.

14.19. No entanto, há elementos suficientes nos autos para demonstrar que, mesmo nesses dois intervalos, o processo não esteve paralisado por prazo superior a três anos. Veja-se:

(...)

14.20. Logo, há informações suficientes nos autos para evidenciar o regular andamento do feito, não se verificando a prescrição intercorrente prevista na Lei 9.873/1999.

g) Conclusão:

14.21. Independentemente da existência de outras causas interruptivas não elencadas acima (citações no âmbito administrativo, tentativas de solução conciliatória etc.), cujo levantamento não se fez necessário, observa-se, pelos eventos indicados, que em nenhum momento transcorreu prazo suficiente para se operar a prescrição (nem mesmo se se considerasse o prazo geral de cinco anos), tomando-se por referência a Lei 9.873/1999, tida pelo STF como norma regente da prescrição da pretensão punitiva pelo TCU.

14.22. Partindo-se da premissa de que a pretensão reparatória segue as mesmas balizas, enquanto não houver norma específica a respeito, a demonstração de que não se operou a prescrição punitiva impõe, como consequência, a conclusão de que também é viável a condenação ao ressarcimento do prejuízo apurado nos autos.

## **15. A possibilidade de adoção de novo critério, no caso concreto**

15.1. Por fim, são oportunas algumas considerações sobre a possibilidade de aplicar, neste processo, novo critério para exame da prescrição, diverso do considerado no julgamento originário (que seguiu o Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário).

15.2. O art. 926 do CPC positivou a orientação de que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, com o fim de inibir que decisões contemporâneas adotem soluções distintas para uma mesma questão, comprometendo os valores de isonomia e previsibilidade, essenciais à segurança jurídica.

15.3. Isso não impede a reorientação da jurisprudência, sempre que evidenciada a necessidade de ajustar o entendimento à correta exegese das normas legais. E é perfeitamente possível, e até mesmo comum, que a reorientação se dê em grau recursal, pois o recurso devolve à “apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões (...) relativas ao capítulo impugnado” (art. 1.013, § 1º, do CPC), para que se profira novo julgamento, procedendo-se à correta aplicação do direito.

15.4. Todavia, em se tratando de recurso, deve-se observar a proibição de *reformatio in pejus*, não se aplicando o novo entendimento se dele resultarem efeitos práticos mais gravosos ao recorrente. O novo critério pode ser aplicado, contudo, não só se produzir efeitos favoráveis, mas também se conduzir à *manutenção* da decisão recorrida, ainda que por outros fundamentos.

15.5. Quanto ao débito, o novo parâmetro para exame da prescrição não altera o resultado do julgamento. A condenação se justifica, quer se considere o ressarcimento imprescritível (critério



adotado no acórdão recorrido), quer se realize o exame da prescrição segundo os parâmetros da Lei 9.873/1999. A hipótese em exame, portanto, não é a de *reforma* do acórdão recorrido, mas a de sua *confirmação*, por outros fundamentos. Logo, a condenação deve ser mantida, rejeitando-se a arguição de prescrição suscitada pelo responsável.

15.6. Já quanto à multa, considerada prescrita pelo acórdão recorrido, não é possível sua aplicação em recurso exclusivo do responsável. Ainda que a ocorrência da prescrição seja agora afastada, considerando-se as balizas da Lei 9.873/1999, o novo critério não pode ser aplicado para agravar a situação do recorrente, ante a proibição de *reformatio in pejus*.

## CONCLUSÃO

16. Das análises anteriores decorrem as seguintes conclusões, que justificam a proposta de não provimento do recurso:

(...)

c) em decorrência do sentido e alcance do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, definidos pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário 636.886, é prescritível a pretensão reparatória exercida pelo tribunal de contas. Os fundamentos da decisão e a ausência de ressalvas na enunciação da tese permitem concluir que a ação de ressarcimento pode se desenvolver a qualquer tempo, na hipótese de condutas dolosas, apenas no âmbito judicial, sujeitando-se à prescrição na esfera administrativa;

d) até que sobrevenha norma específica para disciplinar a prescrição relativa à atuação do tribunal de contas, entende-se aplicável o regime previsto na Lei 9.873/1999. Referida lei contempla parâmetros que preponderam no conjunto de normas de direito público e que são compatíveis com o rito do processo de controle externo, e já é utilizada pelo STF para estabelecer limitação temporal ao exercício da pretensão punitiva pelo TCU;

e) aplicando-se os parâmetros da Lei 9.873/1999 à situação em exame, verifica-se que não se operou a prescrição.

## PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

(...)

TCU/Serur/Assessoria, em 15/6/2020.

(...)