

TC 022.140/2010-7

Tipo: Tomada de Contas Especial

Parecer

Trata-se de Tomada de Contas Especial instaurada pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) em desfavor do Senhor Agamenon Lima Milhomem, Prefeito Municipal de Peritoró/MA na gestão 2001-2004, em razão da não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos repassados à municipalidade no âmbito do Programa de Apoio aos Sistemas de Ensino para Atendimento à Educação de Jovens e Adultos (Peja) e do Programa Nacional de Apoio ao Transporte Escolar (Pnate), no exercício de 2004.

2. A SecexTCE, em derradeira instrução de mérito às peças 81-83, manifestou-se no sentido de declarar o responsável revel e julgar irregulares suas contas, condenando-o a restituir aos cofres federais a integralidade dos recursos repassados, com os acréscimos devidos, e aplicando-lhe a multa legal.

3. Inicialmente, tendo em vista o longo tempo decorrido desde a época dos fatos ora examinados, cumpre-nos tecer algumas considerações acerca da prescrição da pretensão ressarcitória e punitiva da Corte de Contas no caso vertente, haja vista que a matéria foi objeto de repercussão geral admitida pelo STF no Recurso Extraordinário 636.886 (tema 899). A despeito da revelia do responsável, assim procedemos por dever de ofício, visto que a prescrição é questão objetiva e de ordem pública, portanto, passível de ser reconhecida independentemente de provocação da parte.

Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento fundada em decisão de Tribunal de Contas

4. Como mencionado, a matéria foi objeto de repercussão geral admitida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 636.886 (tema 899). Por ocasião do julgamento desse RE, foi fixado o entendimento de que *“é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”*.

5. Para melhor compreensão do alcance dessa tese, cumpre-nos transcrever trecho do voto condutor daquele julgamento, da lavra do Ministro Relator Alexandre de Moraes:

“Em conclusão, nos termos das fundamentações e decisões Plenárias do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa Lei 8.429/1992 (TEMA 897). Em relação a todos os demais atos ilícitos, inclusive àqueles atentatórios à probidade da administração não dolosos e aos anteriores à edição da Lei 8.429/1992, aplica-se o TEMA 666, sendo prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública.

Entendo 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, e, que, nos termos do §3º, do artigo 71 da CF, tem eficácia de título executivo; sendo, portanto, prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada nessas decisões; uma vez que, (a) a Corte de Contas, em momento algum, analisa a existência ou não de ato doloso de improbidade administrativa; (b) não há decisão judicial caracterizando a existência de ato ilícito doloso, inexistindo contraditório e ampla defesa plenos, pois não é possível ao imputado defender-se no sentido da ausência de elemento subjetivo.

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

6. Não resta dúvida, portanto, que o STF sedimentou o entendimento de que são prescritíveis as pretensões de ressarcimento fundadas em decisões do TCU, excepcionando apenas aquelas ações que configurem atos de improbidade administrativa dolosos tipificados na Lei n.º 8.429/1992.

7. Impende salientar que o instituto da repercussão geral apresenta o chamado efeito multiplicador, ou seja, o de possibilitar que o Supremo Tribunal Federal decida uma única vez e que, a partir dessa decisão, os processos idênticos sejam atingidos. No regime da repercussão geral introduzido pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, o STF divulga previamente a conclusão sobre a questão constitucional controversa exatamente para possibilitar sua utilização imediata como orientação aos demais órgãos julgadores, sendo certo que esse efeito *erga omnes* também atinge o TCU na apreciação das matérias de sua competência.

8. Não se olvide ainda do entendimento consolidado da Suprema Corte no sentido de que a existência de precedente firmado pelo Plenário autoriza o **julgamento imediato** de causas que versem sobre o mesmo tema, independentemente da publicação ou do trânsito em julgado do “*leading case*” (ARE 673.256-AgR, rel. Min. Rosa Weber; ARE 930.647-AgR/PR, rel. Min. Roberto Barroso; RE 611.683-AgR/DF, rel. Min. Dias Toffoli, entre outros).

9. Adicionalmente, deve ser considerado que a prescrição e a decadência são matérias de ordem pública que podem ser arguidas em qualquer tempo e grau de jurisdição e, inclusive, ser reconhecidas de ofício pelo julgador, o que nos leva à convicção de que o novo entendimento veiculado pelo RE 636.886 (tema 899) tem aplicação imediata a todos os processos em curso no TCU, independentemente da época da ocorrência dos fatos.

Prescritibilidade das pretensões reparatória e executória

10. Embora a controvérsia dirimida no RE 636.886 tenha sido circunscrita à prescrição ocorrida no curso da execução, quando o dano ao erário já havia sido objeto de accertamento, materializado em acórdão condenatório proferido pelo TCU, é necessário considerar as razões essenciais da decisão, para identificar seus reflexos também no que diz respeito à prescrição reparatória.

11. Observa-se que, para resolver a lide, o STF concluiu que a ressalva constante da parte final do art. 37, § 5.º, da Constituição Federal (“ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”) não criou uma hipótese de imprescritibilidade apta a alcançar as decisões dos Tribunais de Contas. É o que se depreende do seguinte trecho do Voto do Ministro Alexandre de Moraes:

“A ressalva que permaneceu no § 5º do art. 37 da CF (ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento), mesmo após a retirada da expressão QUE SERÃO IMPRESCRITÍVEIS [expressão excluída por emenda do Plenário quando da apresentação do Projeto de Constituição da Comissão de Sistematização], teve por finalidade evitar, principalmente, uma anomia em relação à possibilidade de ressarcimento ao erário em face de responsabilização pela prática de eventuais atos ilícitos, enquanto ainda não tipificados pela lei exigida no § 4º do art. 37 da CF como atos de improbidade administrativa.

A ressalva prevista no § 5º do art. 37 da CF não pretendeu estabelecer uma exceção implícita de imprescritibilidade, mas obrigar constitucionalmente a recepção das normas legais definidoras dos instrumentos processuais e dos prazos prescricionais para as ações de ressarcimento do erário, inclusive referentes a condutas ímprobas, mesmo antes da tipificação legal de elementares do denominado ato de improbidade (Decreto 20.910/1932, Lei 3.164/1957, Lei 3.502/1958, Lei 4.717/1965, Lei 7.347/1985, Decreto-Lei 2.300/1986); mantendo, dessa maneira, até a edição da futura lei e para todos os atos pretéritos, a ampla possibilidade de ajuizamentos de ações de ressarcimento.”

12. Ocorre que, no âmbito do processo perante o TCU, a proteção do art. 37, § 5.º, da CF, era a fonte utilizada na defesa da imprescritibilidade tanto na fase condenatória como no curso da execução dos títulos extrajudiciais consubstanciados nos seus acórdãos.

13. Nesse diapasão, é forçoso concluir que também é prescritível a pretensão de ressarcimento exercida pelo TCU com o fim de apurar a ocorrência de prejuízo ao erário e condenar o agente que lhe deu

causa. Essa conclusão resulta das razões de decidir utilizadas na paradigmática decisão da Corte Suprema, que delimitaram o sentido e o alcance da ressalva contida no art. 37, § 5.º, da Constituição Federal.

Regras prescricionais aplicáveis

14. Na situação específica do RE 636.886, que tratou da prescrição da pretensão ressarcitória na fase de execução de julgado do TCU, o STF aplicou as regras de prescrição contidas na Lei de Execução Fiscal (conjugada com os dispositivos pertinentes do Código Tributário Nacional).

15. As regras da Lei de Execução Fiscal, no entanto, não se prestam a disciplinar a prescrição da pretensão reparatória do TCU na fase anterior à formação do respectivo título executivo extrajudicial consubstanciado em seu acórdão condenatório.

16. Ocorre que não há norma legal específica que discipline a prescrição no processo de controle externo, o que faz necessária a utilização da analogia para suprir essa lacuna, buscando-se um sistema normativo já existente que seja mais compatível com as atividades de identificação de dano e de imputação de responsabilidades levadas a efeito pelo TCU.

17. Aqui defendemos que deva ser aplicado o mesmo marco normativo prescricional tanto para a pretensão punitiva do Tribunal quanto para a sua pretensão de ressarcimento do dano ao erário. Isso se justifica na medida em que o instituto da prescrição busca indicar se ainda é possível ao Tribunal de Contas exercer a apuração e julgamento dos fatos, independentemente do desfecho do processo (imputação de débito ou aplicação de sanções). Ademais, sob a perspectiva do tempo como vetor da segurança jurídica e da própria prescrição como elemento indissociável do devido processo legal, a fixação de um prazo prescricional também objetiva não comprometer a possibilidade de defesa do responsável. E sua defesa normalmente se refere a fatos em relação aos quais teve participação ou conhecimento, independentemente de, após a apuração, as consequências de sua responsabilidade se situarem no âmbito do ressarcimento ou da sanção.

18. Cabe pontuar que houve ampla discussão acerca da prescrição da pretensão punitiva no Tribunal, que culminou com a adoção do prazo de dez anos do Código Civil (Acórdão n.º 1.441/2016-TCU-Plenário), em detrimento do regime de prescrição quinquenal da Lei n.º 9.873/1999, o qual então nos parecia mais adequado, conforme expusemos detalhadamente em manifestação exarada nos autos do TC 020.635/2004-9.

19. Naquela oportunidade, já não vislumbrávamos fundamentos jurídicos sólidos para a adoção do Código Civil como referencial analógico a ser utilizado pelo Tribunal de Contas da União em matéria de prescrição, senão apenas uma aparente escolha conservadora pelo prazo mais dilatado para o exercício da jurisdição de Controle Externo.

20. Parecia-nos que a opção pelo prazo prescricional quinquenal previsto na Lei n.º 9.873/1999 era a mais consentânea com a atuação estatal de Controle Externo, por dispor expressamente sobre o exercício da ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, como também por prever o lustro como o prazo para o perecimento do direito de agir da Administração Pública.

21. Com efeito, embora o controle externo não seja exercido com respaldo no poder de polícia mencionado no art. 1.º do diploma legal *supra*, a atuação punitiva de ambos apresenta mais similaridades do que diferenças, autorizando o uso da analogia. Uma das semelhanças é a inexistência de partes em ambos os processos administrativos, tanto o punitivo derivado do poder de polícia quanto aquele exercido pelo TCU, nos quais, também, o órgão estatal exerce independentemente de provocação de outrem o direito de perseguir e de punir (*jus perseguendi* e *jus puniendi*), aproximando as duas esferas de atuação sobremaneira.

22. Ademais, observávamos que a Lei n.º 9.873/1999 disciplinava a prescrição em sua integralidade, estabelecendo um prazo geral de 5 anos, incidente sobre todo e qualquer fato que enseja a pretensão punitiva da União, com disposições sobre termo inicial de contagem do prazo, interrupção e suspensão.

23. Também a previsão da prescrição intercorrente no prazo de 3 (três) anos (art. 1.º, § 1.º, da lei) se afigura medida harmônica com o exercício do Controle Externo, como forma de evitar que a inércia e

morosidade do Poder Público se estendam indefinidamente, constituindo importante instrumento de segurança jurídica e de estabilidade das relações jurídicas, que recomendava a integração analógica por meio da Lei n.º 9.873/1999.

24. De todo modo, o Tribunal perfilhou entendimento diverso, tendo uniformizado sua jurisprudência quanto à prescrição da pretensão punitiva com a adoção do prazo decenal geral do Código Civil (Acórdão n.º 1.441/2016-TCU-Plenário).

25. No entanto, entendemos que, com o recente reconhecimento da prescritibilidade do débito pelo STF, faz-se necessário revisitar toda a matéria.

26. Em situações que versavam sobre sanções aplicadas pelo TCU, a prescrição foi discutida pelo STF em julgamentos posteriores ao Acórdão n.º 1.441/2016-TCU-Plenário. Houve decisões colegiadas de ambas as turmas do STF no sentido de que a pretensão punitiva no processo de controle externo é regida pela Lei n.º 9.873/1999 (1.ª Turma: MS 32.201, DJe-173, 4/8/2017; 2.ª Turma: MS 35.512-AgR, DJe-135, 19/6/2019 e MS 36.067, DJe-234, 28/10/2019).

27. A matéria foi objeto de detalhada análise no MS 32.201. Nesse julgamento, após examinar os fundamentos do Acórdão n.º 1441/2016-TCU-Plenário, o STF manifestou-se em sentido diverso, nos termos da seguinte ementa:

“Direito administrativo. Mandado de segurança. Multas aplicadas pelo TCU. Prescrição da pretensão punitiva. Exame de legalidade.

1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada integralmente pela Lei n.º 9.873/1999, seja em razão da interpretação correta e da aplicação direta desta lei, seja por analogia. (...)”

28. O critério utilizado pelo STF no exame da prescrição punitiva pode ter aplicação mais ampla, para ser utilizado como fonte de integração também no que diz respeito à pretensão reparatória, até que haja a edição de norma específica.

29. Cabe destacar que o prazo de cinco anos fixado na Lei n.º 9.873/1999 é compatível com a diretriz de que a ação e a execução prescrevem no mesmo prazo (Súmula 150 do STF), e o prazo quinquenal foi adotado pelo STF para a execução do acórdão condenatório do TCU (RE 636.886).

30. Ressalte-se, ainda, que, na ausência de norma em contrário, o princípio da simetria orienta que o Poder Público tenha, para agir, o mesmo prazo que a lei estabelece para a pretensão inversa, ou seja, para quando o Estado é demandado, sendo certo que a pretensão de ressarcimento exercida pelo particular contra o Estado observa o prazo quinquenal fixado pelo Decreto n.º 20.910/1932.

31. Além disso, a Lei n.º 9.873/1999 apresenta hipóteses detalhadas quanto aos outros aspectos da regulação da prescrição (termo inicial e causas interruptivas), compatíveis com as peculiaridades do processo de controle externo como um todo (e não apenas quando tal processo se destina à aplicação de sanções).

32. No que toca às causas interruptivas, vale ressaltar que, nos julgamentos dos Mandados de Segurança 32.201 e 36.067, o Supremo Tribunal Federal descortinou diversos procedimentos de controle que se enquadrariam analogicamente às hipóteses previstas no art. 2.º da Lei n.º 9.873/1999, a exemplo de lavratura de relatório de auditoria, certamente um ato inequívoco que importa a apuração do fato (art. 2.º, II), instauração de tomada de contas especial, também um ato inequívoco que importa a apuração do fato (art. 2.º, II), autuação da TCE no Tribunal, do mesmo modo (art. 2.º, II), citação do responsável (art. 2.º, I), e exercício do poder punitivo por meio da prolação de acórdão condenatório (art. 2.º, III).

33. Por fim, cumpre transcrever trecho do Voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do RE 636.886, em que justifica a adoção supletiva do art. 1.º da Lei n.º 9.873/1999 para o deslinde da questão:

“Considerando que a atividade de controle externo, a cargo do Poder Legislativo e auxiliado pelo Tribunal de Contas, é exercida, mutatis mutandis, como poder de polícia administrativa lato sensu, cujo objeto é agir preventiva ou repressivamente em face da ocorrência de ilícito que possa causar ou cause prejuízo ao erário, entendendo aplicável o prazo quinquenal punitivo para os casos de ressarcimento aos cofres públicos, salvo em se tratando de fato que também constitua crime, ocasião em que a prescrição rege-se pelo prazo previsto na lei penal. Até porque, como garantia fundamental do cidadão fiscalizado, conforme visto, é etapa obrigatória a efetivação do contraditório e da ampla defesa no processo de tomada

de contas para que, após o regular processo administrativo, culmine-se com o título executivo extrajudicial que enseje a cobrança judicial visando ao ressarcimento ao erário.”

34. Isto posto, até que sobrevenha norma específica, entendemos que a adoção do regime previsto na Lei n.º 9.873/1999 apresenta-se como solução adequada para regular a prescrição para a atuação do Tribunal, tanto por observar os parâmetros que preponderam no conjunto de normas do direito público, como por ser, também, a norma que já vem sendo utilizada pelo STF para reger a limitação temporal ao poder sancionador do TCU.

Exame da prescrição no caso concreto

35. Compulsando os autos, verifica-se que o vencimento do prazo para prestação de contas deu-se em 10/2/2005, e o responsável foi notificado sobre as irregularidades pela autoridade administrativa por meio do Ofício n.º 461/2006-DIPRA/CGCAP/DIFIN/FNDE de 8/3/2006 (peça 1, pp. 38-39).

36. Em 18/8/2006, foi autuado processo de Tomada de Contas Especial pelo FNDE (peça 2, pp. 43-45). Os autos passaram por exame da Secretaria Federal de Controle Interno (SFC/CGU), entre setembro/2006 e agosto/2007 (peça 4, pp. 11-21), tendo sido devolvidos para ajustes formais pelo FNDE. A instrução do feito veio a ser concluída pelo FNDE em 02/10/2009, com o Relatório de TCE n.º 192/2009-COTCE/CGCAP/DIFIN/FNDE/MEC (peça 4, pp. 42-49). Após nova análise no âmbito da SFC/CGU, os autos foram encaminhados em abril/2010 para julgamento pelo TCU (peça 6, p. 12).

37. No âmbito da Corte de Contas, o responsável pediu e obteve cópia digitalizada dos autos em setembro/2011 (peça 6, p. 17, peça 7, pp.2-3). Após instrução preliminar pela Secex/MA (abril/2012) que contou com a anuência do MPTCU e do Ministro-Relator (março/2013), procedeu-se à citação válida do Senhor Agamenon Lima Milhomem, em 11/4/2013, no endereço constante da base de dados do Cadastro de Pessoas Físicas da Receita Federal (peças 18 e 21). Embora o responsável tenha comparecido aos autos, por meio de procuradora regularmente constituída, requerendo prorrogação de prazo para responder à citação, quedou-se inerte, configurando-se sua revelia (peças 17-22).

38. A Secex/MA elaborou então instrução de mérito, com proposta de julgamento pela irregularidade das contas do ex-prefeito, condenando-o em débito e aplicando-lhe a multa prevista no art. 57 da Lei n.º 8.443/1992 (peças 23 a 25), proposta que contou com a anuência desta representante do MPTCU (peça 26).

39. Estando os autos no gabinete do Ministro-Relator, o FNDE, em agosto e novembro/2013, noticiou o recebimento intempestivo da documentação de prestação de contas do PEJA/2004 e do PNATE/2004 (peças 27 e 29). Em virtude disso, o Tribunal determinou ao Fundo que analisasse os documentos e emitisse posicionamento conclusivo acerca das contas e sobrestou o presente feito (Acórdão n.º 236/2014-TCU-1.ª Câmara, de 4/2/2014, peça 34).

40. Na sequência, em 30/04/2014, o FNDE encaminhou ofício em que se manifestou pela não suficiência e não pertinência da documentação apresentada intempestivamente a título de prestação de contas e, por consequência, pela não aprovação das contas apresentadas, tendo em vista a impossibilidade de estabelecer o nexo de causalidade entre os recursos repassados, as despesas realizadas e sua vinculação com os objetos dos programas (peça 39).

41. Após o saneamento dos autos, por meio de diligências ao Banco do Brasil, entre setembro e novembro/2015, com vistas à obtenção de cópia integral dos extratos bancários das contas correntes vinculadas aos referidos programas (peças 41 a 49), a Secex/MA, em instrução lançada em setembro/2018, concluiu pela necessidade de efetuar nova citação do responsável, agora em razão da não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos repassados no âmbito do Peja e Pnate/2004 (peças 54-56).

42. Após diversas tentativas mal sucedidas de citar o responsável e seu procurador pela via postal, entre outubro/2018 e setembro/2019, procedeu-se à citação por edital, publicado em 5/3/2020 (peças 59-80). Diante do silêncio do responsável, a SecexTCE, unidade que assumiu a incumbência de dar continuidade à instrução do presente feito, ratificou em outubro/2020 a proposta de encaminhamento alvitrada anteriormente pela Secex/MA.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Gabinete da Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva

43. Diante do breve histórico desta TCE descrito acima, e admitindo-se como termo inicial a data de 10/2/2005, observa-se a superveniência de diversos marcos temporais que, nos termos do art. 2.º da Lei n.º 9.873/1999, interromperam a contagem do prazo prescricional quinquenal, dentre os quais mencionam-se: a primeira notificação do acusado (inciso I) em março/2006; a autuação da TCE no FNDE em agosto/2006 e no TCU em agosto/2010, ambos atos inequívocos que importam apuração do fato (inciso II); a primeira citação do responsável pelo TCU em abril/2013 (inciso I); a prolação do Acórdão n.º 236/2014-TCU-1.ª Câmara em fevereiro/2014 com determinação ao FNDE para analisar a prestação de contas enviada intempestivamente pelo responsável, a realização de diligência saneadora ao Banco do Brasil em novembro/2015, e a elaboração em setembro/2018 da instrução que fundamentou a segunda citação do responsável, concretizada em março/2020 (incisos I e II).

44. Em vista desse retrospecto, entendemos que, a despeito do longo período decorrido desde 2005 até o presente momento, não houve o decurso do prazo prescricional previsto na Lei n.º 9.873/1999 que pudesse inviabilizar o julgamento desta TCE pelo Tribunal.

45. Vencida a questão supostamente prejudicial de mérito, cumpre-nos registrar nossa anuência à instrução elaborada pela Unidade Técnica e, por conseguinte, ao encaminhamento por ela sugerida às peças 81-83.

46. Diante do exposto, esta representante do Ministério Público de Contas endossa a proposta de se declarar a revelia do Senhor Agamenon Lima Milhomem e julgar irregulares suas contas, condenando-o ao débito apontado nos autos e aplicando-lhe a multa prevista no art. 57 da Lei n.º 8.443/1992.

Ministério Público de Contas, 15 de outubro de 2020.

Cristina Machado da Costa e Silva
Procuradora-Geral