

TC 003.674/2017-7

Tipo: Tomada de Contas Especial (recurso de reconsideração)

Unidade jurisdicionada: Prefeitura Municipal de São João/PE.

Recorrente(s): Pedro Antônio Vilela Barbosa (CPF 168.657.314-68).

Advogado(a): Eduardo Vaz Barbosa (OAB/PE 44.852), José Nelson Vilela Barbosa Filho (OAB/PE 16.302) e outros (procuração à peça 24).

Interessado em sustentação oral: não há.

Sumário: Tomada de Contas Especial. Convênio. Construção de obra de saneamento (coleta e tratamento de esgoto). Rejeição da prestação de contas pelo concedente. Condenação em débito. Multa do art. 57, da Lei 8.443/1992. Julgamento pela irregularidade das contas especiais. Ausência de consecução da finalidade pública pretendida. Recurso de reconsideração. Conhecimento. Tese recentemente fixada pelo STF no julgamento do Tema 899 da repercussão geral (com embargos de declaração pendentes de julgamento). Propostas de aferição da prescrição (Código Civil ou Lei 9.873/1999). Elementos insuficientes para reconhecer, no caso concreto, a prescrição da pretensão de ressarcimento e punitiva decorrentes do débito debatido nos autos. Elementos recursais insuficientes para elidir o débito. Elementos insuficientes para alterar o juízo quanto à irregularidade das contas e aplicação de multa. Negativa de provimento. Proposta de sobrestamento do presente recurso até definitiva sedimentação dos fundamentos e eventual modulação de efeitos pelo STF (Tema 899 da repercussão geral).

INTRODUÇÃO

1. Em análise recurso de reconsideração interposto por Pedro Antônio Vilela Barbosa (CPF 168.657.314-68) contra o Acórdão 10042/2018-TCU-2ª Câmara, sessão de 16/10/2018, retificado por inexatidão material pelo Acórdão 12076/2018-TCU-2ª Câmara, integralmente mantidos pelo Acórdão 2742/2019-TCU-2ª Câmara, sessão de 16/4/2019, que rejeitou embargos de

declaração opostos pelo ora recorrente, ambos sob relatoria do e. Min. Substituto MARCOS BEMQUERER COSTA. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor (grifou-se):

VISTOS, relatados e discutidos estes autos da Tomada de Contas Especial instaurada pela Fundação Nacional de Saúde – Funasa, em desfavor da empresa W.A.S. Projetos e Construção Ltda. e dos Prefeitos de São João/PE, Srs. Pedro Antônio Vilela Barbosa (2005/2008 e 2009/2012), e José Genaldi Ferreira Zumba (2013/2016 e de 2017 até o presente momento), em decorrência da impugnação total das despesas realizadas relativamente ao Convênio 847/2004.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 2ª Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. excluir o Sr. José Genaldi Ferreira Zumba do polo passivo desta Tomada de Contas Especial;

9.2. com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea c, 19, caput, da Lei 8.443/1992, julgar irregulares as contas do Sr. Pedro Antônio Vilela Barbosa e da empresa W.A.S. Projetos e Construção Ltda.;

9.3. condenar o Sr. Pedro Antônio Vilela Barbosa:

9.3.1. em solidariedade com a firma W.A.S. Projetos e Construção Ltda. ao pagamento das quantias a seguir especificadas, com a fixação do prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea a, do Regimento Interno), o recolhimento da dívida aos cofres da Fundação Nacional de Saúde, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir das datas discriminadas até a do recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor:

Data	Valor (R\$)
14/11/2006	10.198,45
15/12/2006	3.334,28

9.3.2. de forma individual ao pagamento das quantias a seguir especificadas, com a fixação do prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovar, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea a, do Regimento Interno), o recolhimento da dívida aos cofres da Fundação Nacional de Saúde, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir das datas discriminadas até a do recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor:

Data	Valor (R\$)
14/11/2006	52.071,97
15/12/2006	58.936,69

9.4. aplicar aos responsáveis abaixo a multa prevista nos artigos 19, caput, e 57 da Lei 8.443/1992, nos valores a seguir indicados, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal (artigo 214, inciso III, alínea a, do Regimento Interno/TCU), o recolhimento da dívida ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do presente Acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor:

Responsável	Valor
Pedro Antônio Vilela Barbosa	R\$ 25.000,00
W.A.S. Projetos e Construção Ltda.	R\$ 5.000,00

9.5. autorizar, caso requerido, nos termos do art. 26 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 217 do Regimento Interno/TCU, o parcelamento da dívida em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e sucessivas, sobre as quais incidirão os correspondentes acréscimos legais (débito: atualização monetária e juros de mora; multa: atualização monetária), esclarecendo aos responsáveis que a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor, sem prejuízo das demais medidas legais;

9.6. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial da dívida, caso não atendidas as notificações;

9.7. encaminhar cópia deste acórdão à Procuradoria da República no Estado de Pernambuco, com fundamento no art. 209, § 7º, do RI/TCU.

HISTÓRICO

2. A presente Tomada de Contas Especial (TCE) foi autuada pela Fundação Nacional da Saúde (Funasa) em desfavor da empresa W.A.S. Projetos e Construção Ltda. e dos Prefeitos de São João/PE, Srs. Pedro Antônio Vilela Barbosa (2005/2008 e 2009/2012), e José Genaldi Ferreira Zumba (2013/2016 e de 2017 até o presente momento), em decorrência da impugnação total das despesas realizadas relativamente ao Convênio 847/2004, firmado em 28/6/2004 e cuja vigência se estendeu até 28/7/2013 por meio de aditivo (peça 2, pp. 52/61). O objeto da referida avença era o sistema de esgotamento sanitário do Loteamento Parque Brasília no município de São João/PE. O prazo para prestar contas foi 26/9/2013. O valor total envolvido foi de R\$ 160.492,19 (R\$ 155.677,42 em recursos federais e R\$ 4.814,77 a título de contrapartida municipal).

2.1. O histórico encontra-se precisamente sumariado no Relatório, baseado na instrução da unidade técnica de origem, que guiou o Acórdão 3483/2019–TCU–2ª Câmara, compensando transcrever o seguinte excerto que mais interessa nesta fase recursal:

Relatório

[...]

5. Os recursos previstos para implementação do objeto do referido Convênio foram orçados no valor total de R\$ 160.492,19, com a seguinte composição: R\$ 4.814,77 de contrapartida da Prefeitura e R\$ 155.677,42 à conta da Funasa (peça 2, p. 57), dos quais foram liberados R\$ 124.541,39, mediante as seguintes Ordens Bancárias (peça 4, p. 29):

Nº OB's	DATAS	VALOR (R\$)
2006OB911848	10/11/2006	62.270,42
2006OB913468	13/12/2006	62.270,97
TOTAL		124.541,39

6. Em 18/6/2007, a Funasa realizou visita às obras de construção do sistema de esgotamento sanitário, no loteamento Parque Brasília, na sede do município, constatando que havia

[execução] (...) de 30%, conforme o Relatório de Visita Técnica nº 2 de 27/6/2007 da Funasa (peça 2, p. 142-144).

7. Em 23/7/2007, o Prefeito, Sr. Pedro Antônio Vilela Barbosa, encaminhou à Funasa o Ofício 135/07, comunicando a paralisação dos serviços por problemas encontrados para execução do emissário, tendo em vista que o referido emissário não possuía cota para saída dos resíduos provenientes da estação de tratamento, solicitando que fosse apresentada proposta técnica para solução da situação (peça 2, p. 147).

8. Em 7/12/2007, a Conveniente apresentou prestação de contas parcial (peça 2, p. 152-204).

9. A prestação de contas foi complementada a pedido da concedente (peça 2, p. 206-207).

10. O Parecer Financeiro 111/08, de 15/8/2008 (peça 1, p. 35-36) aprovou parcialmente a prestação de contas, impugnando o valor de R\$ 13.136,02, relativos às pendências apontadas pela área técnica.

11. Em 2/12/2008, o município encaminhou à Fundação, por meio do Ofício 405/08, readequação do Plano de Trabalho (peça 1, p. 48-51), junto com o Projeto da Estação Elevatória/Emissário de recalque, relativo ao Sistema de Esgotamento Sanitário, para análise e posterior aprovação.

12. Em nova visita ao município, em 20/8/2009 (peça 1, p. 64-70), a área técnica opinou favorável à adequação do projeto aprovado, desde que a conveniente apresentasse projeto de proposta de alteração, de acordo com as normas pré-estabelecidas pela Funasa.

13. Em 2/3/2010, realizou-se outra visita técnica (peça 1, p. 91-93), apurando-se (...) execução [de] 87,39% relativo à rede coletora e [à] glosa de R\$ 15.787,25.

14. Em nova visita, realizada 27/4/2010 (peça 1, p. 107-109), foi ratificada a visita supramencionada com sugestão de não liberação dos recursos da terceira parcela.

15. O município encaminhou a prestação de contas referente à segunda parcela (peça 1, p. 147-187, peça 3, p.35-38):

16. O Relatório de Visita Técnica de 31/7/2012 apurou (...) execução de 75% com sugestão de liberação da terceira parcela dos recursos, mantendo-se a glosa de R\$ 13.532,73 (peça 3, p. 49-51).

17. Destaca-se a seguinte informação do Parecer Financeiro 070/2013 (peça 3, p. 91-93) da análise da prestação de contas, de 8/11/2013:

‘Desta forma, com a análise das referidas prestações de contas, com os estudos do processo e com o que foi verificado em campo, somos favoráveis, sob o ponto de vista da engenharia, à [sua] aprovação parcial (...), subtraindo o valor de R\$ 13.352,73 da 1ª prestação e R\$ 3.334,28 da 2ª Prestação.’

18. O Parecer Técnico 115/2015/Secav/Diesp, de 29/9/2015 (peça 3, p 180-181), ressaltou o problema do despejo do esgoto no açude, manifestando pela não aprovação de etapa útil.

19. O Parecer Financeiro 100/2015 (peça 3, p. 187-190) manifestou-se pela não aprovação da prestação de contas em sua totalidade (...) por ausência de etapa útil de aprovação sobre a execução física e, conseqüentemente, não consecução dos objetivos pactuados.

20. Verifica-se que o presente processo foi objeto de diligência da Procuradoria da República no Município de Garanhuns/PE, com vistas a instruir o Inquérito Civil 1.26.000055/2010-98, conforme dados do Ofício 1695, de 24/7/2014 (peça 3, p. 101)

21. O Relatório de Auditoria 1141/2016 (peça 4, p. 49-54), de 7/12/2016, e o respectivo Certificado (peça 4, p. 55) anuem ao posicionamento final do tomador das contas, concluindo que os senhores Pedro Antônio Vilela Barbosa, José Genaldi Ferreira Zumba, e a empresa

W.A.S. Projetos e Construção Ltda. encontram-se, solidariamente, em débito com a Fazenda Nacional no valor original de R\$ 124.541,39.

22. O Parecer do Dirigente do Controle Interno (peça 4, p 56) apresenta manifestação concordando com o Relatório de Auditoria e respectivo Certificado (peça 4, p.55), concluindo pela irregularidade das contas.

23. O Ministro de Estado da Saúde, no seu Pronunciamento Ministerial presente na peça 4, p. 57, atesta haver tomado conhecimento das conclusões das peças técnicas emitidas pela CGU, pela irregularidade das contas.

[...].

2.2. Embargos de declaração opostos pelo ora recorrente foram rejeitados por meio do Acórdão 2742/2019-TCU-2ª Câmara (sessão de 16/4/2019).

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. O recurso em exame foi conhecido pelo Relator sorteado, e. Ministro Augusto Nardes, com atribuição de efeitos suspensivos aos itens 9.2, 9.3, 9.3.1, 9.3.2, 9.4 e 9.6 do Acórdão recorrido (despacho à peça 129).

EXAME DE MÉRITO

Delimitação do recurso

4. Constitui objeto da presente instrução avaliar se:

I) há ou não fundamentos seguros para reconhecer a prescrição da pretensão de ressarcimento à União (Funasa) no âmbito de processo administrativo no TCU;

II) há ou não fundamentos para elidir total ou parcialmente o débito imputado ao recorrente;

III) há ou não fundamentos para alterar o julgamento pela irregularidade destas contas especiais da recorrente; e

IV) há ou não fundamentos para afastar a multa aplicada à recorrente, ou reduzir-lhe o valor.

Dos pressupostos para aferir com segurança eventual ocorrência da prescrição da pretensão de ressarcimento à União (Funasa) no âmbito de processo administrativo no TCU

5. Em recente julgamento do Tema 899 da repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal (STF) firmou a seguinte tese (Tribunal Pleno; RE 636886; Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES; julgamento: 20/4/2020; publicação: 24/6/2020):

É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas.

6. A União opôs embargos de declaração naqueles autos em 14/8/2020, por meio dos quais foram formulados os seguintes pedidos, estando pendentes de julgamento (conclusos ao Relator desde 27/8/2020) [disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4046531>>, acesso em 31/8/2020, petição 64207/2020 - peças 71-72 daqueles autos eletrônicos]:

V. DO PEDIDO

Pelo exposto, a União requer o provimento dos presentes embargos de declaração para que (i) sejam sanadas as contradições e obscuridades apontadas, notadamente para correta compreensão de que:

i.1) a execução dos acórdãos do TCU é processada independentemente de inscrição em dívida ativa e pelo rito da execução por quantia certa do Código de Processo Civil, incidindo ainda a Lei nº 6.822/1980, e não o rito da Lei 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal);

i.2) a tese de repercussão geral no acórdão ora embargado abrange apenas a fase executiva da decisão do TCU;

i.3) na hipótese de ser admitida a possibilidade de a tese firmada no tema 899 abranger as fases anteriores à condenação perante a Corte de Contas, o prazo prescricional aplicável está disciplinado no Código Civil (20 anos na vigência do CC/1916 e 10 anos para o CC/2002), com início da contagem na data da ocorrência do ilícito e interrupção pelo ato que ordenar a citação.

i.4) subsidiariamente, a disciplina do prazo prescricional aplicável é extraída da Lei nº 9.873/1999, que trata também das causas interruptivas que devem incidir (arts. 1º e 2º).

Pugna, ainda, que, diante da superação da pacífica jurisprudência desse STF, **(ii)** sejam modulados os efeitos da decisão (art. 927, § 3º, do CPC), conferindo-lhe eficácia prospectiva, de modo que o novo entendimento passe a valer apenas em relação aos ilícitos geradores de danos ao erário cometidos a partir da publicação do acórdão ora embargado. Subsidiariamente, postula-se a modulação dos efeitos da decisão, a fim de salvaguardar os processos já autuados pelos tribunais de contas que tratem de ressarcimento ao erário.

7. Por tratar-se de matéria de ordem pública, cognoscível de ofício pelo Tribunal, passa-se à análise das consequências jurídicas no presente caso concreto (p. ex. CPC, art. 487, II). A orientação presente no âmbito desta Serur segue a linha adotada em manifestação da unidade técnica nos autos do TC 027.624/2018-8. Por economia processual, juntou-se a estes autos (peça 145) cópia do exame e do pronunciamento da unidade emitidos pela Serur naquele processo, em que foram fundamentadas as seguintes premissas, que serão consideradas no presente exame:

a) pela jurisprudência até então vigente, a pretensão punitiva exercida pelo Tribunal de Contas estava sujeita à prescrição, regida pelos critérios fixados no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário. Já quanto ao débito, a ação de ressarcimento era considerada imprescritível, por expressa previsão do art. 37, § 5º, da Constituição Federal. No entanto, ao julgar o RE 636.886, o STF conferiu nova interpretação a esse dispositivo, fixando a tese de que “é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”;

b) embora o RE 636.886 tenha por objeto a execução de acórdão condenatório proferido pelo TCU, a interpretação conferida pelo STF ao art. 37, § 5º, da Constituição, afeta a ação de ressarcimento como um todo, abrangendo não só a execução, mas também a pretensão condenatória. E, ao contrário da decisão proferida no julgamento do tema 897 (RE 852.475), no tema 899, relativo à atuação do Tribunal de Contas, a conclusão de que a pretensão de ressarcimento é prescritível foi estabelecida de forma categórica, sem ressaltar as condutas dolosas qualificáveis como ato de improbidade;

c) as pretensões punitiva e de ressarcimento devem observar o mesmo regime na atividade de controle externo, dado o objetivo comum da prescrição, de fixar prazo para o Tribunal de Contas agir, buscando caracterizar o ilícito, identificar seu autor, dimensionar as consequências da conduta (em especial, a quantificação do dano) e impor as consequências legais, independentemente do fato de tais consequências terem natureza punitiva ou ressarcitória;

d) o Código Civil e a Lei 9.873/1999 constituem as duas alternativas que, de forma mais consistente, polarizam os debates acerca do regime de prescrição a ser observado no processo de controle externo. Não obstante a relevância dos fundamentos utilizados no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, favoráveis à aplicação do Código Civil, a Lei 9.873/1999 adota balizas usuais no âmbito do direito público, prevê causas de interrupção em tudo compatíveis com o processo de controle externo e já vem sendo utilizada pelo STF para limitar o exercício da pretensão punitiva

pelo TCU, em decisões posteriores ao Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário. Assim, até que sobrevenha norma específica, entende-se que a prescrição das medidas de ressarcimento a cargo do tribunal de contas deve observar o regime Lei 9.873/1999;

e) entretanto, conforme anotado, o acórdão proferido no RE 636.886 ainda está sujeito a recursos (p. ex. embargos de declaração opostos pela União em 14/8/2020, por meio dos quais foi formulado, dentre outros, pedido de modulação dos efeitos – eficácia prospectiva), estando pendentes de julgamento; nesse quadro, não seria recomendável reconhecer a prescrição desde logo, ante a possibilidade de esclarecimento da decisão em sentido diverso do ora defendido (notadamente quanto aos atos dolosos) ou mesmo a modulação de seus efeitos, para preservar as ações de controle instauradas com base no entendimento jurisprudencial até então vigente;

f) assim, nos casos em que a prescrição não tenha ocorrido por nenhum dos dois regimes (Código Civil ou Lei 9.873/1999), o desfecho do processo não se alterará, qualquer que seja a premissa adotada (imprescritibilidade, prescritibilidade pelo Código Civil ou pela Lei 9.873/1999), viabilizando-se o imediato julgamento. Já nas situações em que a pretensão de ressarcimento esteja prescrita por algum dos dois regimes, ou por ambos, é recomendável que o julgamento do processo seja sobrestado, até ulterior deliberação do Tribunal.

8. As manifestações da Serur juntadas à peça 145 foram elaboradas quando ainda não estava disponibilizado o inteiro teor do acórdão do RE 636.886. Em nova análise após a publicação da decisão (DJe de 24/6/2020), inclusive mediante o cotejo com os demais votos proferidos no julgamento, conclui-se pela subsistência das premissas indicadas acima, cabendo destacar dois aspectos relevantes.

9. O primeiro diz respeito à ressalva aos atos dolosos de improbidade. Observa-se que tanto na manifestação do TCU, como *amicus curiae* (peça 35 do RE 636.886), como na manifestação do Ministério Público Federal na condição de fiscal da ordem jurídica (peça 38), o tema 897 foi invocado com o fim de preservar a atuação dos tribunais de contas no caso de prejuízos causados dolosamente, mediante condutas típicas de improbidade administrativa. Todavia, o pedido não foi acolhido. No ponto, não houve divergência quanto ao entendimento do relator, de que “as razões que levaram a maioria da Corte a estabelecer excepcional hipótese de imprescritibilidade, no tema 897, não estão presentes em relação as decisões do Tribunal de Contas que resultem imputação de débito ou multa”.

10. O segundo aspecto diz respeito à não incidência do Código Civil no regime de prescrição do ressarcimento. Nos votos em que a questão do prazo prescricional foi abordada, a referência foi sempre ao prazo quinquenal, usualmente adotado pelas normas de direito público.

11. A partir do conjunto de tais premissas atualizadas, passa-se à análise da prescrição no caso em exame.

Análise da prescrição segundo os critérios do Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário (Código Civil)

12. O Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário assentou os seguintes parâmetros balizadores da contagem do lapso prescricional (enunciados da Diretoria de Jurisprudência/TCU, grifou-se):

A pretensão punitiva do TCU subordina-se ao prazo geral de prescrição indicado no art. 205 da Lei 10.406/2002 (Código Civil), dez anos. (Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, Redator Min. WALTON ALENCAR RODRIGUES).

A prescrição da pretensão punitiva do TCU é contada a partir da data de ocorrência da irregularidade sancionada, nos termos do art. 189 da Lei 10.406/2002 (Código Civil). (Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, Redator Min. WALTON ALENCAR RODRIGUES).

O ato que ordenar a citação, a audiência ou oitiva da parte interrompe a prescrição da pretensão punitiva do TCU, nos termos do art. 202, inciso I, da Lei 10.406/2002 (Código Civil). A prescrição recomeça a contar da data do ato que motivou a interrupção, nos termos do art. 202, parágrafo único, parte inicial, do Código Civil. (Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, Redator Min. WALTON ALENCAR RODRIGUES).

A prescrição da pretensão punitiva do TCU será suspensa toda vez que a parte apresentar elementos adicionais de defesa ou quando forem necessárias diligências em razão de algum fato novo trazido pela parte, não suficientemente documentado nas manifestações processuais. A paralisação da contagem do prazo prescricional ocorrerá no período compreendido entre a juntada dos elementos adicionais de defesa ou da peça contendo o fato novo e a análise dos referidos elementos ou da resposta à diligência, nos termos do art. 160, § 2º, do Regimento Interno do TCU. (Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, Redator Min. WALTON ALENCAR RODRIGUES).

12.1. Ante os elementos do caso concreto em exame, tem-se os seguintes marcos temporais relevantes:

Termo Inicial			Termo Parcial/Final (suspensão/interrupção)			Lapso vertido
Data	Evento	Início Reinício	Data	Evento	Suspensão Interrupção	
31/12/2012	final mandato Prefeito	início	17/08/2017	Ato que ordenou a citação (peças 10 - 11)	interrupção	menos de 10 anos
17/08/2017	Interrupção	reinício	16/10/2018	Sessão de julgamento (acórdão condenatório)	interrupção	menos de 10 anos

12.2. Portanto, ante os novos contornos interpretativos fixados pelo STF (Tema 899 da repercussão geral) e segundo os critérios do Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário (Código Civil), não estaria consumada a prescrição da pretensão de ressarcimento no caso concreto haja vista ter transcorrido lapso inferior a dez anos entre as datas dos fatos (ações/omissões) que originaram o débito e a data do ato que ordenou a citação dos responsáveis, bem como entre os demais marcos interruptivos da contagem. Assim, a ser adotada mencionada baliza, não haveria fundamentos para o e. Colegiado julgador reconhecer a prescrição do débito em debate nesta TCE em favor dos codevedores solidariamente condenados por meio do Acórdão 10042/2018-TCU-2ª Câmara, haja vista referidas datas se aplicarem indistintamente a todos.

Análise da prescrição pelo regime da Lei 9.873/1999

13. A Lei 9.873/1999 estabelece os seguintes marcos para a contagem do lapso prescricional (grifou-se):

Art. 1º 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.

§ 1º Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.

§ 2º Quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se-á pelo prazo previsto na lei penal.

[...]

Art. 2º Interrompe-se a prescrição da ação punitiva: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

I - pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital; (Redação dada pela Lei 11.941, de 2009)

II - por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato;

III - pela decisão condenatória recorrível.

IV - por qualquer ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da administração pública federal. (Incluído pela Lei 11.941, de 2009)

13.1. Ante os elementos do caso concreto em exame, tem-se os seguintes marcos temporais relevantes:

Termo Inicial			Termo Parcial/Final (suspensão/interrupção)			Lapso vertido
Data	Evento	Início Reinício	Data	Evento	Suspensão Interrupção	
31/12/2012	final mandato Prefeito	início	04/07/2016	Ato que importa apuração do fato (instauração da TCE pela Funasa)	interrupção	menos de 5 anos
04/07/2016	Interrupção	reinício	17/02/2017	Ato que importa apuração do fato (autuação da TCE no TCU)	interrupção	menos de 5 anos
17/02/2017	Interrupção	reinício	04/09/2017	Citação (peças 14 e 65)	interrupção	menos de 5 anos
04/09/2017	interrupção	reinício	16/10/2018	Sessão de julgamento (acórdão condenatório)	interrupção	menos de 5 anos

13.2. Logo, tendo em perspectiva os recentes contornos interpretativos delineados pelo STF (Tema 899 da repercussão geral) e segundo os critérios da Lei 9.873/1999, não estaria consumada a prescrição da pretensão de ressarcimento no caso concreto haja vista ter transcorrido lapso inferior a cinco anos entre as datas dos fatos (ações/omissões) que originaram o débito e a data do ato que importa apuração inequívoca do fato (instauração da TCE), bem assim entre os demais marcos interruptivos da contagem anotados na tabela acima. Nessa linha, caso seja observada referida baliza, haveria fundamentos para o e. Colegiado julgador reconhecer a prescrição do débito em debate nesta TCE em favor dos codevedores solidariamente condenados por meio do Acórdão 10042/2018-TCU-2ª Câmara, haja vista referidas datas se aplicarem indistintamente a todos.

Conclusão sobre a prescrição

14. As informações acima tabuladas autorizam concluir que, tanto pela sistemática delineada por meio do Acórdão 1441-TCU-Plenário (Código Civil), como por aquela estabelecida por meio da Lei 9.873/1999, não haveria fundamentos para o r. Colegiado julgador reconhecer a prescrição da pretensão de ressarcimento (débito) no caso concreto. Considerando a sugestão

presente no âmbito desta unidade técnica, a pretensão punitiva (multa) derivada do suposto dano ao erário também não estaria prescrita.

15. Como antes anotado, em 14/8/2020 a União opôs embargos de declaração nos autos do RE 636.886, estando pendentes de julgamento pelo STF (conclusos ao Relator desde 27/8/2020) [disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4046531>>, acesso em 31/8/2020]. Os pedidos formulados nos referidos embargos possuem potencial de impactar concretamente a análise da matéria (transcrição no item 6 desta instrução). Assim, ante a possibilidade de a Suprema Corte vir a aclarar os fundamentos de sua retrocitada decisão sobre o Tema 899 da repercussão geral e/ou modular-lhe os efeitos em razão dos mencionados embargos de declaração já opostos e/ou de outros recursos sucessivos hipoteticamente possíveis, com eventuais reflexos relevantes na apreciação da prescrição em cada caso concreto do TCU, seria prudente sobrestar o julgamento do presente feito até que a matéria esteja totalmente sedimentada no âmbito do STF.

Dos pressupostos para condenação em débito

16. O recorrente juntou petições e documentos diversos nesta fase recursal (peças 94-97 e 114-124).

16.1. Por meio das peças 94 e 114, lidas em conjunto, alega o seguinte, em síntese:

i) alega que a Funasa teria atestado a regularidade do andamento das obras objeto do convênio por meio de visitas *in loco*, bem como da execução financeira, tendo aprovado suas contas (parciais) relativas ao período em que ocupava o cargo de prefeito;

ii) sustenta que, após aprovação parcial pela Funasa das parcelas até então liberadas, teria sido autorizada a liberação da última parcela em 31/7/2012, cuja execução recaiu na gestão de seu sucessor no cargo de prefeito (Sr. José Genaldi Ferreira Zumba), o qual, juntamente com a empresa contratada pelo Município (W.A.S. Projetos e Construção Ltda) seriam os únicos responsáveis; menciona Relatório de Visita Técnica 3, de 20/5/2008, que conteria manifestação favorável à aprovação parcial da execução física (38,91%), correspondente a montante até então liberado de R\$ 51.159,59; alude ao Parecer Financeiro 111, de 15/8/2008, com proposta de aprovação parcial das contas relativas às duas primeiras parcelas; alega que as pendências ali mencionadas teriam sido solucionadas pela Prefeitura ainda em 2008, conforme ofícios encaminhado à Funasa à época (16/9/2008 e 2/12/2008); menciona Parecer Técnico de 28/10/2010, por meio do qual a área técnica da Funasa reconhece execução de 87% das obras com liberação de 80% dos recursos financeiros; alude ao Parecer Técnico 185, de 17/10/2011, por meio do qual a área técnica da Funasa opinava pela prorrogação da vigência do convênio, alegando carência de corpo técnico para empreender visitas técnicas no local; indica Relatório de Visita Técnica de 3/7/2012, onde os técnicos da Funasa teriam atestado execução física de 75%;

iii) sustenta que o voto condutor do Acórdão recorrido seria fundado essencialmente no Parecer Técnico 115, de 29/9/2015 (peça 3, p. 180-181), quando já se passava o terceiro ano de gestão do prefeito sucessor;

iv) informa que o convênio firmado com a Funasa foi celebrado em 28/6/2004 (anteriormente ao início de sua gestão) e que, após prorrogação de prazo, teria vigência até 28/7/2013 (já na gestão do prefeito sucessor) e a prestação de contas deveria ser formalizada até 26/9/2013 (sob responsabilidade do prefeito sucessor); reclama que a tomada de contas especial teria sido instaurada apenas em 2016, quase quatro anos após sua saída da chefia do Poder Executivo municipal; que, após regular transição administrativa entre as gestões, o prefeito sucessor deliberadamente teria se omitido em relação à continuidade das obras até sua conclusão bem como não teria respondido aos questionamentos dirigidos pela Funasa à Prefeitura nos anos de 2013,

2014, 2015 e 2016; também pontua que os atos que teriam ocasionado a reprovação das contas se deram nos anos de 2015, 2016 e 2017;

v) alude ao entendimento jurisprudencial do TCU quanto à responsabilidade do prefeito sucessor; menciona precedentes; alude à Súmula-TCU 230; sustenta que tal entendimento seria aplicável ao caso concreto para responsabilizar o prefeito que o sucedeu (Sr. José Genaldi Ferreira Zumba); alega que o Sr. José Genaldi não teria adotado medidas legais para resguardar o patrimônio do Município contra o recorrente, mas tão somente contra o anterior prefeito (Sr. Antônio de Pádua), subscritor do Convênio em 2004, razão porque ao Sr. Genaldi não se aplicaria a parte final da Súmula-TCU 230; sustenta que as ações judiciais teriam sido manejadas não contra o recorrente, mas contra a Funasa e visavam exclusivamente a retirada de restrições cadastrais do Município, não a responsabilização/ressarcimento de valores (menciona sentenças judiciais respectivas cujas cópias são juntadas);

vi) discorre sobre teoria jurídica da responsabilidade civil (excludentes); estabelece correlação com atos de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992)

vii) alega que o projeto aprovado na gestão anterior possuía falhas técnicas que resultaram em problemas no momento da execução; sustenta que teria buscado solucioná-los ao assumir o cargo, o que revelaria seu interesse (boa-fé) em concluir o objeto conveniado;

viii) invoca princípio da continuidade administrativa;

ix) sustenta que, “em nenhum momento deu perda, extravio ou dano ao erário público, não fazendo nenhuma atividade enquadrada no inc. I, do art. 1º da [Lei 8.443/1992]”;

x) sustenta não haver prova de ação dolosa ou enriquecimento ilícito de sua parte; sustenta sua boa-fé na condução do convênio;

xi) referencia sentenças judiciais proferidas pelo Poder Judiciário (Vara única da Comarca de São João/PE) em ações civis públicas por improbidade administrativa movidas pelo Município de São João/PE contra o recorrente, em que teria sido reconhecida a ausência de atos de improbidade (documentos anexos ao recurso); prossegue que “não há de se falar em responsabilidade do Recorrente, não devendo cair em sua pessoa qualquer obrigação de devolução de valores do repasse, pois agiu de boa-fé em todas as oportunidades, tampouco se pode duvidar da realização da obra, mesmo que em atraso por culpa da Empresa Contratada, restando esta última e o Sr. José Genaldi Ferreira Zumba responsáveis pelo término do Convênio e realização da prestação de contas finais”; sustenta que o prefeito sucessor poderia ter requerido prorrogação do convênio;

xii) menciona precedentes do TCU acerca do reconhecimento da boa-fé e/ou caracterização de má-fé; alega ser entendimento do Superior Tribunal de Justiça que a boa-fé deve ser presumida e a má-fé, comprovada; nessa linha, alega ser possível “comprovar a boa-fé de Pedro Antônio Vilela Barbosa tanto pela realização da obra, quanto pela apresentação das informações – diversos pedidos de agilidade na execução, repasse integral para a contratada, prestações de contas e etc”; e “além disto, não há nos autos quaisquer elementos documentais ou testemunhais que permitam a caracterização de má-fé nos atos de gestão praticados pelo gestor do município à época”;

xiii) invoca princípio da presunção de inocência alegando ausência de provas de conduta ilícita; alude a precedentes do Poder Judiciário forjados em searas penal e civil (improbidade administrativa);

xiv) sustenta não haver prova de que tenha causado dano ao erário, o que afastaria sua responsabilidade; novamente invoca precedentes judiciais no âmbito de ações civis por improbidade administrativa;

xv) alega que a obra objeto do convênio teria sido concluída e que teria funcionalidade pública;

xvi) sustenta que a documentação trazida aos autos com sua defesa “sequer foi avaliada e levada em consideração pela área técnica [e, em consequência] também não pelo Ministro Relator, quebrando os princípios da ampla defesa, do contraditório específico e do verdadeiro devido processo legal, que não é um faz de contas com apenas abertura de prazos e procedimentos formais”; acresce ser “necessário que efetivamente se enfrente a matéria debatida, argumentada e provada pela defesa, por mais que o convencimento do julgador esteja sendo induzido a erro em sentido contrário por uma das partes envolvidas, sob pena de nulidade” (peça 114, p. 68);

xvii) alega nulidade de sua notificação pela Funasa no âmbito da fase interna da tomada de contas especial; a correspondência teria sido entregue em endereço no qual “nunca residiu nem teve domicílio” (Av. Joaquim Pereira dos Santos, 297, Centro, São João/PE); alega que seu endereço correto seria o que consta da citação dirigida pelo TCU (Av. Agamenon Magalhães, 494, Garanhuns/PE); alega cerceamento de defesa em razão de tal falha, o que seria bastante para macular todo o procedimento de nulidade absoluta; invoca Súmula-TCU 59, editada em 1973;

xviii) sustenta que apenas o seu sucessor no cargo de prefeito, alegadamente seu adversário político, teria sido chamado a prestar esclarecimentos junto à Funasa; e que “nada esclareceu de concreto, talvez no intuito de prejudicar ainda mais o ex-prefeito, Sr. Pedro Antonio”;

xix) relata assassinatos de dois vereadores do município em 2015;

xx) alega violação ao Código de ética da OAB pelo fato de o advogado do Sr. José Genaldi (prefeito sucessor) ser o mesmo do Município de São João e o mesmo da empresa W. A. S. Projetos, com a qual teria interesses conflitantes.

16.2. Com as peças 94 e 114, o recorrente junta aos autos os seguintes documentos (peças 95-97 e 115-124):

i) sentença da Vara única da Comarca de São João/PE na ação civil pública por improbidade administrativa por omissão no dever de prestar contas de convênio firmado em 2011 com a Funasa (autos 0000097-53.2017.8.17.3300), de 15/12/2018; autor: Município de São João/PE; réu: Pedro Antônio Vilela Barbosa; a sentença julga a ação improcedente “por absoluta falta de provas não se pode reconhecer dolosa omissão ímproba”, anotando ainda que “não seria possível configurar ato ímprobo se o convênio sob exame teve vigência por mais de um ano e a inadimplência verificou-se mais de dois anos após a saída do réu do cargo”;

ii) sentença da Vara única da Comarca de São João/PE na ação civil pública por improbidade administrativa por omissão no dever de prestar contas de convênio firmado em 2007 com a Funasa (autos 0000096-68.2017.8.17.3300), de 15/12/2018; autor: Município de São João/PE; réu: Pedro Antônio Vilela Barbosa; a sentença julga a ação improcedente “por absoluta falta de provas não se pode reconhecer dolosa omissão ímproba”, anotando ainda que “não seria possível configurar ato ímprobo se o convênio sob exame teve vigência por mais de um ano e a inadimplência verificou-se mais de dois anos após a saída do réu do cargo”;

iii) sentença da Vara única da Comarca de São João/PE na ação civil pública por improbidade administrativa por omissão no dever de prestar contas de convênio firmado em 2005 com a Funasa (autos 0000065-48.2017.8.17.3300), de 21/12/2018; autor: Município de São João/PE; réu: Pedro Antônio Vilela Barbosa; a sentença julga a ação improcedente “por absoluta falta de provas não se pode reconhecer dolosa omissão ímproba”, anotando ainda que “não seria possível configurar ato ímprobo se o convênio sob exame teve vigência por mais de um ano e a inadimplência verificou-se mais de dois anos após a saída do réu do cargo”;

iv) tela de sistema informatizado do TCU indicando endereço do recorrente constante da base de dados constante na Receita Federal (Garanhuns/PE);

v) notícia veiculada na imprensa local em 15/10/2015 sobre assassinato de vereador de São João/PE;

vi) cópia dos autos 0000098-38.2017.8.17.3300 – ação civil pública por improbidade administrativa por omissão no dever de prestar contas do Convênio 847/2004 (objeto desta TCE) firmado com a Funasa em; autor: Município de São João/PE; réu: Antônio de Pádua Maranhão Fernandes; a sentença julga a ação improcedente “por absoluta falta de provas não se pode reconhecer dolosa omissão ímproba”, anotando ainda que “não seria possível configurar ato ímprobo se o convênio sob exame teve vigência por mais de um ano e a inadimplência verificou-se mais de dois anos após a saída do réu do cargo”;

Análise

17. Não assiste razão ao recorrente quanto ao ponto.

17.1. Preliminarmente, não há razão para reconhecer nulidade atinente à notificação do recorrente. A alusão a suposta falha (endereço errado) de sua notificação pela Funasa na fase interna da TCE não macula o processamento do feito e apuração dos fatos pelo TCU, onde a citação aperfeiçoou-se perfeitamente, como admite o próprio recorrente. O TCU possui inúmeros precedentes a respeito, compensando referenciar os seguintes para ilustrar (enunciados da Diretoria de Jurisprudência/TCU):

No processo de tomada de contas especial, a instauração do contraditório, para fins de condenação por parte do TCU, ocorre na fase externa, por meio da regular citação pelo Tribunal, sendo irrelevante a ocorrência ou não de notificação anterior pelo órgão concedente. (Acórdão 1522/2016-Plenário, Rel. Min. BENJAMIN ZYMLER).

A ausência de notificação do responsável na fase interna do processo de tomada de contas especial não implica vício, porquanto a fase interna constitui procedimento inquisitório de coleta de provas, assemelhado ao inquérito policial, e a fase externa, que se inicia com a autuação do processo no TCU, é que garante o direito à ampla defesa e ao contraditório. (Acórdão 653/2017-2ª Câmara, Rel. Min. AUGUSTO NARDES).

Não há prejuízo ao exercício do contraditório e da ampla defesa em razão da ausência de oportunidade de defesa na fase interna de tomada de contas especial, pois nessa etapa, em que se coletam evidências para fins de apuração dos fatos e das responsabilidades, não há uma relação processual constituída. A garantia ao direito de defesa ocorre na fase externa, com o chamamento do responsável aos autos, a partir da sua citação válida. (Acórdão 1078/2020-2ª Câmara, Rel. Min. RAIMUNDO CARREIRO).

17.2. Convém reconhecer que, de fato, o Termo de Convênio 874/2004 foi firmado pelo Município de São João em 28/6/2004, portanto antes de o recorrente assumir o cargo de prefeito (peça 2, p. 52-62). Entretanto, tal constatação não o socorre para efeito de responsabilização pelo débito, haja vista que os fatos relevantes para a impugnação das despesas públicas custeadas com recursos oriundos do Tesouro Nacional ocorreram (por ação ou por omissão) quando a Administração municipal se encontrava sob sua responsabilidade (2007-2012). Nesse sentido, veja-se, por exemplo, o procedimento licitatório, contratação, início e paralisação das obras, readequação do plano de trabalho e efetivo dispêndio das duas primeiras parcelas liberadas e a omissão quanto a medidas concretas/efetivas para sanear as falhas apontadas pela Funasa desde 31/7/2012, cinco meses antes de sua gestão se encerrar [peça 1, p. 5-10, p. 41, p. 94-102, p. 121-122 e peça 3, p. 49-51 e p. 91-93].

17.3. A aprovação de contas parciais de convênio em tela, diferentemente do que tentam realçar as peças recursais, deu-se com ressalvas e sugestão de glosa referente a parcelas iniciais. Ademais, falhas graves de concepção, por exemplo, na locação da estação de tratamento de esgoto (área suscetível a alagamento) e na ausência de 173 ramais de ligação até 5,0m terminaram por inviabilizar a completa utilidade final do aparelho público objeto do convênio à coletividade (versão do projeto alterado por proposta da gestão do recorrente). O seguinte trecho do Relatório de Visita Técnica de 31/7/2012 é ilustrativo a respeito (peça 3, p. 49-51):

[...]

(iii) A Estação de Tratamento de Esgoto (ETE) ainda está sendo executada. Assim, pode-se fazer as seguintes observações quanto aos serviços já realizados:

- Foi observado que a ETE está localizada em uma área de fácil alagamento, Considerando as informações do representante da contratada, de que na ocasião das escavações houve presença de água, fazendo-se necessário realizar o bombeamento da mesma. Além disso, constatou-se *in loco* a existência de água no entorno da estrutura do sistema fossa/filtro (Figura 2).

[...]

Além disso, foi informado que o esgoto gerado pela população já está sendo lançado na rede, e que com intuito de evitar o encaminhamento para a ETE (que ainda não está concluída) foi realizado o lançamento de um PV para o açude. É importante fazer a observação quanto à necessidade de conclusão do objeto para que com a maior brevidade possa ser retirado o lançamento indevido assim verificado.

17.4. Reitere-se que havia tempo hábil para o recorrente solucionar ou ao menos encaminhar medidas tendentes a solucionar concretamente as falhas antes do término de seu mandato, razão por que se desidratam as alegações recursais que visam imputar exclusivamente ao prefeito sucessor hipotética omissão na conclusão do objeto. Como visto, ao final do mandato do recorrente restavam pendências relevantes no conjunto das obras.

17.5. Ademais, ainda que formalizadas e eventualmente aprovadas mencionadas prestações de contas parciais das duas primeiras parcelas transferidas não assegurariam juízo de regularidade final/definitivo das referidas contas, conforme precedentes do TCU, dentre os quais citam-se os acórdãos 2386/2015-TCU-2ª Câmara (Rel. Min. BENJAMIN ZYMLER) e 10846/2018-TCU-1ª Câmara (Rel. Min. BRUNO DANTAS). A partir do Acórdão 2386/2015-TCU-2ª Câmara foi elaborado o seguinte enunciado (Diretoria de Jurisprudência/TCU):

A aprovação da prestação de contas no âmbito da entidade concedente não vincula a apreciação da matéria pelo TCU, podendo o Tribunal, nos limites de sua competência constitucional e legal, decidir de forma diversa com base nos elementos probatórios reunidos nos autos. (Acórdão 2386/2015-2ª Câmara, Rel. Min. BENJAMIN ZYMLER).

17.6. Quanto à hipotética corresponsabilidade (por omissão) do prefeito sucessor, também é tese insuficiente para elidir a responsabilidade original do recorrente. Conforme bem consignado na decisão recorrida, o sucessor não geriu recursos do convênio em apreço (a Funasa apenas liberou duas parcelas integralmente geridas no mandato do recorrente) e, por isso, não estava obrigado a prestar contas. De outro lado, deve-se ter claro que o litisconsórcio necessário se impõe apenas (i) por disposição expressa da lei ou (ii) quando a relação jurídica que vincula as partes for incidível (impossibilidade de um sujeito que dela faça parte sofrer os efeitos sem que os demais sejam atingidos) [CPC, arts. 114 e 115, II]. A Lei 8.443/1992 não previu a figura do litisconsórcio passivo necessário como condição de validade da decisão que vier a se formar contra apenas um ou alguns dos agentes hipoteticamente passíveis responsabilização. O posicionamento do TCU por meio de variados precedentes, a exemplo dos acórdãos 842/2017-Plenário (Rel. Min. BENJAMIN ZYMLER) e 2199/2015-Plenário (Rel. Min. JOSÉ JORGE), é no sentido de que não configura

direito subjetivo do responsável a formação de litisconsórcio necessário (exigir o chamamento de outros alegados corresponsáveis), não se reconhecendo prejuízo processual e aos interesses da parte a circunstância de ela permanecer isoladamente no polo passivo do processo. Nesse sentido, veja-se o seguinte enunciado (Diretoria de Jurisprudência/TCU):

Nos processos de controle externo a solidariedade passiva é benefício do Estado-autor, a quem, na condição de credor, é facultado exigir de um ou de todos os devedores a integralidade da dívida (arts. 275, 282 e 283 do Código Civil). Logo, o litisconsórcio necessário não configura direito subjetivo do responsável citado, não havendo que se falar em prejuízo processual e aos interesses do recorrente por ele permanecer isoladamente no polo passivo do processo. (Acórdão 842/2017-Plenário, Rel. Min. BENJAMIN ZYMLER).

17.7. Igualmente estéreis os argumentos que aludem a suposta ausência de ato caracterizador de improbidade administrativa, tendo em vista que, nos processos administrativos de controle externo a cargo do TCU o sistema de responsabilização difere daquele estruturado por meio da Lei 8.429/1992 (cujas consequências jurídicas podem ser muito mais gravosas). Prevalece a independência das instâncias. Também não é pressuposto de responsabilização perante o TCU a existência de má-fé ou locupletamento pessoal. Nessa linha, vale mencionar os seguintes precedentes (enunciados da Diretoria de Jurisprudência/TCU):

O julgamento pela irregularidade das contas do responsável com condenação para que ele promova o ressarcimento de dano ao erário independe de ter havido ou não prática de ato de improbidade administrativa ou obtenção de vantagem pessoal em decorrência da gestão de recursos públicos. (Acórdão 746/2020-Plenário, Rel. Min. RAIMUNDO CARREIRO).

Não há amparo legal para condicionar o julgamento pela irregularidade de contas à ocorrência de ato de improbidade administrativa. (Acórdão 1881/2014-2ª Câmara, Rel. Min. JOSÉ JORGE).

A independência entre as instâncias permite que uma mesma conduta seja valorada de forma diversa, em ações de natureza penal, civil e administrativa. A ação por improbidade administrativa, de natureza civil, não vincula o juízo de valor formado na seara administrativa. Apenas a sentença absolutória no juízo penal fundada no reconhecimento da inexistência material do fato tem habilidade para repercutir no TCU e afastar a imposição de obrigações e sanções de natureza administrativa. (Acórdão 344/2015-Plenário, Rel. Min. WALTON ALENCAR RODRIGUES).

17.8. Não custa anotar, como excesso argumentativo, que apenas uma dentre as diversas ações de improbidade mencionadas nas peças recursais versou sobre o convênio em apreço e, ainda assim, questionava apenas omissão no dever de prestar contas, não o mérito das despesas realizadas (autos 0000098-38.2017.8.17.3300, peça 117). Ademais, a sentença absolutória resultou exclusivamente de ausência de provas (restrita à omissão no dever de prestar contas). Portanto, trata-se de decisão judicial com baixíssima capacidade de irradiar convencimento a esta esfera administrativa de controle externo quanto ao mérito das despesas efetivamente realizadas e impugnadas objeto destes autos.

Dos pressupostos para o julgamento pela irregularidade das contas

18. Em atenção ao efeito devolutivo do recurso e aos abrangentes pedidos veiculados nas peças recursais – reforma total do acórdão recorrido –, os argumentos antes sumariados são tomados em seu conjunto para cotejá-los com os fundamentos do julgamento pela irregularidade das contas do recorrente.

Análise

19. Não há razão para alterar a decisão recorrida quanto ao ponto.

19.1. Além de subsistirem fundamentos consistentes para condenar o recorrente ao ressarcimento e à multa derivada do débito (prescrição não consumada), remanescem também atos discrepantes das normas exigíveis que justificam a irregularidade destas contas especiais (p. ex. execução de parte dos serviços desconforme com o projeto/plano de trabalho que resultaram na ausência de utilidade da obra custeada com recursos do convênio). Ainda que se considerasse o contexto em que, alegadamente, se desenrolou a condução do ajuste posteriormente (suposta descontinuidade administrativa por parte da gestão que se iniciou em janeiro/2013), é de se reconhecer que as falhas arranham a Lei 8.666/1993 (art. 116), a Instrução Normativa-STN 1/1997 e o próprio Termo de Convênio.

19.2. Logo, quanto ao ponto, o recurso não merece ser provido.

Dos pressupostos para a aplicação de multa

20. Também em atenção ao efeito devolutivo do recurso e aos abrangentes pedidos veiculados nas peças recursais – reforma total do acórdão recorrido –, os argumentos antes sumariados são tomados em seu conjunto para apreciar a sanção fundada no art. 57, da Lei 8.443/1992.

Análise

21. Em razão da subsistência do débito, conforme proposta em tópico anterior desta instrução, remanesce margem legal para a multa aplicada ao recorrente com fundamento no art. 57, da Lei 8.443/1992, cujo pressuposto é a existência de débito.

21.1. Não custa repisar que o contraditório firmado nos autos englobou fatos (ações/omissões) que remanesceram como fonte de irregularidades e se estenderam até o último dia de mandato do recorrente – 31/12/2012, ainda que sob a forma de condutas omissivas (p. ex. não comprovação de providências efetivas tendentes a sanear as falhas apontadas pela Funasa ainda no curso do mandato chefiado pelo recorrente – julho/2012), o que, afinal, também contribuiu decisivamente para a não consecução final do empreendimento público nos termos pactuados. Tal circunstância, em tese, representaria violação regulamentar do próprio termo de convênio (Cláusula Segunda, II, “b” e “e”) além da Instrução Normativa 1/1997, da Secretaria do Tesouro Nacional (p. ex. arts. 22, 23 e 35). Nesse quadro, na hipótese de o e. Colegiado julgador considerar elidido o débito por qualquer razão, cumpriria anotar, para registro, precedentes da Casa em situações do tipo:

A mudança de fundamentação de multa aplicada com base no art. 57 para o art. 58 da Lei 8.443/1992, a fim de apenar responsável que conseguiu, em grau de recurso, elidir o débito, mas não outras irregularidades analisadas pelo TCU, somente é possível caso o valor da pena pecuniária seja superior ao piso definido no regimento interno, levando-se em consideração a consequente redução da multa em função do afastamento do débito. (Acórdão 7394/2012-Segunda Câmara, Rel. Min. AROLDO CEDRAZ).

É cabível, em grau de recurso, modificar o fundamento legal da multa, do art. 57 para o art. 58 da Lei 8.443/1992, quando o recorrente consegue afastar o débito, mas subsiste a prática de atos irregulares. (Acórdão 2156/2019-Plenário, Rel. Min. BENJAMIN ZYMLER).

O afastamento de débito conduz à insubsistência de multa fundamentada no art. 57 da Lei Orgânica do TCU. Contudo, não afastada a prática de ato de gestão ilegítimo e contrário à norma, o mérito do julgamento pela irregularidade das contas deve ser mantido, alterando-se apenas o fundamento, que passa a ser o art. 16, inciso III, alínea “b”, da Lei 8.443/1992. Neste caso, a multa a ser aplicada deve ser a prevista no art. 58, incisos I e II da mencionada lei. (Acórdão 2084/2012-Plenário, Rel. Min. JOSÉ MÚCIO MONTEIRO).

CONCLUSÃO

22. Das análises anteriores, ante os elementos acostados a estes autos até o momento, o contexto normativo e as diretrizes jurisprudenciais aplicáveis ao caso, conclui-se:

I) não haver fundamentos para o e. Colegiado julgador reconhecer a prescrição da pretensão de ressarcimento e punitiva (multa derivada do débito) no caso concreto, tanto pelas balizas do Código Civil (Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário) como por aquelas da Lei 9.873/1999, à luz da tese firmada pelo STF no julgamento do Tema 899 da repercussão geral; ante a possibilidade de a Suprema Corte, provocada por meio de recursos ainda cabíveis (p. ex. embargos de declaração opostos pela União em 14/8/2020, pendentes de julgamento), vir a esclarecer os fundamentos daquele julgamento e/ou modular-lhe os efeitos com repercussão na apreciação da prescrição nos caso concreto, revela-se prudente sobrestar o julgamento do recurso em análise até que todos os fundamentos sobre a matéria estejam definitivamente assentados no âmbito do STF;

II) não há razão para elidir o débito atribuído ao recorrente;

III) não há razão para alterar o julgamento pela irregularidade destas contas especiais do recorrente; e

IV) não há razão para afastar a multa aplicada com fundamento no art. 57, da Lei 8.443/1992.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

23. Ante o exposto, com fundamento no art. 33, da Lei 8.443/92, submetem-se os autos às instâncias subsequentes, propondo-se sobrestar a apreciação do presente recurso até que a matéria atinente à prescrição da pretensão de ressarcimento (Tema 899 da repercussão geral) esteja definitivamente assentada no STF, ante a possibilidade de a Corte Suprema vir a aclarar os fundamentos de sua retrocitada decisão e/ou modular-lhe os efeitos em razão de recursos ainda pendentes no âmbito do RE-636.886, com eventuais reflexos relevantes na apreciação da prescrição do caso concreto versado nestes autos;

Secretaria de Recursos/2ª Diretoria, 31/8/2020.

VIRGINIO BORGES PIAULINO
Auditor Federal de Controle Externo – mat. 6282-0
[assinado eletronicamente]