

## A aplicação da prescrição aos processos em trâmite no TCU

Inobstante sejam essenciais e nobres as finalidades constitucionais do Tribunal de Contas da União, a prescrição não deve ser aplicada, pois a finalidade constitucional do TCU seja desempenhada de acordo com parâmetros temporais razoáveis.



Gustavo Justino  
professor e advogado

É consenso que, como regra geral, incide a prescrição à pretensão estatal,

seja punitiva ou ressarcitória, sobre atos ilícitos que importem dano ao erário. Aliás, a Constituição determina que os prazos prescricionais relacionados com práticas ilícitas que causem prejuízos ao erário devem ser estabelecidos por lei (artigo 37, §5º).

Esta compreensão é confirmada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), especialmente a partir dos Temas de Repercussão Geral nº 666 ("*É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil*") e nº 899 ("*A pretensão de ressarcimento ao erário baseada em decisão do TCU é prescritível*"), afora o Tema nº 897, que reconhece exceção à regra ("*São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa*").

Ocorre que nenhum dos temas de repercussão geral, já decididos, tratou da questão ora enfrentada: como aplicar a prescrição aos processos *em trâmite* no TCU?

O Tema nº 899, do STF, embora ensaie enfrentar a questão, especialmente no voto-vogal do ministro Gilmar Mendes, não a abrange diretamente, uma vez que se dedica à prescrição da pretensão de ressarcimento que seja lastreada em decisão proferida pelo TCU (fase executória do débito).

Diferentemente do que projetado pela Constituição, ainda não há lei que verse sobre a prescrição aplicável durante a tramitação de processos nos tribunais de contas.

Dada essa lacuna normativa, formou-se jurisprudencialmente o entendimento de que a Lei nº 9.873/1999 seria o diploma normativo a ser aplicado de modo supletivo. Esta lei trata do prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, e, portanto, possui



---

conteúdo materialmente harmônico com o que se pratica no TCU.

Tal diploma fixou o prazo quinquenal para o exercício da pretensão punitiva (artigo 1º, *caput*) e o prazo trienal para a incidência da prescrição intercorrente (artigo 1º, §1º).

Não obstante, o maior desafio em se aplicar a Lei nº 9.873/1999 aos processos em trâmite no TCU advém da necessidade de se interpretar casuisticamente os eventos interruptivos da prescrição.

O artigo 2º da lei estabelece esses eventos, que incidem sem limitação de recorrência, ou seja, sem limite de interrupções, as quais restauram integralmente o prazo prescricional. E dentre esses eventos, encontra-se a interrupção por "*qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato*" (inciso II).

A melhor interpretação para este dispositivo, em específico, é controversa. O que exatamente significa "*qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato*"? Seria, por exemplo, a abertura de uma Tomada de Contas Especial (TCE) um ato inequívoco, que importa apuração de fatos? Sim, mas inequívoco sobre quais fatos exatamente? Abrangeria fatos que somente viriam a ser identificados em desdobramentos investigativos posteriores deste mesmo processo?

Entende-se que não.

Tome-se como exemplo o comum caso das prestações de contas em convênios, em que existe o repasse de recursos de um ente público para outro, os quais, por sua vez, serão utilizados para custear diversas atividades de interesse dos convenientes, como a celebração de contratos administrativos pelo ente público que recebeu os recursos.

Neste caso, ao se inaugurar uma TCE para se apurar eventual incongruência na prestação de contas e a regularidade do uso de verbas de um convênio, elencam-se especificamente determinados atos ou despesas suspeitos. Neste caso, não há como se considerar, para efeito de interrupção da prescrição, que também estão, desde a origem, sob apuração, outras despesas realizadas neste mesmo convênio, que não foram identificadas como suspeitas neste ato inaugural, ainda que venham a ser apuradas posteriormente no mesmo processo.

Assim, quanto a essas despesas inicialmente ignoradas, supervenientemente suspeitas, não há como se reconhecer o ato inaugural do processo como marco interruptivo da prescrição — ainda que possam ser investigadas no mesmo processo, por guardarem em comum a origem dos recursos.

Note-se que a legislação exige, para a interrupção da prescrição, um ato *inequívoco* de apuração do fato, o que significa que ele deve ser um ato o qual incontrovertidamente apura um fato determinado e potencialmente ilícito.

Não fosse assim, a consequência, para fins ilustrativos, seria a de que, por exemplo, a 1ª Instrução de uma TCE para apuração de irregularidades no Programa de Governo X, e também cada nova Instrução, interromperia a prescrição em face dos responsáveis por todos os fatos ineditamente investigados nas (dezenas de) instruções seguintes. Se este Programa de Governo X contivesse cinco mil contratos, a prescrição sobre cada um deles seria interrompida a cada nova instrução do TCU, mesmo que sobre contratos que nunca tenham sido citados como suspeitos de prática ilícita. Mantendo-se uma cadência inferior a 5 anos para cada nova Instrução, caso algum novo fato suspeito seja identificado daqui a 50 anos, a pretensão punitiva e a pretensão ressarcitória sobre ele não estariam prescritas.



Consequentemente, o potencial responsável por esse fato específico, que até então nunca havia sido apurado, terá de ter tido a improvável boa ventura de ter guardado, por décadas, os documentos que comprovem sua eventual inocência.

Se não houvesse a exigência legal de que a apuração deve ser inequívoca e, em interpretação sistêmica, sobre fato específico, haveria grande incentivo à abertura de processos administrativos com objetos os mais genéricos e amplos possíveis, capazes de interromper a prescrição sobre fatos desconhecidos, a serem possivelmente descobertos em desdobramentos de investigações exploratórias.

Percebe-se, do exemplo apresentado, que a linha de raciocínio ampliada dos efeitos da interrupção prescricional gera resultados indesejados, sendo imprópria e incompatível não somente com a própria Lei nº 9.873/1999, mas também com a própria essência do instituto da prescrição, cuja finalidade última é evitar a possibilidade de existência de uma pretensão perpétua e subjugante, contrária às garantias do contraditório e da ampla defesa.

Evidentemente, um processo em trâmite no TCU pode ter desdobramentos que tragam à tona fatos que, originalmente, não estavam sob apuração. Contudo, nesse caso, a sua apuração inequívoca somente ocorre quando este fato é regularmente identificado no processo.

O tema dos eventos interruptivos da prescrição na Lei nº 9.873/1999 já foi tratado em doutrina e jurisprudência, valendo, portanto, o resgate delas.

Quanto ao esclarecimento da definição de ato inequívoco, Marga Tessler defende que *"Ato inequívoco é ato que não deixa dúvida"*. A autora explica que o ato inequívoco, que importa em apuração do fato, *"é qualquer ato de ofício (princípio da oficialidade) que seja comunicado ao interessado ou indiciado (princípio da publicidade) [...] que solicita informação, explicação, providências, documentos, [...] pois é inequívoco que a autoridade está apurando os fatos"*.

A autora também explica o que não compõe tal definição:

*"Note-se que fica afastado o mero monitoramento de atividades que não é comunicado ao interessado, ficam afastadas diligências internas do serviço público, oitiva de denunciante ou informante ao órgão, denúncias anônimas, etc."*

*Afastam-se tais atos para os efeitos interruptivos da prescrição, pois não prestigiam o princípio do devido processo legal e do contraditório, já que o possivelmente atingido pelo ato investigativo ainda não tomou conhecimento do mesmo."*

*Não se quer dizer que não pode ser feita investigação reservada, só que não tem o condão de interromper a prescrição [1]."*

É razoável e conforme a constituição a compreensão de que o conceito de "ato inequívoco, que importe em apuração do fato" tem relação intrínseca com o devido processo legal, com o contraditório e com o princípio da publicidade desta apuração.

Inequívoco para quem, afinal?

Ora, quem não deve ter dúvida de que o fato está sendo apurado? Em interpretação conforme a constituição, as pessoas potencialmente responsáveis pelo fato, pois é a estas que beneficia e interessa o instituto da prescrição. São essas pessoas que, uma vez cientes de que o fato está sob apuração, poderão



então adotar as cautelas necessárias para a preservação de informações e documentos essenciais ao exercício do contraditório e da ampla defesa.

Enquanto os potenciais responsáveis não forem sequer identificados e não houver publicidade de que determinados fatos estão sob apuração, o prazo prescricional deve seguir em curso, pois a apuração ainda não é inequívoca, sobretudo para aqueles que precisam conhecê-la para poderem se acautelar e exercer, mesmo que futuramente, o contraditório e a ampla defesa.

A despeito de entender-se como correta, esta interpretação não é pacífica na jurisprudência, a exemplo do julgamento do Ag.Reg. MS 35208 [2], pelo STF, segundo o qual a abertura prévia de investigação, mesmo sem a intimação do interessado, constitui ato inequívoco que importa apuração do fato.

Por outro lado, em entendimento distinto e coerente com o que se defende neste artigo, no MS 37412 [3], o STF decidiu, por exemplo, que *"entre a data dos fatos imputados ao impetrante e seu chamamento inicial ao processo, decorreram mais de dez anos, sem que investigações específicas tivessem se referido a ele e, conseqüentemente, sem participação ou produção de defesa na tomada de contas"*. Diante disso, não poderia haver interrupção da prescrição *"por ausência de participação, convocação ou diligência a importar o impetrante naquela tomada de contas, instaurada em 2012"*.

Aliás, mesmo que se adote uma interpretação ampliativa dos efeitos interruptivos da prescrição com base no artigo 2º, II, da Lei nº 9.873/1999, é de se formar consenso, no mínimo, que o fato sob apuração deve ser específico e inequívoco para o próprio investigador no bojo do processo administrativo, sob pena de se desnaturar por completo o instituto da prescrição, dada a permanente possibilidade de desdobramentos investigativos que atraiam novos fatos ao processo.

Vale o registro de que a Advocacia Geral da União (AGU), no Parecer AGU 991-2009/PGF/PFE-Anatel [4], entendeu haver distinção entre os prazos prescricionais de infrações independentes, ainda que em trâmite no mesmo processo, e que, assim, a apuração de um fato não interrompe a prescrição de outro. A conclusão foi a de que, se *"a administração incluir fatos novos que prevejam punições autônomas, não sendo o caso de continuidade e permanência da infração, os prazos prescricionais (quinquenal e intercorrente) serão independentes para cada fato"*.

Outro exemplo elucidativo sobre o tema pode ser encontrado na atuação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM). A temática aqui tratada foi abordada no julgamento do PAS nº 06/2016, com apoio na doutrina de Pontes de Miranda:

A Lei nº 9.873/1999 qualifica o ato de apuração que é apto a interromper a prescrição: ele deve, necessariamente, ser inequívoco. Não se pode, portanto, admitir que a instauração de um processo com escopo absolutamente genérico seja apta a interromper o curso do prazo prescricional de fatos específicos, que não se relacionam diretamente ao objeto inicial da apuração. Qualquer outra interpretação dá espaço para o arbítrio da Administração Pública, estimulando-a, ao menos nas fases iniciais de apuração, a delimitar o objeto da sua análise em termos cada vez mais vagos com o objetivo de preservar, ao máximo, sua pretensão punitiva e subvertendo a regra da prescritibilidade e o princípio da separação das pretensões.



"Princípio da separação das pretensões — A interrupção limita-se à pretensão que está em causa, e não se estende a qualquer outra que se irradie da mesma relação jurídica que é res reducta; nem se opera a respeito de outra pessoa que aquela que pratica o ato interruptivo [5]."

Aplicando-se este raciocínio aos processos em trâmite do TCU, conclui-se que, nos termos do inciso II do artigo 2º da Lei nº 9.873/1999, a prática de atos originalmente voltados para apuração de um determinado conjunto de fatos não pode ser utilizada como marco interruptivo de condutas diversas, surgidas com a ampliação do escopo da investigação.

O raciocínio é aplicável igualmente à prescrição intercorrente no âmbito do TCU.

Assim, se, exemplificativamente, o TCU instaurou TCE, mas, durante três anos (artigo 1º, § 1º, da Lei n.º 9.873/1999), não apurou, inequivocamente, os atos ilícitos específica e originariamente imputados ao potencial responsável, deve-se, então, concluir que houve paralisação excessiva do processo, o que reclama o reconhecimento da operação da prescrição intercorrente.

Aqui também deve prevalecer a noção de *"não ser qualquer despacho que obsta a decretação da prescrição intercorrente no processo administrativo, mas somente aqueles que inequivocamente importem na apuração do fato ou aquele que resolva o mérito do processo [6]"*. Em interpretação até mais restritiva, cita-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no âmbito do Tema Repetitivo nº 328: *"É de três anos o prazo para a conclusão do processo administrativo instaurado para se apurar a infração administrativa ('prescrição intercorrente') [7]"*.

Enfim, uma vez pacificado o entendimento de que, como regra geral, incide a prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória do Estado, a maturação do tema depende agora da estabilização sobre a forma de aplicação deste instituto, com especial atenção aos eventos interruptivos e à necessidade de se impor, conforme as sugestões apresentadas, uma interpretação conforme a constituição para a Lei nº 9.873/1999.

[1] TESSLER, Marga Barth. O Exercício do poder de polícia e o prazo prescritivo para a aplicação da sanção administrativa depois da lei nº 9.873/99. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 01, out. 2008. Disponível em [https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao002/marga\\_tessler](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao002/marga_tessler). Acesso em 28 out. 2021.

[2] STF, MS 35208 DF Relator: DIAS TOFFOLI, Julgamento: 15/12/2020

[3] STF, MS 37412 DF Relator: CÁRMEN LÚCIA, Julgamento: 22/04/2021.



---

[4] Disponível em:

<https://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=257948&assunto>

. Acesso em: 28 out. 2021

[5] CVM, PAS nº 06/2016, Julg. em 3 nov. 2020. Ref. a PONTES DE MIRANDA, Francisco C. Tratado de Direito Privado, t. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 401-402.

[6] GAMA, Carlos Alberto. A prescrição intercorrente no processo administrativo federal – Lei nº 9.873/99. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 17, n. 199, p. 99-102, set. 2017

[7] STJ. REsp 1115078/RS, Relator: Ministro Castro Meira, Julgado em: 10/03/2010

**Date Created**

31/10/2021