



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO

COORDENAÇÃO-GERAL DE GESTÃO PÚBLICA DO DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE
ÓRGÃOS JURÍDICOS

PARECER n. 00046/2023/CGGP/DECOR/CGU/AGU

NUP: 00688.009503/2023-63

**INTERESSADA: CONSULTORIA JURÍDICA DA UNIÃO ESPECIALIZADA VIRTUAL DE SERVIÇOS COM
DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA (E-CJU/SCOM)**

ASSUNTO: Divergência entre a Consultoria Jurídica da União Especializada Virtual de Serviços com Dedicação Exclusiva de Mão de Obra (E-CJU/SCOM) e a Consultoria Jurídica junto à Controladoria-Geral da União (CONJUR/CGU) acerca da utilização da Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999, para regular a prescrição da pretensão punitiva em contratos administrativos celebrados sob a regência da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

EMENTA:

**DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS.
ILÍCITOS CONTRATUAIS. RESPONSABILIAÇÃO. PRESCRIÇÃO.**

I - Divergência entre a Consultoria Jurídica da União Especializada Virtual de Serviços com Dedicação Exclusiva de Mão de Obra (E-CJU/SCOM) e a Consultoria Jurídica junto à Controladoria-Geral da União (CONJUR/CGU) acerca da utilização da Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999, para regular a prescrição da pretensão punitiva em contratos administrativos celebrados sob a regência da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

II – A prescrição da pretensão punitiva do Estado, relativa às sanções administrativas previstas na Lei nº 8.666/1993, deve observar as regras traçadas pela Lei nº 9.873/1999, inclusive no pertinente à prescrição intercorrente.

III – Pela similitude, o mesmo entendimento deve ser estendido às sanções administrativas previstas na Lei nº 10.520/2002 (pregão) e na Lei nº 12.462/2011 (RDC – regime diferenciado de contratações públicas).

Cod. Ement.: 9.7

Senhor Coordenador-Geral,

**I-
DO RELATÓRIO**

1. Por intermédio do DESPACHO n. 00048/2023/COORD/E-CJU/SCOM/CGU/AGU, de 26 de setembro de 2023 (sequencial 01 do Sapiens), o Exmo. Sr. Coordenador Substituto da Consultoria Jurídica da União Especializada Virtual de Serviços com Dedicação Exclusiva de Mão de Obra (E-CJU/SCOM) apontou divergência em face de entendimento adotado pela Consultoria Jurídica junto à Controladoria-Geral da União (CONJUR/CGU) acerca da utilização da Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999, para regular a prescrição da pretensão punitiva em contratos administrativos celebrados sob a regência da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

2. Segundo o I. Coordenador Substituto, no PARECER n. 01023/2022/ADV/E-CJU/SCOM/CGU/AGU (sequencial 02 do Sapiens), entendeu-se pela inaplicabilidade da Lei nº 9.873/99 para regular a prescrição da pretensão punitiva em contratos administrativos celebrados sob a regência da Lei nº 8.666/93, ao passo que no PARECER n. 00294/2017/CONJUR- CGU/CGU/AGU (sequencial 03 do Sapiens), concluiu-se pela sua incidência.

3. Em razão dessa inconformidade, o tema foi apresentado a esta Consultoria-Geral da União (CGU/AGU) para uniformização.

4. Ainda no dia 26 de setembro de 2023, o caso foi submetido a este Departamento de Coordenação e Orientação de Órgão Jurídicos da Subconsultoria-Geral da União de Políticas Públicas da CGU/AGU (DECOR), tendo sido distribuído ao Advogado signatário para análise e manifestação.

5. No dia 09 de outubro de 2023, ocorreu a reunião de apresentação de caso, tendo participado da mesma representantes deste DECOR, que compareceram presencialmente, e da E-CJU/SCOM, da CONJUR/CGU e também da Consultoria Jurídica junto ao Ministério dos Transportes (CONJUR/MT), que participaram de forma virtual, com utilização da plataforma "Microsoft Teams".

6. A memória de reunião, com todos os registros pertinentes, encontra-se lançada no sequencial 06 do Sapiens.

7. Por meio de Despacho s/nº, datado de 27 de outubro de 2023 (sequencial 07 do Sapiens), a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) solicitou prorrogação de prazo para o encaminhamento de suas considerações acerca da matéria, nos termos do art. 9º, parágrafo único, da Portaria Normativa CGU nº 14/2023, pleito esse atendido por este DECOR.

8. Através do PARECER n. 00149/2023/CGLIC/CONJUR-MGI/CGU/AGU, de 31 de outubro de 2023 (sequencial 09 do Sapiens), a Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos (CONJUR/MGI), a título de contribuição, registrou ter exarado o PARECER n. 00042/2023/CGLIC/CONJUR-MGI/CGU/AGU, que concluiu pela aplicação da Lei nº 9.873/1999 para tratar da prescrição da pretensão punitiva em contratos administrativos celebrados sob a regência da Lei nº 8.666/1993.

9. A CONJUR/CGU fez colacionar aos autos a NOTA n. 00058/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU, datada de 13 de novembro de 2023 (sequencial 14 do Sapiens), onde esmiuço o seu entendimento acerca da matéria e reforçou os argumentos apresentados na reunião havida no dia 09 de outubro de 2023.

10. Por intermédio da NOTA n. 120/2023/CGCOM/SCGP/CGU/AGU, de 20 de novembro de 2023 (sequencial 15 do Sapiens), a Coordenação-Geral Jurídica de Serviços com Mão de Obra Exclusiva da Subconsultoria-Geral da União de Gestão Pública (CGCOM/SCGP/CGU/AGU) pontuou que, “sem embargo da tese da e-CJU/SCOM, enunciada no PARECER n. 01023/2022/ADV/E-CJU/SCOM/CGU/AGU, entende-se por endossar a posição da CONJUR/CGU acerca da aplicação da Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999, para disciplinar a prescrição da pretensão punitiva relativamente aos contratos administrativos celebrados sob a regência da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ...”

11. A PGFN fez encaminhar suas considerações no corpo do PARECER SEI Nº 4807/2023/MF, assinado eletronicamente em 28 de novembro de 2023 (sequencial 18 do Sapiens), tendo ali opinando pela impertinência de se considerarem os ditames da Lei nº 9.873/1999 aos casos de responsabilização administrativa para aplicação de sanções previstas nos artigos 86 a 88 da Lei n. 8.666, de 1993, uma vez que essas se inserem em regime jurídico próprio, na seara do poder disciplinar.

12. Pontuou a PGFN que, nos termos do art. 5º da Lei nº 9.873/1999, “o disposto nesta Lei não se aplica às infrações de natureza funcional e aos processos e procedimentos de natureza tributária”.

13. Uma vez apresentados os subsídios por parte da PGFN, retornaram os autos a este Advogado signatário para a continuidade da apreciação do caso.

14. Eis o relatório.

-II- DA ANÁLISE JURÍDICA

15. Como relatado, trata-se de controvérsia jurídica apontada pela E-CJU/SCOM em face do entendimento adotado pela CONJUR/CGU acerca da utilização da Lei nº 9.873/1999 para regular a prescrição da pretensão punitiva referente a sanções administrativas em contratos celebrados sob a regência da Lei nº 8.666/1993.

16. Além dos órgãos envolvidos na demanda, convém ressaltar que prestaram valorosa colaboração para a consecução dos trabalhos a CONJUR/MT, a PGFN, a CONJUR/MGI e a CGCOM/SCGP/CGU/AGU.

17. A problemática se verifica diante do fato de a Lei nº 8.666/1993 não disciplinar, na parte sancionatória administrativa, a prescrição das penalidades a que está sujeito o contratado.

18. A Nova Lei de Licitações e Contratos, a saber, a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, diversamente do que se verifica com a Lei nº 8.666/1993, traz em seu corpo expressa disposição quanto à incidência da prescrição em casos tais, de 05 (cinco) anos, contados da ciência da infração pela Administração (§ 4º do art. 158).

19. Não obstante isso, consta expressamente de seu art. 101 que é vedada a sua aplicação combinada com as Leis nº 8.666/93; nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011, ainda que se tenha autorizado a Administração a optar por licitar ou contratar de acordo com elas até 30 de dezembro de 2023:

Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.

Parágrafo único. Na hipótese do caput deste artigo, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do caput do art. 193 desta Lei, o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência.

(...)

Art. 193. Revogam-se:

(...)

a) a [Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#); [\(Redação dada pela Lei Complementar nº 198, de 2023\)](#)

b) a [Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002](#); e [\(Redação dada pela Lei Complementar nº 198, de 2023\)](#)

c) os arts. 1º a 47-A da [Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011](#). [\(Redação dada pela Lei Complementar nº 198, de 2023\)](#)

20. Diante dessa impossibilidade de aplicação combinada das normas, remanesce uma lacuna a ser preenchida, não só no que se refere à Lei nº 8.666/93, mas também à [Lei nº 10.520/2002](#) (disciplina a licitação na modalidade de pregão) e à Lei nº 12.462/2011 (dispõe sobre o regime diferenciado de contratações públicas), acerca da aplicação da prescrição quanto à parte sancionatória administrativa.

21. Objetivando sanar essa ausência normativa, alguns órgãos da Casa, como a CONJUR/CGU, a CONJUR/MGI, a CONJUR/MT e a CGCOM/SCGP/CGU/AGU defendem a aplicação analógica da Lei nº 9.873/1999 na regulação da prescrição, inclusive no que tange a sua modalidade intercorrente, das sanções previstas na Lei nº 8.666/1993 e demais diplomas congêneres, anteriores à Lei nº 14.133/2021, ainda regentes de muitos contratos.

22. Observou a CONJUR/CGU que o Colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao proferir decisão no RMS 64.709, chancelou o acórdão da qual se recorria, onde se atestara que “*prescreve em 05 (cinco) anos a pretensão punitiva do Estado, relativamente às sanções administrativas previstas no art. 87, da Lei Federal nº. 8.666/1993, tendo como termo inicial a data da prática do ato ou o dia que cessar a infração, perinante ou continuada, nos termos do art. 1º, caput, da Lei Federal nº.9.873/1999*”.

23. Objetivando-se garantir uma melhor compreensão do alcance da decisão citada, transcrevem-se abaixo os trechos de interesse:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 64709 - ES (2020/0254398-7)
DECISÃO

Trata-se de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança interposto contra acórdão assim ementado:

ADMINISTRATIVO — MANDADO DE SEGURANÇA — INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA — LICITAÇÃO - SANÇÃO ADMINISTRATIVA — PRECLUSÃO — PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, PROPORACIONALIDA, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA — AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO — SEGURANÇA DENEGADA.

1. Em sendo desnecessária dilação probatória, revela-se adequada a eleição da via mandamental para proteção de direito líquido e certo. Preliminar rejeitada.

2. Prescreve em 05 (cinco) anos a pretensão punitiva do Estado, relativamente às sanções administrativas previstas no art. 87, da Lei Federal nº. 8.666/1993, tendo como termo inicial a data da prática do ato ou o dia que cessar a infração, perinante ou continuada, nos termos do art. 1º, caput, da Lei Federal nº.9.873/1999.

(...)

4. Inexistindo violação a direito líquido e certo, deve ser denegada a; segurança postulada.

A parte recorrente alega que ocorreu a preclusão para aplicação das sanções. Afirma que a Administração não teria exercido seu poder fiscalizador durante a execução do contrato licitatório, sendo morosa na aplicação de penas durante a vigência do acordo. Defende que o processo administrativo que resultou na imposição das citadas penalidades foi ilegal, por não ter sido previamente informada do cancelamento das ordens de fornecimento relativas ao exercício de 2016, bem como por ter faltado retorno dos autos à PGE/ES para manifestação jurídica e por não ter ocorrido acompanhamento e fiscalização efetiva do contrato quanto ao prazo de trinta dias para entrega dos equipamentos. Assevera que não há razoabilidade nem proporcionalidade nas sanções impostas. Sustenta haver afronta ao princípio da ampla defesa.

O Ministério Público emitiu parecer assim ementado:

ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - LICITAÇÃO - SANÇÃO ADMINISTRATIVA - PRECLUSÃO - PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, PROPORACIONALIDADE, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO - SEGURANÇA DENEGADA.

(...)

2. Prescreve em 05 (cinco) anos a pretensão punitiva do Estado, relativamente às sanções administrativas previstas no art. 87, da Lei Federal nº. 8.666/1993, tendo como termo inicial a data da prática do ato ou o dia que cessar a infração permanente ou continuada, nos termos do art. 1º, caput, da Lei Federal nº. 9.873/1999.

(...)

É o relatório.

Decido.

(...)

Em síntese, a impetrante alega que houve afronta aos princípios da legalidade e da proporcionalidade, bem como que ocorreu a preclusão para aplicação das citadas sanções. Pleiteou a concessão de segurança para afastar a imposição das aludidas penalidades ou, subsidiariamente, para que lhe seja aplicada a sanção de advertência.

A irresignação não prospera, devendo o acórdão recorrido ser mantido por seus próprios fundamentos.

Ao decidir a controvérsia, o tribunal a quo consignou (fls. 430-433):

A Requerente suscita, inicialmente, preclusão da pretensão sancionatória estatal, uma vez que o início do processo administrativo (nº. 74686372) ocorreu na data de 20.02.2018, ou seja, após a conclusão do procedimento relativo à Ata de Registros de Preços nº. 021/2016, fato ocorrido na data de 16.09.2017.

Todavia, a prescrição da pretensão punitiva do Estado não ocorre — como se sabe - na data do término da validade da licitação (pregão) ou do contrato administrativo.

(...)

No caso, as ordens de serviço descumpridas foram expedidas nos anos de 2016 e 2017, com prazo de entrega de trinta dias (fls. 175v), enquanto que o processo administrativo em que aplicadas as sanções em desfavor da Requerente teve início em 20.02.2018 - portanto, antes do prazo prescricional de 05 (cinco) anos, conforme ressaltado pela própria Requerente (fls. 07).

Sendo assim, não merece prosperar a alegação de preclusão da pretensão punitiva.

De fato, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é de que o termo inicial de prescrição é da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado. A propósito:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL. TERMO INICIAL.

(...)

2. Segundo dispõe o art. 1º da Lei n. 9.873/1999, "prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado."

3. O termo inicial do prazo prescricional da ação punitiva estatal que impôs **proibição de licitar e contratar com a Administração** "coincide com o momento da ocorrência da lesão ao direito, em consagração do princípio universal da actio nata" (MS 15.036/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/11/2010, DJe 22/11/2010).

4. Hipótese em que a Corte Regional afastou o prazo quinquenal da Lei n. 9.873/1999 e aplicou o decenal da lei civil para a prescrição.

5. Manutenção da decisão que determinou o retorno dos autos à origem para reapreciação da prescrição, considerando-se o teor do art. 1º da Lei n. 9.873/1999 quanto ao prazo (quinquenal) e ao termo inicial de seu cômputo (data do fato).

6. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AgInt no AREsp 932.019/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 28/11/2018)

Ademais, ainda que se entenda que a Lei 9.873/99 tem sua aplicação restrita à Administração Pública Federal, não merece qualquer reparo o arresto recorrido. Não tendo a recorrente comprovado a existência de prazo diverso na legislação estadual, deve-se aplicar o art. 1º do Decreto 20.910/1932, que estabelece que todo e qualquer direito ou ação contra a fazenda estadual prescreve em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originaram.

(...)

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 18 de dezembro de 2020.

MINISTRO HERMAN BENJAMIN

Relator

(Destaque nosso)

24. Registrhou a CONJUR/CGU, também, que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) fez expedir a Instrução Normativa nº 67, de 10 de julho de 2020, onde se aplicam expressamente as disposições traçadas na Lei nº 9.873/1999, referentes à prescrição, aos procedimentos de apuração e aplicação de penalidades decorrentes de descumprimento total ou parcial das regras estabelecidas em edital de licitação e em contrato por ele conduzidas.

25. Eis, abaixo, os artigos de interesse da referida Instrução Normativa nº 67/2020:

Instrução Normativa nº 67 de 10/07/2020

Dispõe sobre o procedimento de apuração e aplicação de penalidades às empresas participantes de licitação e às contratadas pelo Conselho Nacional de Justiça.

Art. 1º O procedimento de apuração e aplicação de penalidades decorrentes de descumprimento total ou parcial das regras estabelecidas em edital de licitação e em contrato fica regulamentado por esta Instrução Normativa.

(...)

Art. 4º A prescrição de ação punitiva do CNJ é de cinco anos, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado, nos termos do art. 1º da Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999.

§ 1º O prazo prescricional se interrompe com o despacho da autoridade competente, que autoriza a abertura do processo administrativo de apuração de responsabilidade, configurando ato inequívoco que importa em apuração dos fatos, e que põe fim à inércia da Administração.

§ 2º O prazo da prescrição intercorrente, disposto no § 1º do art. 1º da Lei nº 9.873/1999, se interrompe com despacho ou julgamento do processo administrativo, que afasta a inércia da Administração, importando em ato inequívoco de apuração do fato.

(Destaque nosso)

26. De igual modo, o Tribunal de Contas da União (TCU) adota as regras traçadas na Lei nº 9.873/1999 para regulamentar, em seu âmbito de atuação, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de resarcimento. Senão, vejamos:

RESOLUÇÃO - TCU Nº 344, DE 11 DE OUTUBRO DE 2022.

Regulamenta, no âmbito do Tribunal de Contas da União, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e de resarcimento.

O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, no uso de suas atribuições legais e regimentais,

(...)

Considerando as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em especial no Recurso Extraordinário nº 636.886 (tema 899 da Repercussão Geral) e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5509;

(...)

CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º A prescrição nos processos de controle externo, em curso no Tribunal de Contas da União, exceto os de apreciação, para fins de registro, da legalidade dos atos de admissão de pessoal ou de concessão de aposentadorias, reformas e pensões, observará o disposto na Lei 9.873, de 23 de novembro de 1999, na forma aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, em especial a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5509, e regulamentada por esta resolução.

CAPÍTULO II DA PRESCRIÇÃO

Seção I Do Prazo de Prescrição

Art. 2º Prescrevem em cinco anos as pretensões punitiva e de resarcimento, contados dos termos iniciais indicados no artigo 4º, conforme cada caso.

Art. 3º Quando houver recebimento de denúncia na esfera criminal sobre os mesmos fatos, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal. Parágrafo único. Alterado o enquadramento típico na ação penal, reavaliar-se-á o prazo de prescrição definido anteriormente.

Seção II
Do Termo Inicial

Art. 4º O prazo de prescrição será contado:

(...)

Seção V

Da Prescrição Intercorrente

Art. 8º Incide a prescrição intercorrente se o processo ficar paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, sem prejuízo da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.

§ 1º **A prescrição intercorrente** interrompe-se por qualquer ato que evidencie o andamento regular do processo, excetuando-se pedido e concessão de vista dos autos, emissão de certidões, prestação de informações, juntada de procurações ou subestabelecimento e outros atos que não interfiram de modo relevante no curso das apurações.

§ 2º **As causas impeditivas, suspensivas e interruptivas da prescrição principal também impedem, suspendem ou interrompem a prescrição intercorrente.**

(Destaque nosso)

27. Pode-se atestar, do preâmbulo da norma, que a expedição da Resolução TCU nº 344/2022, dentre outras razões, também levou em consideração a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da matéria, em especial as decisões proferidas no Recurso Extraordinário nº 636.886 (tema 899 da Repercussão Geral) e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5509.

28. Em se falando na jurisprudência do STF, convém enfatizar que se definiu no item “2.” da ementa do acórdão relativo ao MS 37801 AgR, de relatoria do E. Ministro Roberto Barroso, que “*a prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada integralmente pela Lei nº 9.873/1999, que fixa o prazo de 5 (cinco) anos a contar da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado. Estabelece também o prazo trienal para a prescrição intercorrente*”.

29. Eis a ementa lançada no acórdão referente ao MS 37801 AgR:

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PELO TCU. INOCORRÊNCIA DE PREScriÇÃO INTERCORRENTE. ATOS QUE DESCARACTERIZAM A INÉRCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

1. Agravo interno em mandado de segurança impetrado por estaleiro declarado inidôneo para licitar por 5 (cinco) anos em virtude da prática de fraude a licitações. Alegação de prescrição intercorrente da pretensão punitiva e de inaplicabilidade da Lei nº 8.443/1992.

2. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada integralmente pela Lei nº 9.873/1999, que fixa o prazo de 5 (cinco) anos a contar da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado. Estabelece também o prazo trienal para a prescrição intercorrente.

3. No presente caso, não ocorreu a alegada prescrição intercorrente, uma vez que a Corte de Contas adotou providências para dar andamento à tomada de contas especial. Ademais, a ausência da íntegra do procedimento impede o reconhecimento da alegada prescrição no âmbito deste writ.

4. Agravo a que se nega provimento.

(MS 37801 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 22-08-2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-171 DIVULG 26-08-2022 PUBLIC 29-08-2022)

(Destaque nosso)

30. Em seu voto, o Ministro Barroso pontuou que esse entendimento já havia sido acolhido pela Primeira Turma da Corte em precedente no qual havia figurado como redator, a saber, o MS 36.780. Eis, abaixo, a ementa do acórdão a ele pertinente:

EMENTA: Direito Administrativo. Mandado de Segurança. Decadência. Prescrição da pretensão de resarcimento ao erário fundada em decisão do Tribunal de Contas da União (TCU). Inocorrência.

1. Mandado de segurança impetrado por associação benficiante de direito privado condenada a ressarcir danos

causados à União por irregularidades no uso de verbas federais.

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

3. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada integralmente pela Lei nº 9.873/1999, que fixa o prazo de 5 (cinco) anos a contar da data da prática do ato. Embora se trate, aqui, de pretensão de resarcimento ao erário, e não de imposição de sanções, entendo que a referida lei representa a regulamentação mais adequada a ser aplicada por analogia. No caso concreto, ocorreram diversos fatos interruptivos do lapso prescricional, que impedem o seu reconhecimento.

4. O reconhecimento da ocorrência de prescrição pressupõe a identificação de período de inércia, imputável ao órgão processante, que seja superior ao prazo prescricional assinado em lei. No caso presente, o relatório final da tomada de contas no Ministério do Trabalho e Emprego foi proferido em 10.04.2013, menos de 5 (cinco) anos depois da apresentação de defesa administrativa, o que ocorreu em 16.05.2008. Desse modo, não constato a ocorrência de prescrição.

5. Também não observo a ocorrência de prescrição intercorrente, na forma do art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.873/1999, em razão da ausência nos autos de cópia integral do processo de tomada de contas especial. Pelos documentos juntados pela impetrante, não é possível afirmar que, entre 2008 e 2013, o processo administrativo tenha permanecido paralisado, sem nenhum despacho por mais de 3 (três) anos.

6. Segurança denegada, prejudicado o Agravo Interno.

(MS 36780, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 19-10-2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-036 DIVULG 22-02-2022 PUBLIC 23-02-2022)

(Destaque nosso)

31. Despertam especial interesse as afirmações constantes dos itens “3.” e “5.” da ementa citada.

32. No item “3.”, pontuou o Ministro Barroso que, “**embora se trate, aqui, de pretensão de resarcimento ao erário, e não de imposição de sanções, entendo que a referida lei representa a regulamentação mais adequada a ser aplicada por analogia**”.

33. Da assertiva constante do item “5.” da ementa, por sua vez, denota-se que o STF chancela a possibilidade de ocorrência da prescrição intercorrente da pretensão punitiva do TCU que, nunca é demais repetir, como visto antes, não se trata de imposição de sanção, mas de pretensão de resarcimento ao erário.

34. Na Segunda Turma do STF, a jurisprudência vai no mesmo sentido:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO PUNITIVA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. PREScriÇÃO. OBSERVÂNCIA DA LEI 9.873/1999. SUBSISTÊNCIA DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I - As razões do agravo regimental são inaptas para desconstituir os fundamentos da decisão agravada, que, por isso, se mantêm hígidos.

II - Excetuados os resarcimentos de valores perseguidos na esfera judicial decorrentes da ilegalidade de despesa ou da irregularidade de contas, a aplicabilidade de sanções administrativas pelo TCU sofrem os efeitos fulminantes da passagem de tempo, de acordo com os prazos previstos em lei.

III - Agravo regimental a que se nega provimento.

(MS 35512 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 04-06-2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-135 DIVULG 19-06-2019 PUBLIC 21-06-2019)

(Destaque nosso)

35. A E-CJU/SCOM apontou que a Lei nº 9.873/1999, por estabelecer o prazo prescricional relativo ao exercício do poder de polícia, não se mostra como o diploma mais adequado a regular a prescrição da pretensão punitiva da Administração em contratos administrativos celebrados sob a regência da Lei nº 8.666/1993, fundada que é em prerrogativa administrativa exorbitante do direito comum, de natureza contratual.

36. Em face disso, opinou a E-CJU/SCOM que em casos tais, deve ser considerado o art. 205 do Código Civil, segundo o qual “*a prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor*”.

37. Em que pese louvável a ponderação, entendemos que as normas de direito privado somente se aplicam à esfera do direito público de forma supletiva, apenas se já não houver normatização própria a reger a matéria.

38. Acerca desse caráter supletivo das normas de direito privado na esfera pública, eis algumas esclarecedoras lições de renomados juristas pátrios:

Os princípios específicos do Direito Civil são trasladados para o Direito Administrativo por via analógica, ou seja, por força de compreensão, e não por extensão. A distinção que fazemos é fundamental, e não pode ser confundida sem graves danos à interpretação, pois a utilização das regras do Direito Privado só cabe supletivamente - como, aliás, prevê o art. 54 da Lei 8.666/93 para os contratos administrativos.

(MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 42ª edição. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 54)

O direito privado conserva o caráter de supletivo do direito público.

(CRETELLA JÚNIOR, Tratado de Direito Administrativo", vol. I, pág. 207)

Somos dos que consideram os princípios gerais do direito privado de aplicação secundária nas relações estritamente de direito público, visto como este se acha sujeito a princípios peculiares inerentes à própria definição do Estado.

(CAVALCANTE, Themístocles Brandão. Tratado de Direito Administrativo, vol. I, pág. 97)

o objetivo do Direito Público é o bem comum a ser alcançado pelo Estado, valendo-se para tanto de processos técnicos apropriados, de manifestação de vontade autoritária, de dar a cada um o que lhe é particularmente devido, mas o que lhe é devido como participante do todo social. Já o objeto do Direito Privado é o bem de cada um, a ser alcançado pelos indivíduos como partes do todo social, utilizando-se de processos técnicos para isso adequados, de livre acordo de vontades, ou ao menos de livre aquiescência de vontades, dentro dos limites impostos pelo Estado, que, assim, de modo mediata trabalha, ainda, para o bem comum.

(MELO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios Gerais de Direito Administrativo. 2ª edição, vol. I, pág. 18)

39. Em relação ao tema presente, há diplomas de direito público que podem ser utilizados de forma mais adequada à atividade de integração da norma, por analogia, não havendo necessidade de se buscar no direito privado uma solução para o preenchimento da lacuna legislativa.

40. Desse modo, entendemos que não convém se buscar no Código Civil uma solução para a efetivação da integração da norma jurídica.

41. A PGFN, por sua vez, trouxe suas considerações acerca do caso no corpo do PARECER SEI N° 4807/2023/MF, onde, tal qual a E-CJU/SCOM, manifestou-se no sentido de que a Lei n° 9.873/1999 não constitui o diploma adequado a se utilizar com o intuito de se regular a prescrição da pretensão punitiva relacionada às sanções constantes dos arts. 86 a 88 da Lei 8.666/1993.

42. Isso porque a relação que vincula a Administração às pessoas licitantes ou contratadas é de cunho disciplinar, sendo o art. 5º da Lei n° 9.873/1999 expresso ao estabelecer que a Lei “[...] não se aplica às infrações de natureza funcional e aos processos e procedimentos de natureza tributária”.

43. Externou a PGFN em seu opinativo que a menção às infrações de natureza funcional remete à organização interna da Administração Pública, que, para atender o interesse público, estabelece relações de colaboração com agentes públicos e privados.

44. Segundo aquela Procuradoria Fazendária, a responsabilização administrativa para aplicação de sanções previstas nos artigos 86 a 88 da Lei n° 8.666/1993, insere-se em regime jurídico próprio, na seara do poder disciplinar, integrado também por disposições editalícias e contratuais, haja vista a existência de relação especial de sujeição da pessoa licitante ou contratada para com a Administração Pública, fato esse que obsta a consideração do art. 1º, § 1º da Lei n° 9.873/1999.

45. Assim, a analogia com base na Lei n° 9.873/1999, deve ocorrer excepcionalmente, para preencher omissão legislativa, mas não para sobrepor ou prejudicar a aplicação de regimes jurídicos específicos, nem sequer para produzir regimes jurídicos híbridos em matéria de responsabilização por ato ilícito.

46. Referindo-se à tradição do direito brasileiro, insculpida em diversas normas, a PGFN reiterou o entendimento acolhido no Parecer Referencial PGFN/PGACD/CGLA n. 01/2022, no trecho em que apontou a incidência do prazo de prescrição de 05 (cinco) anos para imposição de sanções por violação a preceitos licitatórios ou contratuais.

47. Quanto à incidência da prescrição intercorrente em razão da paralisação do andamento processual por 03 (três) anos ou mais, a PGFN manifestou-se de forma contrária, argumentando, para tanto, que a Lei n° 14.133/2021, reconhecida como a Nova Lei de Licitações e Contratos, não previu essa hipótese de prescrição. Dessa forma, seria incoerente admiti-la em relação aos procedimentos relativos à Lei n° 8.666/1993.

48.

Vejamos as conclusões a que chegou a PGFN em seu PARECER SEI Nº 4807/2023/MF:

- a) a aplicação da Lei n. 9.873, de 1999, com fundamento em analogia, somente tem sido admitida para colmatar lacuna em matéria de prescrição de pretensão da Administração Pública, mas não alcança âmbitos com regulamentação própria;
- b) os artigos 1º e 5º da Lei n. 9.873, de 1999, funcionam como vetores interpretativos para a definição do âmbito de aplicação da norma, que inclui expressamente o exercício do poder de polícia, mas exclui expressamente a seara administrativa disciplinar;
- c) a responsabilização administrativa para aplicação de sanções previstas nos artigos 86 a 88 da Lei n. 8.666, de 1993, insere-se em regime jurídico próprio, na seara do poder disciplinar, integrado também por disposições editalícias e contratuais, haja vista a existência de relação especial de sujeição da pessoa licitante ou contratada para com a Administração Pública;
- d) a responsabilização administrativa para aplicação de sanções pela prática de ato lesivo, previstas no artigo 6º da Lei n. 12.846, de 2013, insere-se em regime jurídico próprio, estabelecido e moldado em lei e atos infralegais, como reflexo do poder sancionador do Estado;
- e) não incide o prazo de prescrição da lei penal, com fundamento no artigo 1º, § 2º, da Lei n. 9.873, de 1999, no processo administrativo sancionador fundado nos artigos 86 a 88 da Lei n. 8.666, de 1993;
- f) não incide prescrição intercorrente em razão de paralisação do andamento processual por 3 (três) anos, com fundamento no artigo 1º, § 1º, da Lei n. 9.873, de 1999, no processo administrativo para aplicação de sanções previstas nos artigos 86 a 88 da Lei n. 8.666, de 1993; e
- g) não incide o prazo de prescrição da lei penal, com fundamento no artigo 1º, § 2º, da Lei n. 9.873, de 1999, no processo administrativo de responsabilização, para aplicação de sanções decorrentes de ato lesivo à Administração Pública, previstas no artigo 6º da Lei n. 12.846, de 2013.

49. Em que pesem esses valorosos entendimentos trazidos pela PGFN, somos da compreensão de que as infrações de natureza funcional são aquelas havidas entre o servidor e a Administração, não abrangendo os casos referentes a sua relação com licitantes e contratados, que são de natureza contratual.

50. Sobre essa distinção, eis o artigo “Infrações e Sanções Administrativas”, de lavra do Professor Daniel Ferreira, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo:

As infrações e sanções administrativas são assunto do cotidiano de qualquer pessoa, física ou jurídica. Isto é, todos, indistintamente, sujeitam-se à eventual incursão em uma infração administrativa, o que, por decorrência (lógico-jurídica), abre espaço para o exercício ordinário do dever-poder administrativo sancionador. Ou seja, a compreensão do tema importa – e muito – tanto para quem precisa se defender como para aqueles incumbidos da obrigação de apurar a falta e impor a sanção correspondente, “por questões de necessária segurança jurídica e mesmo de justiça”.¹

Nesse sentido, o “panorama geral” aqui exposto aproveita para o exame inaugural das mais variadas relações mantidas entre a pessoa infratora e a Administração Pública – como as de natureza ambiental, consumerista, contratual (licitantes e contratados), funcional (servidores públicos), profissional (envolvendo entidades de classe, como o CRM, e.g.), regulatória, tributária e de trânsito, dentre tantas outras –, sem prejuízo das adaptações porventura necessárias em relação a cada ramo didaticamente autônomo do Direito, ou, ainda, a cada lei que veicule normas dessa ordem, nos planos federal, estadual ou municipal.

(FERREIRA, Daniel. Infrações e sanções administrativas. Encyclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://encyclopediacjuridica.pucsp.br/verbete/107/edicao-1/infracoes-e-sancoes-administrativas>)

(Destaque nosso)

51. Assim, entendemos que a previsão constante do art. 5º da Lei nº 9.873/1999, que veda a sua aplicação às “infrações de natureza funcional”, não devia abranger as infrações contratuais.

52. Consideramos relevante, ainda, trazer à baila a Exposição de Motivos nº 400/MF, de 30 de junho de 1998, que acompanhou a primeira edição da medida provisória que posteriormente veio a ser convertida na Lei nº 9.873/1999:

Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

A presente proposta contém sugestão da edição de Medida Provisória disciplinando a chamada prescrição administrativa no âmbito do Poder Público Federal.

2 . . . A previsão de prescrição no âmbito administrativo tem por objetivo dar fim nos embaraços a que são submetidos os administrados quando, em ausência de norma legal que preveja a extinção do direito de punir do Estado, são indiciados em inquéritos e processos administrativos iniciados

muitos anos após a prática de atos reputados ilícitos.

3 . Neste sentido, com as regras que ora são apresentadas a Vossa Excelência, será possível promover a estabilidade das relações jurídicas, na medida em que passam a ser previstos prazos prescricionais que irão delimitar a atuação do Estado na apuração e repressão de ilícitos administrativos.

4. A presente proposta se coaduna com o texto constitucional de 1988, que traz como regra a prescritibilidade, consignando as exceções. Assim é que a Constituição prevê em seu art. 5º, inc. XLVII, “a”, que não haverá penas de caráter perpétuo; também prevê, nos incisos XLII e XLIV do citado artigo, que são imprescritíveis os crimes consistentes na prática do racismo e na ação de grupos armados civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Se somente esses crimes são imprescritíveis, há que se admitir a prescrição para o ilícito administrativo. Não admitir a prescrição, no caso, é tornar a Administração senhora da tranquilidade do administrado, pois ficará no arbítrio dela dispor a respeito de quando irá puni-lo. Isto implica tornar perpétua a ação de punir, causando, assim, notória instabilidade.

5. Outro forte argumento em prol da prescritibilidade da punição administrativa está no fato de o Estado admitir a extinção da punibilidade no Direito Penal, estabelecendo como tempo máximo prescricional o prazo de vinte anos.

6. Deve-se ressaltar que a Advocacia-Geral da União, pelo Parecer GQ-10, de 6.10.93, aprovando Parecer AGU/LS-04/93, apoiado na jurisprudência e na doutrina nacionais, reconheceu a incidência da prescrição quinquenal sobre atos nulos da Administração. Neste contexto, sabe-se que a Lei Complementar nº 73, de 10.2.93, prevê no art.40, § 2º, que os pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Excentíssimo Senhor presidente da República, após publicados, vinculam a Administração Federal, cujos órgãos ficam obrigados a lhes dar fiel cumprimento. Cumpre assinalar, no entanto, que admitir prescrição no âmbito da Administração Pública Federal com respaldo tão somente na analogia pode gerar questionamento no que se refere ao prazo a ser observado.

7 . O prazo prescricional foi fixado em 5 (cinco) anos. Trata-se do lapso de tempo tradicionalmente adotado pelo Estado, em suas relações com terceiros. Veja-se que as dívidas do Estado para com terceiros prescrevem em cinco anos, o mesmo também ocorrendo com o crédito tributário, sendo este, outrossim, o prazo estabelecido no Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União.

8 . Por derradeiro, deve-se atentar para o fato de que a presente proposta uniformiza a questão no âmbito da Administração Pública Federal. Com efeito, se em alguns setores do Poder Executivo Federal não há previsão legal da prescrição dos ilícitos administrativos, em outros as regras existentes não são uniformes, criando-se sérios transtornos que deixariam de (...) em razão da nova disciplina que ora se propõe.

9. Frente aos pressupostos de urgência e relevância, são essas as razões pelas quais submeto a Vossa Excelência a proposta de edição de Medida Provisória, cujo texto segue em anexo.

(Destaque nosso)

53. Da leitura do documento, percebe-se claramente o caráter de generalidade com que se trata a prescrição no âmbito da Administração Pública Federal e a intenção de se promover uma padronização de sua incidência em face de claros legislativos verificados em distintos diplomas e da existência de leis que preveem prazos de modo não uniforme.

54. Esses aspectos reforçam o entendimento de que a Lei nº 9.873/1999 possui um caráter de norma geral e não de aplicação restrita aos casos de ação punitiva da Administração Pública Federal no exercício do poder de polícia, pelo que tem o condão de alcançar outras situações, como pretensões de resarcimento ao erário e de aplicação de sanções em face de ilícitos contratuais.

55. Considerando esse aspecto, as decisões do STJ e do STF acima referidas e os normativos do CNJ e do TCU apontados, somos pelo entendimento de que a prescrição da pretensão punitiva do Estado, relativa às sanções administrativas previstas na Lei nº 8.666/1993 deve observar as regras traçadas pela Lei nº 9.873/1999, inclusive no pertinente à prescrição intercorrente.

56. Pela similitude, o mesmo entendimento deve ser estendido às sanções administrativas previstas na Lei nº 10.520/2002 (pregão) e na Lei nº 12.462/2011 (RDC – regime diferenciado de contratações públicas).

57. Em tempo, um último esclarecimento precisa ser feito. No PARECER SEI Nº 4807/2023/MF, a PGFN, além de analisar a incidência da prescrição regulada no art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.873/1999 no processo administrativo para aplicação de sanções previstas nos artigos 86 a 88 da Lei nº 8.666/1993, também se manifestou sobre a incidência de prazo prescricional da lei penal, com fundamento no art. 1º, § 2º, da Lei nº 9.873 no processo administrativo de responsabilização, de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, quando o fato constituir crime.

58. Esse fato ocorreu em virtude desse tema ter constituído objeto de análise por parte da CONJUR/CGU em sua Nota Técnica nº 2170/2019/CGUNE/CRG, e também por ter sido referida no corpo do PARECER n. 00294/2017/CONJUR/CGU/AGU (sequencial 02 do Sapiens) e na NOTA n. 00058/2023/CONJUR-CGU/CGU/AGU (sequencial 14 do Sapiens).

59. Tanto a PGFN quanto a CONJUR/CGU entendem que “não incide o prazo de prescrição da lei penal, com fundamento no artigo 1º, § 2º, da Lei nº 9.873, de 1999, no processo administrativo de responsabilização, para aplicação de sanções

decorrentes de ato lesivo à Administração Pública, previstas no artigo 6º da Lei nº 12.846, de 2013”, uma vez que esse diploma já traz o expresso o prazo prescricional a ser considerado, de 05 (cinco) anos, em casos tais.

60. Como esse assunto não constituiu objeto de divergência, não está sendo objeto de análise nesta oportunidade.

-III-
DA CONCLUSÃO

61. Diante do exposto, opinamos que:

a) a prescrição da pretensão punitiva do Estado, relativa às sanções administrativas previstas na Lei nº 8.666/1993, deve observar as regras traçadas pela Lei nº 9.873/1999, inclusive no pertinente à prescrição intercorrente; e

b) pela similitude, o mesmo entendimento deve ser estendido às sanções administrativas previstas na Lei nº 10.520/2002 (pregão) e na Lei nº 12.462/2011 (RDC – regime diferenciado de contratações públicas).

62. Caso aprovada a presente manifestação, sugerimos que se dê ciência de seu teor à E-CJU/SCOM, à CONJUR/CGU, à CONJUR/MGI, à PGFN e à CGCOM/SCGP/CGU/AGU e à CONJUR/MT, para as providências que eventualmente entenderem necessárias.

À consideração superior.

Brasília, 11 de dezembro de 2023.

MAURÍCIO BRAGA TORRES
ADVOGADO DA UNIÃO

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688009503202363 e da chave de acesso 1134e5e7



Documento assinado eletronicamente por MAURÍCIO BRAGA TORRES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1810738662 e chave de acesso 08e4475b no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): MAURÍCIO BRAGA TORRES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 11-12-2023 16:27. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.



Emitido em 11/12/2023

PARECER Nº 2965/2023 - PROFEDERAL (11.01.09)

(Nº do Protocolo: NÃO PROTOCOLADO)

(Assinado digitalmente em 26/12/2024 12:43)

GUSTAVO ANDRE COSTA DE FRANCA

PROCURADOR - TITULAR

PROFEDERAL (11.01.09)

Matrícula: 2100956

Para verificar a autenticidade deste documento entre em <https://sipac.ifal.edu.br/documentos/> informando seu número: **2965**, ano: **2023**, tipo: **PARECER**, data de emissão: **26/12/2024** e o código de verificação: **ac996fa02d**