

Ciclo de proteção ao erário: da apuração e responsabilização à formação e execução do título



Ismar Viana



Mestre e Doutorando em Direito Administrativo (PUC-SP)
Auditor de Controle Externo
Advogado e Professor
Membro do Instituto de Direito Administrativo Sancionador Brasileiro (IDASAN)
Autor do livro *Fundamentos do Processo de Controle Externo*

O que é prescrição?

Inércia + tempo = perda do direito de agir.

"Há que se reconhecer "a cicatrização de situações pela passagem do tempo".

(Ministro Marco Aurélio, no voto divergente no MS 26.210-DF)

Quais os fundamentos da prescrição?

- a) segurança jurídica ao responsável;
- b) “luta contra a ineficiência do Estado”;
- c) Impertinência da sanção.

Prescrição no processo de controle externo

- A régua deve ser a mesma do processo penal, do processo civil?

Cooperação x adversariedade x litigância

Se o TC não executa as suas decisões, faz sentido discutir prescrição da pretensão ressarcitória?

- a) Prescrição da pretensão punitiva
- b) Prescrição da pretensão ressarcitória
- c) Apreciação dos atos para fins de registro (admissão, aposentadoria e pensões).

Reconhecer que a prescrição da pretensão ressarcitória de que trata o Tema 899 do STF (RE 636.886) fulmina o direito de agir dos Tribunais de Contas **seria admitir, em síntese comparativa, a prescrição virtual, projetada, antecipada, prognostical ou retroativa em perspectiva.** Isso porque aos Tribunais de Contas não é dada a competência para execução das suas decisões. Assim, o ente público com legitimidade para cobrar deve analisar, no momento da cobrança da dívida constituída a partir de título formado pelo Tribunal de Contas, se a irregularidade que deu origem à imputação em débito foi decorrente da prática de um ato doloso de improbidade administrativa, reconhecido na esfera judicial. É o que se extrai do Tema 897).

E se estiver prescrita a pretensão punitiva?

É possível que o Tribunal imponha ações coercitivas (diligências processuais)? Aqui, reside a discussão entre o dever de prestar contas (qual o prazo?)

ACÓRDÃO (676/2018 – Min. Benjamin Zymler – reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva não é óbice ao julgamento pela irregularidade) - NATUREZA DECLARATÓRIA

“A cada momento, o Direito se vale do tempo para regular determinadas relações jurídicas” (José dos Santos Carvalho Filho)

- Processo eletrônico (chamamentos processuais pela via eletrônica)
- Inteligência artificial (cruzamento de dados, transformação de dados em informações íntegras e confiáveis).
- Faz sentido a atuação do Tribunal de Contas 10 anos após o ato ter sido praticado e produzido os seus efeitos? Biopsia e não autópsia.
- Responsabilização do agente controlador nos casos de prescrição (deliberada inércia, art. 37 da Lei n. 13.869, de 2019 x precariedade estrutural).

É possível um controle tardio induzir efetividade de políticas públicas?

- a) Critérios de seletividade (fiscalização e processual)
- b) Dever de prestar contas x dever de julgar contas x expectativa de controle



Os Tribunais de Contas tutelam o bom funcionamento da máquina pública. Não faz sentido atuar em prazo desarrazoado, sob pena de não alcançar os fins que justificam a sua existência.

FISCALIZAÇÃO, INSTRUÇÃO, JULGAMENTO E CIENTIFICAÇÃO (FORMAÇÃO DO TÍTULO)

PRINCIPAIS TÓPICOS

I - Temas: 445, 642, 666, 897 e 899

II - ADI 5259-SC e ADI 5509-CE

III - Prescrição nos distintos
sistemas de responsabilização

"Em atenção aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, os Tribunais de Contas estão sujeitos ao prazo de 5 anos para o julgamento da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, a contar da chegada do processo à respectiva Corte de Contas" (445)

"É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de **ilícito civil**" (666)

"São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de **ato doloso tipificado** na Lei de Improbidade Administrativa" (897)

"É prescritível a **pretensão de ressarcimento** ao erário **fundada em** decisão de Tribunal de Contas". (899)

"Em atenção aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, os Tribunais de Contas estão sujeitos ao prazo de 5 anos para o julgamento da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, a contar da chegada do processo à respectiva Corte de Contas"
(445)

MATRIZ CONSTITUCIONAL

- Art. 71, III.
- Admissão (Acórdão 8596/2021)
- Não sujeição a marcos suspensivos ou interruptivos (Edcl STF e Acórdão 8660/2021 Primeira Câmara (Pedido de Reexame, Relator Ministro Vital do Rêgo)

"São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa" (897)

Tema 1089 (STJ) x art. 17-D "vedado o **ajuizamento**"



- Tema 897 se aplica a ação popular? (AgInt no RE nos EDcl no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.598 – SP).
- Mitigação do art. 21: "A ação prevista nesta lei prescreve em 5 (cinco) anos."
- Na ação civil pública por ato de improbidade administrativa é possível o prosseguimento da demanda para pleitear o ressarcimento do dano ao erário, ainda que sejam declaradas prescritas as demais sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92..

**"É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas".
(899)"**

RAZÃO DE DECIDIR " DO RE 636.886?

- Em que medida a discussão sobre a origem do título justificou a decisão pela prescrição da pretensão ressarcitória?
- Até que ponto a prescrição da pretensão ressarcitória influencia na prescrição da pretensão do reconhecimento do dano? Direito de pedir contas x relação custo/benefício.

**"É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas".
(899)"**

RAZÃO DE DECIDIR " DO RE 636.886?

- Os Ministros da Suprema Corte chegaram a afirmar que não há ampla defesa e contraditório nos Tribunais de Contas?
- Houve afirmação de que em nenhuma espécie processual de controle externo é possível aferir dolo ou culpa?

**"É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas".
(899)"**

Quanto tem início o prazo prescricional da pretensão ressarcitória?

**"A contar da decisão final do Tribunal de Contas, inicia-se o prazo para a propositura da ação de execução"
(ADI 5509-CE)**

O que quis dizer o Supremo como contraditório e ampla defesa plenos? (899)

- Só há plenitude quando há oitiva testemunhal, audiência presencial? E o artigo - Art. 73 c/c 96, I, "a"
- O próprio Supremo, em outras oportunidades, ao dialogar sobre a posição do Processo de controle Externo em relação ao Processo Administrativo puro, **rotulou o processo de controle externo como de colorido quase judicial.**

**O que quis
dizer o
Supremo
como
contraditório
e ampla
defesa
plenos? (899)**

CONCLUSÃO QUE SE EXTRAI:

O atual modelo de instrução probatória no âmbito dos Tribunais de Contas, pautado, em regra, pela análise de documentos, constitui óbice ao exercício pleno de uma defesa efetiva após cinco anos, impondo aos gestores um dever de guarda documental “ad eternum”,

STF (899): para considerar como imprescritíveis as ações de ressarcimento, devem restar demonstradas:

a) prática de ato de improbidade administrativa devidamente tipificado na Lei 8.429/92;

b) presença do elemento subjetivo do tipo.

Esses dois elementos devem ter sido reconhecidos por qual esfera?

ESFERA JUDICIAL

STF (899): Não parece possível sustentar que deve o Tribunal de Contas arquivar, sem apreciação de mérito, processos cujas irregularidades também se constituam, ainda que em tese, ato doloso de improbidade administrativa.

"Ressalte-se, ainda, que, com base nas decisões do Tribunal de Contas, **paralelamente à ação de execução**, será possível o ajuizamento de ação civil de improbidade administrativa para, garantido o devido processo legal, ampla defesa e contraditório, eventualmente, condenar-se o imputado, inclusive a ressarcimento ao erário, que, nos termos da tese fixada no TEMA 897, será imprescritível." (Min. Alexandre de Moraes)

**TCU reconhece
o ilícito mas
não apura ato
de
improbidade:**

**Forma de
afastar o 897.**

“No procedimento instaurado pelo TCU, não se imputa a existência de ato de improbidade, nem tampouco se abre a possibilidade do fiscalizado defender-se, com todas as garantias do devido processo judicial, no sentido de eximir-se de dolo ou mesmo culpa. De outro lado, a irregularidade identificada pelo TCU, assim como o indébito fiscal, pode configurar ato ilícito, porque contrários ao direito; mas a natureza jurídica de ilícito não é razão bastante para que se torne imprescritível a ação para a cobrança de crédito; **uma vez que, não se apurou, mediante o devido processo legal com a presença de contraditório e ampla defesa a existência de ato doloso de improbidade administrativa.**”

O tema 899 afeta a apuração do dano, de formação do título pelos TCS?

“Nenhuma consideração houve acerca do prazo para constituição do título executivo, até porque esse não era o objeto da questão cuja repercussão geral foi reconhecida no Tema 899, que ficou adstrito, como sobejamente já apontado, à fase posterior à formação do título.” (EDcl. RE 636.886)

ADI 5259-SC

O Tribunal de Contas tem Lei regendo o regime prescricional?

“Art. 24-A É de 5 (cinco) anos o prazo para **análise** e julgamento de todos os processos administrativos relativos a administradores e demais responsáveis a que se refere o art. 1º desta Lei Complementar e a publicação de decisão definitiva por parte do Tribunal, observado o disposto no §2º deste artigo.

Preliminar de mérito? Responsabilização pela prescrição?

“Art. 24-A

[...]

§1º Findo o prazo previsto no caput deste artigo, o **processo será considerado extinto, sem julgamento do mérito**, com a baixa automática da responsabilidade do administrador ou responsável, **encaminhando-se os autos ao Corregedor-Geral do Tribunal de Contas, para apurar eventual responsabilidade.**

Marco temporal lesivo à tutela do patrimônio público ou aderente à eficiência do controle?

“Art. 24-A

[...]

§ 2º O prazo previsto no caput deste artigo será contado a partir da data de citação do administrador ou responsável pelos atos administrativos, ou da data de exoneração do cargo ou extinção do mandato, **considerando-se preferencial a data mais recente.** (NR).

Prescrição da pretensão ressarcitória x prazo de que dispõem os Tribunais de Contas para atuar:

“A Lei do Estado de Santa Catarina faz-se limitada a assinar período para que o Tribunal de Contas atue. Veio à 'balha' considerado não só a primeira parte do §5º do artigo 37 referido, como também a competência para o ente regular os próprios serviços e dispor concorrentemente sobre direito financeiro – inciso I do artigo 24 da Constituição Federal.”

Simetria. Qual o alcance? Legislação própria do TCU? Interpretação do STF que afete o TCU?

“Modelo Federal”. Para Fachin, interpretação do STF (TEMA 899) é modelo federal, dado que direciona ao TCU, sendo extensível aos demais estados.

Art. 35-C. Prescreve em 5 (cinco) anos **o exercício das competências de julgamento e apreciação** do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará previstas nesta Lei, como as previstas nos arts. 1º, 13, 19 e 55 ao 59.

Inconstitucionalidade - marco inicial (II)

Parágrafo único. O prazo previsto no caput:

I – inicia sua contagem a partir da data seguinte à do encerramento do prazo para encaminhamento da prestação de contas ao Tribunal, nos casos de contas de gestão e de governo;

II – nos demais casos, inicia-se a partir da data de ocorrência do fato; (INCONSTITUCIONAL)

III – interrompe-se pela autuação do processo no Tribunal, assim como pelo julgamento.

“O Município prejudicado é o legitimado para a execução de crédito decorrente de multa aplicada por Tribunal de Contas estadual a agente público municipal, em razão de danos causados ao erário municipal.” (Tema 642)

TRIBUNAIS DE CONTAS

RESPONSABILIZAÇÃO-REPARAÇÃO E RESPONSABILIZAÇÃO-SANÇÃO

Propostas de Encaminhamento das unidades de auditoria e instrução processual

RESPONSABILIZAÇÃO-REPARAÇÃO

Município prejudicado executa multas-reparatórias aplicadas por TCE (Tema 642-STF)

IMPUTAÇÃO EM DÉBITO

decorre de dano ao erário quantificado, visando ao ressarcimento.

MULTA-REPARATÓRIA

natureza acessória. Existe em função de dano ao erário quantificado imputado em débito.

RESPONSABILIZAÇÃO-SANÇÃO

MULTA-SANCIONATÓRIA

decorre do julgamento de contas irregulares, procedência de representações ou denúncias, apurações de irregularidades em auditorias

MULTA-COERCITIVA

decorre de sonegação de documentos, obstrução à auditorias, não atendimento a diligências. Confere eficácia à atuação da Corte de Contas.

Custos legis pelo Ministério Público de Contas

Decisões pelo colegiado julgante

”

HÁ UMA OBRIGAÇÃO INSTITUCIONAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E FUNCIONAL DOS SEUS AGENTES DE PROCESSUALIZAREM AS COMPETÊNCIAS NO TEMPO DEVIDO, SOB PENA DE MANIFESTA INUTILIDADE DAS AÇÕES DE CONTROLE.

ISMAR VIANA

Encontre-nos Online



ISMAR VIANA



@ISMARVIANA



@ISMAR_VIANA