

**MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA 37.581 DISTRITO
FEDERAL**

RELATOR	: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
IMPTE.(S)	:JEFFERSON ATHAYDE COELHO JUNIOR
ADV.(A/S)	:CLARISSA BAHIA BARROSO FRANCA E OUTRO(A/S)
IMPDO.(A/S)	:RELATOR DA TC Nº 033.462/2019-4 DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	:ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
LIT.PAS.(A/S)	:UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	:ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Trata-se de mandado de segurança com pedido de liminar impetrado por Jefferson Athayde Coelho Junior contra ato praticado pelo Presidente do Tribunal de Contas da União nos autos da Tomada de Contas Especial 033.462/2019-4.

O impetrante narra que

“[...] é ex-bolsista do CNPq, porquanto o referido órgão de fomento concedeu-lhe auxílio para cursar o programa de doutorado na *University of Massachusetts at Amherst* no período de setembro de 1990 a agosto de 1994 (doc. 04, p. 3 do pdf).

Nesse período de 48 meses em que recebeu auxílio, o Impetrante apresentou todos os relatórios anuais de progresso e sempre esteve à disposição do órgão de fomento brasileiro, respondendo prontamente a todas as suas solicitações. Ocorre que o programa de pós-graduação no qual se inscreveu compreendia a realização de mestrado antecedente e, portanto, exigia maior duração até que fosse possível a obtenção do grau de doutor. Sendo assim, e com as devidas autorizações do CNPq, Jefferson teve que permanecer no exterior no período de agosto de 1994 até a obtenção de seu grau de doutor, em setembro de 2001, às próprias expensas.

Pouco tempo antes de concluir o doutorado, em 1999, e uma vez que previa e desejava a sua volta ao Brasil, o bolsista participou do Programa Retorno, criado pelo Ministério da

Indústria e Comércio em parceria com a Confederação Nacional da Indústria e com o SEBRAE. O Programa Retorno era um processo seletivo cuja existência foi divulgada via edital dentro da comunidade de bolsistas brasileiros no exterior. Jefferson candidatou-se de acordo com as regras do edital, foi aprovado na pré-seleção, em primeira etapa, e na seleção final (doc. 04, pp. 30-36 do pdf).

No âmbito dessa iniciativa do Governo Federal e por iniciativa própria, o ex-bolsista visitou diversas empresas, universidades públicas e privadas no Espírito Santo e Bahia, a fim de buscar uma colocação no mercado (vide relatórios juntados no doc. 04, pp. 30-36). A busca por um emprego no Brasil não parou por aí. De 2000 a 2004, continuou a busca de trabalho e enviou seu currículo a várias empresas, conforme se observa no processo administrativo juntado nos autos do processo no TCU.

Infelizmente, o bolsista não obteve sequer uma proposta concreta de emprego no Brasil na área de robótica, já que, em diversas empresas visitadas, o bolsista ouviu que sua área de pesquisa ainda não tinha aplicabilidade na indústria brasileira. Nem mesmo a indústria estrangeira tinha tanto espaço para absorção de mão de obra tão qualificada como a do Impetrante. Tanto que ele recebeu oferta de trabalho em apenas uma empresa americana. Tendo em vista a sua necessidade de se sustentar, passou então a trabalhar na *Agilent Technologies Inc.* após a defesa de sua tese.

O ex-bolsista apresentou o relatório final de atividades e respectivo diploma em setembro de 2001, tendo sido deferido seu pleito de prorrogação para o cumprimento da obrigação de retorno ao Brasil, a fim de que pudesse acompanhar sua esposa que era doutoranda. Sendo assim, seu termo final para o retorno ao Brasil passou a ser setembro de 2004 (doc. 04, p. 21 do pdf).

Em 15/10/2004, o Impetrante recebeu a primeira comunicação do CNPq com pedido de retorno e informação sobre o início do procedimento de auditoria interna (doc. 04, p.

22 do pdf). Em resposta ao ofício recebido, em 08/11/2004, o ex-bolsista expôs novamente a sua situação ao CNPq, ponderando os motivos pelos quais se encontrava impossibilitado de retornar ao país (doc. 04, p. 24-26 do pdf). Em especial, destacamos que houve plena demonstração acerca de sua permanente busca de emprego no Brasil e que o Autor tinha como principal fundamento o choque entre o exercício de seu direito fundamental de uma vida digna, com um emprego e junto à sua família, e o cumprimento da obrigação de permanência no Brasil sem nenhuma garantia de que teria meios para se sustentar no país.

Havia ainda a possibilidade de retornar ao Brasil e encontrar-se empregado em uma área fora de sua especialização, o que, no entendimento do CNPq, numa estrita interpretação de suas normas, não atenderia às obrigações do programa. Jefferson correria o risco de se achar subempregado e ainda sob cobranças de dívidas, em uma situação com poucos recursos para contestar esta interpretação de normas.

Para a sua surpresa – já que acreditava ter encerrado em definitivo a suposta pendência junto ao CNPq –, mais de 12 anos após a data prevista para o seu retorno, em 08/11/2016, o Impetrante recebeu a notificação 041/2016, na qual o CNPq lhe informou acerca da existência de ‘débito apurado no valor de R\$ 723.497,19 (setecentos e vinte e três mil, quatrocentos e noventa e sete reais e dezenove centavos) atualizados até novembro/2016, referente ao descumprimento do Termo de concessão de Bolsa no Exterior’ (doc. 04, p. 65-66 do pdf).

As tentativas de esclarecer ao CNPq sobre o impacto do decurso do tempo na inexigibilidade do débito em razão da prescrição e no evidente cerceamento de defesa foram infrutíferas e o mesmo aconteceu com as tentativas de se acordar extrajudicialmente para que a questão tivesse um fim. Ainda assim, Jefferson dialogou com o órgão, demonstrando a sua boa-fé e comprovando como, ao longo desses 16 anos, continuou contribuindo à distância com as universidades brasileiras, ministrando cursos e intermediando parcerias com a

instituição americana onde estudou.

No dia 03 de setembro de 2020, três anos após o insucesso da última proposta de acordo oferecida por Jefferson, o Impetrante foi citado pelo TCU para apresentar defesa em relação à tomada de contas especial realizada pelo Tribunal de Contas. No documento de citação, o ex-bolsista foi acusado de praticar irregularidades (não retorno e permanência no Brasil), em razão das quais estava sendo cobrado a absurda quantia de R\$ 429.550, 30, a qual, após o acréscimo de juros e multa, poderia chegar a R\$ 831.236,34 (doc. 04, p. 82-83 do pdf).

Inconformado, Jefferson apresentou defesa no dia 14/09/2020, comprovando que cumprira com todas as suas obrigações frente ao CNPq. Em suas alegações, argumentou que o lapso temporal de mais 12 anos entre sua última comunicação ao CNPq e a cobrança financeira pelo suposto descumprimento de dever de bolsista criava uma injusta situação de cerceamento de defesa e, além disso, que a suposta dívida estaria prescrita, tendo em vista o lapso temporal de mais de 10 anos para a sua cobrança.

Ao analisar a defesa, a área técnica do TCU, em decisão delegada pelo relator, admitiu o transcurso de mais de 10 anos entre o fato gerador a primeira notificação do ex-bolsista, mas rejeitou os argumentos no sentido de que haveria cerceamento de defesa ou incidiria a prescrição da ação de cobrança do débito no âmbito da Tomada de Contas Especial (doc. 06) [...].

Nesse sentido, ainda que não tenha julgado definitivamente a Tomada de Contas Especial, o processo de tomada de contas ainda subsiste, mesmo que o intervalo de 16 anos torne praticamente impossível que o ex-bolsista reúna toda a documentação que comprova a sua proatividade em tentar obter um emprego no Brasil e a sua extensa contribuição com a ciência brasileira, mesmo que à distância. Além disso, mesmo após o decurso de tanto tempo, o TCU ignora a ocorrência de prescrição e continua entendendo ser possível exigir que o impetrante pague o correspondente ao valor da bolsa recebida, com juros e correção, caso suas contas sejam

julgadas irregulares (docs. 04 e 06)” (págs. 1-5 da inicial).

Nesse contexto, alega que

“[o] art. 6º, II, da IN-TCU nº 71/2012 dispensa a instauração da tomada de contas especial quando ‘houver transcorrido prazo superior a dez anos entre a data provável de ocorrência do dano e a primeira notificação dos responsáveis pela autoridade administrativa competente’.

A razão de ser da mencionada norma é o reconhecimento, por parte do TCU, de que o excessivo lapso de tempo entre a ocorrência do fato supostamente ensejador de dano e a sua cobrança implica na imposição de dificuldade extrema – para não dizer impossibilidade – de apresentação de defesa por parte do indivíduo cobrado.

Veja-se que é esse o caso ora apresentado: conforme documentos acostados nos documentos referentes à peça 3, constata-se que o termo final para o retorno do ex-bolsista ao Brasil era 01 de setembro de 2004, mas, apenas e tão somente em 08/11/2016 o Impetrante recebeu a notificação 041/2016, na qual o CNPq lhe informou acerca da existência de dano e de débito apurado, sendo intimado sobre a existência do processo de tomada de contas especial.

[...]

Verificamos que, em casos como o presente, é praticamente impossível exercer os direitos fundamentais ao contraditório efetivo e à ampla defesa, já que o cerne da questão trata de fatos ocorridos há mais de 16 anos. Apenas a título de exemplificação, destacamos a dificuldade extrema que o Autor terá em contactar as pessoas que podem comprovar sua busca incessante de emprego e a impossibilidade total de obter certidões e documentos que comprovem sua participação nos programas estatais de reabsorção de mão de obra qualificada” (págs. 6-7 da inicial).

Aponta, ainda, a ocorrência da prescrição, ante o transcurso do

tempo e a inércia do Poder Público. Para tanto, sustenta que

“[...] o prazo aplicável na espécie é o mesmo relativo à prescrição em casos inversos, ou seja, aquele que determina a prescrição de ações do administrado contra o poder público. Sendo assim e, sobretudo, tendo em vista que a boa-fé do Impetrante está comprovada nos autos do processo TC 033.462/2019-4, o poder do Estado de exigibilidade da devolução dos valores pagos a título de bolsa se extingue se não exercido no prazo de 05 (cinco) anos, tal qual determina o Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932.

[...]

Vejamos que, no caso concreto, a inércia do Estado ultrapassou em muito esse prazo. Desde a data prevista para o retorno e permanência do bolsista ao Brasil - setembro de 2004 – até o momento de efetiva instauração da tomada de contas especial que iniciou o processo de cobrança administrativa do ressarcimento dos valores recebidos a título de bolsa – novembro de 2016 – passaram-se mais de 12 anos!

Destacamos que a pretensão estatal de devolução dos valores recebidos estaria prescrita mesmo que se considerasse o prazo máximo estabelecido pelo Código Civil, que é de 10 anos.

[...]

Adiantamos, desde já, a necessidade de se discutir a matéria constitucional relativa à prescrição que afeta o presente caso, sobretudo no que diz respeito ao alcance abstrato do art. 37, §5º da Constituição e à aplicabilidade do dispositivo no caso concreto. Vejamos:

Diz o mencionado dispositivo que: ‘A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento’. Entendemos, com apoio na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello⁶, que melhor interpretação para o alcance da norma constitucional é aquela segundo a qual a ressalva prevista na redação do § 5º do art. 37 da Carta Política não tem o condão de

estabelecer uma hipótese geral e irrestrita de imprescritibilidade.

Tanto é assim que em julgamento unânime do Recurso Extraordinário 636.886/AL (Tema nº 899 de Repercussão Geral), foi fixada a tese de que 'é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas'. Em seu voto condutor, o Min. Alexandre de Moraes deixou bem claro que a tese de imprescritibilidade não se aplica de modo irrestrito aos casos de ressarcimento ao erário, mas tão somente quando houver prova inequívoca da prática de ato doloso de improbidade administrativa, obviamente apurada mediante o devido processo legal, observados o contraditório e a ampla defesa [...]

Não se desconhece que as referidas manifestações do STF no Recurso Extraordinário 636.886/AL têm objeto ligeiramente diverso do aqui discutido, eis que tratam da controvérsia da existência de prescrição após a decisão da Corte de Contas. Contudo, não se pode negar que os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão também podem ser utilizados para os casos em que há o transcurso de longo prazo no momento anterior ao julgamento pelo TCU.

Justamente por isso é que há precedente no Mandado de Segurança 35.294/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, no qual se concedeu liminar em caso similar ao qual se analisa nestes autos. Na oportunidade, o Ministro afirmou que 'decorridos treze anos entre o fato supostamente lesivo e a intimação do particular, o Estado não poderia mais buscar o ressarcimento ou a punição, seja na via administrativa, seja na judicial' (doc. 05). Ressaltamos que esse entendimento teve o acompanhamento do representante do Ministério Público, em parecer que opina pela concessão definitiva da segurança.

No caso concreto não há dúvidas de que:

(1) até a presente data, não foi proposta ação judicial com o objetivo de apurar se houve a prática de ato doloso de improbidade administrativa pelo Impetrante, sendo certo que, passados mais de 16 anos desde a prestação de contas feita pelo

bolsista, a Administração perdeu o direito de fazê-lo, por força do prazo quinquenal estabelecido pelo art. 23, III, da Lei de Improbidade Administrativa;

(2) O relatório técnico elaborado no seio do próprio TCU reconhece a incidência da prescrição punitiva em razão da passagem de mais de 12 anos desde o fato gerador da suposta irregularidade e a instauração da tomada de contas especial pelo CNPq (doc. 04, p. 75 do pdf, parágrafos 19 e 20) [...]” (págs. 8-12 da inicial).

Pleiteia a concessão de medida liminar sob os seguintes argumentos:

“Caso não seja concedida a liminar, o impetrante experimentará prejuízo grave e de difícil reparação consubstanciado na participação em um processo no qual não poderá se defender amplamente e na cobrança ilegal de dívida prescrita. Destacamos, nesse ponto, que o TCU já vem demonstrando que o impetrante será condenado ao pagamento de débito irregular (doc. 06), ainda que tenha comprovado exaustivamente a ilegalidade da cobrança. Ora, como podemos observar, nos docs. 20 e 24 juntados ao presente *writ*, o TCU reitera a possibilidade de cobrança da dívida prescrita sem que o Impetrante sequer tenha sido condenado por aquele Tribunal.

Sendo assim, estando presentes os requisitos exigíveis, requer que V. Exa. se digne a conceder medida liminar *inaudita altera parte* com a finalidade de ordenar a suspensão da Tomada de Contas Especial em questão para que o direito de ampla defesa do impetrante não seja prejudicado e para que a cobrança de dívida prescrita não seja levada a efeito pelo TCU” (pág. 13 da inicial)

Ao final, requer:

“1. A concessão de liminar para suspender o processo de Tomada de Contas Especial TC 033.462/2019-4, indevidamente instaurado pelo Tribunal de Contas da União contra o

Impetrante, haja vista o evidente cerceamento de defesa e a prescrição da dívida, até que o mérito desse mandado de segurança seja definitivamente julgado;

2. Que a decisão sobre o presente pedido de tutela de urgência seja comunicada à autoridade coatora com urgência via oficial de justiça no seu endereço;

3. A procedência do pedido para que a segurança seja concedida, no sentido de reconhecer a violação ao art. 5º, LIV, da Constituição e o cerceamento de defesa, em vista da decorrência de lapso temporal de mais de 12 anos entre a data prevista para o retorno do ex-bolsista ao país após a devida prestação de contas e o início da Tomada de Contas Especial; bem como a violação ao art. 37, §5º da Constituição e a prescrição em relação a todos os débitos imputados ao Impetrante em relação ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq);

4. Em razão do reconhecimento pleiteado no item anterior, pede-se a determinação de arquivamento do processo de Tomada de Contas Especial TC 033.462/2019-4, de modo que o impetrante não sofra cerceamento em sua defesa e nem seja condenado a pagar valores à união em razão da bolsa recebida pelo CNPq.

5. Requer, por fim, como estabelece o artigo 12 da Lei 12.016/09, a oitiva do Ministério Público.

6. Informa que, caso essa Corte entenda necessário para analisar o pleito, o impetrante poderá providenciar a juntada do processo integral de tomada de contas especial e que não o fez em razão da limitação de apenas um arquivo anexo de 10mb para documentos comprobatórios (os arquivos completos ultrapassam o 100MB)” (pág. 14 da inicial).

A União requereu o ingresso no feito (documento eletrônico 13).

Foram juntadas as informações prestadas pelo TCU (documentos eletrônicos 18 a 24).

A Procuradoria-Geral da República opina pela denegação da segurança (documento eletrônico 29).

É o relatório suficiente.

De início, defiro o ingresso da União no feito.

No mais, relembro que a concessão de medida liminar em mandado de segurança pressupõe a coexistência da plausibilidade do direito invocado e do risco de dano irreparável pela demora na concessão da ordem postulada.

Consigno, assim, que o pedido liminar encontra-se suficientemente fundamentado, sobretudo no que diz respeito à indispensável demonstração do atendimento do requisito do perigo na demora. Entendo, pois, que aqui também o caso é de deferimento da medida urgente.

Nas informações prestadas pelo TCU, consignou-se:

“DA AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PARA AFERIR SE OCORREU OU NÃO PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA AO SE APLICAR, POR ANALOGIA, ENTENDIMENTO DO PRÓPRIO STF (MS 32.201)

Embora o impetrante afirme que teria ocorrido prescrição da pretensão punitiva das sanções previstas na Lei 8.443/92, por aplicação do art. 1º da Lei 9.873/1999, tal como entende o STF ao apreciar o MS 32.201, não foi fornecido pelo impetrante e não dispõe esta Consultoria Jurídica dos elementos necessários para analisar essa alegação.

Como o TCU ainda não apreciou a TCE, não pode esta Consultoria Jurídica afirmar qual a data exata de início da contagem do prazo prescricional e quais os possíveis marcos interruptivos desse prazo, como

admitidos pela referida Lei 9.873/1999 e pelo STF no aludido MS 32.201” (pág. 22 do documento eletrônico 19).

Como se pode perceber, tramita no TCU tomada de contas especial aberta contra o impetrante sem ao menos ter sido verificada a ocorrência ou não da prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória.

Rememoro que esta Suprema Corte reconheceu repercussão geral de dois temas relacionados à prescritibilidade da pretensão de ressarcimento à Fazenda Pública: (i) Tema 897 - “prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos por ato de improbidade administrativa”; e (ii) Tema 899 – “prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”.

Na hipótese sob análise, ao menos num exame perfuntório próprio desta fase processual, não está a perseguir-se na via judicial o ressarcimento de valores ao erário, que, inclusive, já foi objeto de exame no julgamento do precitado RE 669.069-RG/MG (Tema 666/RG).

Destaco que, ao analisar o RE 852.475-RG/SP, redator para o acórdão Ministro Edson Fachin (Tema 897/RG), o Plenário do STF deliberou o seguinte:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. 1. A prescrição é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais. 2. Há, no entanto, uma série de exceções explícitas no texto constitucional, como a prática dos crimes de racismo (art. 5º, XLII, CRFB) e da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CRFB). 3. O texto constitucional é expresso (art. 37, § 5º, CRFB) ao prever que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos na

esfera cível ou penal, aqui entendidas em sentido amplo, que gerem prejuízo ao erário e sejam praticados por qualquer agente. 4. A Constituição, no mesmo dispositivo (art. 37, § 5º, CRFB) decota de tal comando para o Legislador as ações cíveis de ressarcimento ao erário, tornando-as, assim, imprescritíveis. 5. **São, portanto, imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.** 6. Parcial provimento do recurso extraordinário para (i) **afastar a prescrição da sanção de ressarcimento** e (ii) determinar que o tribunal recorrido, superada a preliminar de mérito pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento por improbidade administrativa, aprecie o mérito apenas quanto à pretensão de ressarcimento” (grifei).

Naquela assentada, ao acompanhar o voto do relator, Ministro Alexandre de Moraes, consignei:

“É bem verdade que no MS 26.210/DF relatei acórdão em que esta Casa interpretou a ressalva constante do § 5º do art. 37 da Constituição como uma exceção à regra geral da incidência da prescrição nas ações de ressarcimento.

Contudo, já no RE 669.069/MG expressei uma hesitação com relação àquele entendimento outrora adotado, ocasião em que ressaltei que a Carta Magna estabelece claramente quais são as hipóteses de imprescritibilidade, sendo duvidoso o alcance da parte final do § 5º do art. 37 da Constituição, sobre a qual remanescem perplexidades doutrinárias e jurisprudenciais, ainda não claramente pacificadas.

Naquela ocasião, em que ficou pacificada a tese segundo a qual, na hipótese de prática de ilícitos civis, há necessariamente a incidência de prescrição, reservei-me ao direito de reapreciar o tema oportunamente, dada a sua complexidade e importância.

O caso *sub judice* permite que aprofundemos o imprescindível debate sobre a prescritibilidade da pretensão de

ressarcimento ao erário, em face de agentes públicos, em decorrência de suposto ato de improbidade administrativa.

Tenho para mim que o eminente Ministro Alexandre de Moraes deu a solução adequada à espécie. Em primeiro lugar, Sua Excelência ressaltou que, quando a Constituição quis estabelecer a imprescritibilidade, fê-lo de forma extrema de dúvidas, como nos casos da prática de crime de racismo e de ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (vide art. 5º, XLII e XLIV, da Carta Magna).

Em segundo lugar, retomou importante contribuição do Ministro Roberto Barroso no RE 669.069/MG, em que angariou relevantes elementos históricos que permitem concluir que, **embora a imprescritibilidade tenha sido cogitada no que tange às ações de ressarcimento do erário, ela foi, ao final, rechaçada, numa inequívoca e consistente opção pela prescritibilidade.** E justificou a manutenção da ressalva no art. 37, § 5º, da Constituição: garantir a recepção e a aplicação das normas infraconstitucionais vigentes até que viesse a ser promulgada a lei prevista no art. 37, § 4º, da Lei Maior.

Por fim, ressaltou que, mais do que contrapor os princípios da supremacia do interesse público ao da segurança jurídica, **a imprescritibilidade suprime o direito ao devido processo legal e, especialmente, ao da ampla defesa,** uma vez que a eventual prevalência do 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 dos cidadãos.

Assim, **não é só uma questão de segurança jurídica ou de garantia de direitos ou interesses particulares. É também o da Justiça,** abrigando dilemas inerentes ao interesse público primário.

Esta tese foi inicialmente defendida por Emerson Gabardo, como aliás destacou a Ministra Cármen Lúcia no RE 669.069/MG. Para o Professor Titular de Direito Administrativo

da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, em primeiro lugar,

‘Quanto ao caso específico, é importante rememorar que o tempo é um condicionante fundamental da realidade dos homens e várias de suas relações têm início ou se encerram em razão de seu decurso. Embora se tenha conferido, historicamente, muito valor ao fator espaço, notadamente em decorrência da firmação dos Estados Nacionais e de sua monopolização da produção legislativa, o Direito não existe sem o tempo. Todo o ordenamento constitucional está implicado pela sustentação dos fatos passados e seus efeitos, pela estabilidade do presente e pela garantia de um futuro previsível. Esta estruturação, essencialmente jurídica, está intimamente ligada a outro direito fundamental presente na Constituição Federal de 1998: a ampla defesa.

[...]

As normas constitucionais não devem ser entendidas topograficamente ou literalmente. Elas dependem do sistema como um todo e do relacionamento interno e externo entre os princípios e direitos fundamentais incidentes. No caso, embora seja um interesse público relevante o ressarcimento, há um valor maior que deve ser considerado: 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. Se a passagem do tempo muitas vezes torna impossível ao cidadão provar seus direitos perante o Poder Público, quanto mais se defender de acusações (considerando, inclusive, o atualmente tão desvalorizado, mas importantíssimo, princípio da presunção de inocência).’
(GABARDO, Emerson, **‘A mudança de entendimento do STF sobre a imprescritibilidade das ações de**

ressarcimento ao erário’, disponível em
<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/emerson-gabardo/a-mudanca-de-entendimento-do-stf-sobre-a-imprescritibilidade-das-acoes-de-ressarcimento-ao-erario>.
Acesso: 21 de jun. 2018)

Apenas para finalizar essa breve exposição, destaco a manifestação do eminente Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Celso Antônio Bandeira de Mello, ao explicar sua mudança de posição a respeito do tema, quando abandonou a defesa da tese da imprescritibilidade:

‘Já não mais aderimos a tal desabrida intelecção. Convencemo-nos de sua erronia ao ouvir a exposição feita no Congresso Mineiro de Direito Administrativo, em maio de 2009, pelo jovem e brilhante professor Emerson Gabardo, o qual aportou um argumento, ao nosso ver irrespondível, em desfavor da imprescritibilidade, a saber: o de que com ela restaria consagrada a minimização ou eliminação prática do direito de defesa daquele a quem se houvesse increpado dano ao erário, pois ninguém guarda documentação que lhe seria necessária além de um prazo razoável, de regra não demasiadamente longo. De fato, o Poder Público pode manter em seus arquivos, por período de tempo longuíssimo, elementos prestantes para brandir suas increpações contra terceiros, mas o mesmo não sucede com estes, que terminariam inermes perante arguições desfavoráveis que se lhes fizessem.

Não é crível que a Constituição possa abonar resultados tão radicalmente adversos aos princípios que adota no que concerne ao direito de defesa. Dessarte, se a isto se agrega que quando quis estabelecer a imprescritibilidade a Constituição o fez expressamente como no art. 5º, incs. LII e LXIV (crimes de racismo e ação armada contra a ordem constitucional) – e sempre em matéria penal que, bem por isto, não se eterniza, pois não ultrapassa uma vida –, ainda mais se robustece a tese adversa à imprescritibilidade. Eis, pois, que reformamos

nosso anterior entendimento na matéria.’

Isto posto, acompanho o Relator, votando pelo desprovimento do recurso e pela adoção da tese por ele proposta, assim enunciada:

‘A pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos e terceiros pela prática de ato de improbidade administrativa devidamente tipificado pela Lei 8.429/1992 prescreve juntamente com as demais sanções do artigo 12, nos termos do artigo 23, ambos da referida lei, salvo quando a conduta for tipificada como crime, quando então os prazos prescricionais serão os estabelecidos na lei penal’” (grifei).

Ademais, ao menos neste juízo inicial, trata-se de controle externo exercido pelo TCU com vistas ao ressarcimento de valores, de modo que a hipótese dos autos aproxima-se mais do Tema 899 de Repercussão Geral (RE 636.886-RG/AL, Rel. Min. Alexandre de Moraes), o qual já foi objeto de deliberação pelo Supremo Tribunal Federal, em acórdão assim ementado:

“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 ‘‘‘.

Nessa linha de raciocínio, assim como tenho decidido em hipóteses semelhantes, afigura-se recomendável, ainda que por cautela, seja melhor apurado o decurso de eventual prazo prescricional, inclusive quanto aos seus marcos iniciais, suspensivos e interruptivos. A plausibilidade do direito invocado, neste momento, impõe a concessão da liminar, até que ocorra o exame vertical dos prazos operados e das causas interruptivas da

MS 37581 MC / DF

prescrição, especialmente após nova oitiva da autoridade tida como coatora.

Em face do exposto, defiro o pedido de liminar para que seja suspensa a Tomada de Contas Especial 033.462/2019-4, até o julgamento do mérito do presente *writ*.

Comunique-se, com urgência.

Notifique-se a autoridade apontada como coatora, para que preste informações no prazo de 10 (dez) dias.

Após, encaminhem-se os autos para a Procuradoria-Geral da República.

Publique-se.

Brasília, 20 de abril de 2021.

Ministro Ricardo Lewandowski
Relator