

VOTO

Trata-se de Recurso de Reconsideração interposto pelo Sr. Ernane Soares Borba contra o Acórdão 429/2018-TCU-2.^a Câmara (Rel. Min. Subs. André Luís de Carvalho), retificado por inexatidão material pelo Acórdão 2.500/2018-TCU-2.^a Câmara, que julgou irregulares as suas contas e aplicou-lhe a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, em razão da impugnação das despesas inerentes ao Convênio 180/2008 destinado a incentivar o turismo por meio do apoio à realização da “Festa do Trabalhador de Cortês”, sob o valor de R\$ 100.000,00, tendo a vigência do ajuste sido estipulada para o período de 21/5/2008 a 5/9/2009.

2. De início, cabe conhecer do recurso por estarem preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos nos artigos 32, inciso I, e 33 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União.

3. Em suas razões recursais, o Sr. Ernane Soares Borba alega que: a) ocorreu a prescrição da pretensão punitiva do Estado, pois os atos que ensejaram a irregularidade das contas ocorreram em 2009, enquanto as contas especiais foram instauradas somente em 2015, em violação à Lei 9.873, de 1999; b) a ausência de fotografias e/ou filmagens que comprovariam a realização dos **shows** constitui falha formal; c) inexistia alguma norma que exigisse a comprovação por esses meios, o que somente a Portaria/MTur 112, de 9/3/2012, passou a fazer, de modo que criar tal exigência no presente caso fere o princípio da legalidade, além de diretamente o artigo 5.º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, e o artigo 6.º, do Decreto-Lei 4.567, de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro); d) fortes chuvas destruíram o material comprobatório da realização dos **shows**, o mesmo ocorrendo em relação ao Convênio 726/2008 celebrado com o MTur, conforme reconhecido pelo Tribunal Regional Federal da 5.^a Região ao apreciar a Ação Civil Pública objeto do processo 0000329-38.2014.4.05.8312, após depoimentos de testemunhas os quais transcreve no recurso; e e) ausência de dolo ou culpa, de modo que, não havendo prova de dano ao erário, sua condenação a ressarcir o valor transferido ao município de Cortês-PE caracteriza enriquecimento ilícito da Administração.

4. Em seu exame, a Serur concluiu que: a) os débitos em favor do erário são imprescritíveis, conforme jurisprudência do TCU, em consonância com posição do STF; b) a punibilidade para a aplicação de multas não prescreveu no presente caso, segundo os parâmetros do Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, que uniformizou o entendimento do tribunal sobre o tema; c) o recorrente não logrou comprovar satisfatoriamente a execução física do Convênio 180/2008, o que poderia ser feito não somente pela apresentação de fotografias e vídeos – ainda que não previstas no convênio -, mas, pelo conjunto de outros elementos igualmente aceitáveis; d) não soa razoável exigir do gestor no presente caso a estrita observância dos ditames estabelecidos pelo Acórdão 96/2008, do Plenário, se considerados o exíguo período de tempo transcorrido desde sua prolação, a regulamentação falha do próprio MTur sobre a matéria e a ausência de previsão convencional sobre o ponto; e) um dos pressupostos do débito imputado ao ex-prefeito se afigura ter sido a contratação da empresa ABB L. Promoções de Espetáculos Ltda. em desacordo com o Acórdão 96/2008, do Plenário, o que enseja tão somente a multa prevista no artigo 58, da Lei 8.443/1992, segundo a atual jurisprudência do tribunal, justificando, em tese, a redução da multa aplicada ao recorrente, que se relaciona ao débito apurado; f) a par da alínea anterior, deixa-se de propor a redução da multa imposta ao recorrente, vez que não há informações nos autos sobre os critérios utilizados para o seu cálculo; e g) a responsabilidade nos processos do TCU associa-se à noção de culpa presumida, cabendo ao gestor o ônus de comprovar satisfatoriamente a destinação dos recursos geridos.

5. Em sua cota de participação, o Ministério Público junto ao Tribunal aderiu à proposta da Serur, destacando que: a) o Sr. Ernane Soares Borba não logrou comprovar a execução do ajuste mesmo que por outros meios além de fotografias e filmagens, como observado em instrução da Secex/SP (peça 29, p. 5, itens 20.2.2.4 a 20.2.2.7); b) as fotos constantes dos autos são de baixíssima qualidade, inviabilizando qualquer conclusão a seu respeito (peça 8, p. 147-149), de modo que não há

outros elementos aptos a comprovar minimamente a realização dos **shows**, além de duas declarações, sendo uma do próprio recorrente (peça 8, p. 74-75); c) não houve nota fiscal emitida pela empresa contratada como representante dos artistas.

6. Desde logo, acompanho, em linhas gerais, o exame realizado pela Serur, que contou com a anuência do **Parquet**, incorporando seus fundamentos às minhas razões de decidir, nos limites dos destaques que farei adiante.

7. No presente caso, não há que se falar em prescrição da pretensão punitiva do Tribunal, a qual, nos termos do entendimento firmado no Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário (Rel. Ministro Benjamin Zymler), subordina-se ao prazo geral de prescrição indicado no art. 205 do Código Civil, qual seja, dez anos contados a partir da data de ocorrência da irregularidade sancionada, nos termos do art. 189 do Código Civil.

8. Como bem lembrou a Serur, “a incidência do prazo prescricional de cinco anos previsto na Lei 9.873/1999 - e em outras normas -, principal argumento do recorrente, foi amplamente debatido quando prolatado o Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, conforme se percebe dos votos então proferidos. Na oportunidade, saiu vencedora a tese da aplicabilidade dos ditames do Código Civil acerca do tema da prescrição, contrariando inclusive a posição do ministro relator”.

9. Quanto à prescrição para o ressarcimento ao erário, importa reafirmar, nesta oportunidade, que a jurisprudência desta Corte de Contas ainda é pacífica no sentido de que as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis, nos termos do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, da Súmula TCU 282 e de farta jurisprudência do Tribunal.

10. Não é do desconhecimento deste Tribunal que, na sessão virtual encerrada no dia 17/04/2020, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Recurso Extraordinário 636.886, decidiu, em repercussão geral, com 7 votos favoráveis e 3 votos com ressalvas, fixar a tese de que “É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão do Tribunal de Contas”. Entretanto, a questão ainda está em análise interna pelo TCU, com vista à apresentação de recurso ao STF, prevalecendo, neste momento, a jurisprudência reinante, de modo que, neste momento, não há que se falar em prescrição do débito no prazo de 5 anos, como alega a responsável.

11. Nesse mesmo sentido tem caminhado os julgados desta Corte de Contas, a exemplo do entendimento acerca da prescrição da pretensão ressarcitória do TCU apresentado pelo Ministro Benjamin Zymler (Acórdão 5.236/2020-TCU-1ª Câmara, Sessão de 05/05/2020), **in verbis**:

“12.Enfatizo que estou aplicando a jurisprudência atual desta Corte de Contas sobre a matéria, consolidada na Súmula 282, para a prescrição do débito apurado e, no que tange à eventual aplicação de sanções, no incidente de uniformização de jurisprudência apreciado pelo Acórdão 1.441/2016-Plenário, que adotou o prazo geral de prescrição indicado no art. 205 do Código Civil. Não desconheço que recentemente o Supremo Tribunal Federal, no âmbito do RE 636886/AL, fixou o seguinte enunciado para o Tema 899: “É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”. Não obstante essa respeitável decisão, ainda pairam diversas dúvidas sobre a matéria, pois é possível a conclusão de que a deliberação não tratou da prescrição do processo de controle externo levado a cabo perante o Tribunal de Contas da União, mas sim da prescrição intercorrente ocorrida durante a fase de execução do acórdão condenatório do Tribunal.

13.A decisão do STF versou sobre recurso extraordinário interposto pela União contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que negou provimento a embargos de declaração opostos contra acórdão de sua lavra, assim ementado:

“EMENTA: TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PROCESSO PARALISADO POR MAIS DE CINCO ANOS. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. OCORRÊNCIA. 1. Para fins práticos, deve-se observar quando a Fazenda Pública foi intimada a providenciar o andamento do feito. Passados cinco anos sem diligências concretas, ocorre a prescrição intercorrente. Caso haja suspensão na forma do art. 40, da Lei n. 6.830/80, ocorre a extinção se o feito permanecer paralisado por mais de seis anos. 2.

Na hipótese dos autos, houve o arquivamento sem baixa do processo em 12.08.1999 e até a data da sentença extintiva do feito em 05.06.2006, a Fazenda Nacional não apresentou nenhuma medida concreta quanto à localização do devedor ou de seus bens. Revela-se, portanto, inequívoca a ocorrência da prescrição intercorrente.”

14.No caso, a Fazenda Pública deixou a ação paralisada por mais de seis anos, o que ensejou a declaração de prescrição intercorrente no aludido caso concreto. Como se vê da leitura da ementa, **a questão controversa em discussão naquela deliberação era unicamente a prescrição intercorrente ocorrida durante a fase de execução do acórdão condenatório do Tribunal.**

15.Com base nessa possível interpretação, a matéria decidida no aludido feito não teria nenhuma repercussão de ordem prática e jurídica na presente tomada de contas especial, cujo título executivo extrajudicial ainda não se formou. Caso a AGU, **na execução de eventual decisão condenatória proferida neste feito, deixe de adotar as medidas pertinentes dentro do prazo de cinco anos, aí sim haverá a aplicação da tese emanada no RE 636886**, com o reconhecimento da prescrição intercorrente da ação de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas (a ação de execução fiscal), pela hipotética inação da Fazenda Pública.

16.Ainda que se interprete que a decisão do STF seja também aplicável à tramitação do processo de controle externo no âmbito do TCU, exsurtem outras diversas questões fundamentais para que esta Corte de Contas estabeleça novo tratamento acerca da prescrição do débito e da pretensão punitiva, em particular qual seria o **dies a quo** (data de ocorrência do fato irregular ou data do seu conhecimento pelo TCU) e as hipóteses de interrupção da prescrição.

17.**Diante de todas as dúvidas ainda existentes sobre a decisão do STF no âmbito do RE 636886, opto por aplicar ao caso em exame a jurisprudência do TCU então existente**, que se fundamenta no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, no que tange ao ressarcimento do prejuízo, e no art. 205 da Lei 10.406/2002 (Código Civil), no que se refere à pretensão punitiva.” (grifos acrescentados)

12. Vale ressaltar que as irregularidades apuradas nestes autos foram praticadas em 2008, e o aludido prazo de dez anos foi interrompido pelo ato que ordenou a citação (20/5/2016), conforme despacho de peça 10.

13. No que diz respeito ao mérito do julgamento pela irregularidade das contas, a alteração do juízo **a quo** dependeria da juntada de prova incontestada da realização do evento objeto do Convênio 180/2008, nos termos do plano de trabalho aprovado, o que não ocorreu, conforme evidenciado pela Serur no seguinte trecho de sua instrução:

“10.8.Ocorre que **o Sr. Ernane Soares Borba não logrou comprovar a execução do ajuste** mesmo que por outros meios além de fotografias e filmagens, como observado em instrução da Secex/SP (peça 29, p. 5, itens 20.2.2.4 a 20.2.2.7). Portanto, além das **fotos constantes dos autos serem de muito baixa qualidade, inviabilizando qualquer conclusão a seu respeito** (peça 8, p. 147-149), **não há outros elementos aptos a comprovar minimamente a realização dos shows**, além de duas declarações, sendo uma do próprio recorrente (peça 8, p. 74-75). Por exemplo, **não há matérias jornalísticas, declarações de populares, ou, do estabelecimento de eventual hospedagem dos artistas, entre outros possíveis**. Para reforçar esse quadro, **não houve nota fiscal emitida pela empresa contratada como representante dos artistas.**” (os grifos não constam do original)

14. Dispensa-se, portanto, qualquer exame sobre exigência de fotografias e filmagens no termo do convênio ou normas do MTur, uma vez que o recorrente não comprovou, por nenhuma outra forma, a realização do evento, sendo correta a imputação do débito neste caso, de modo que não há que se falar em enriquecimento ilícito ou sem causa da União.

15. Quanto aos alegados motivos de destruição do material probatório, vale lembrar que incumbe ao gestor público, em tomada de contas especial, trazer elementos probatórios consistentes, coerentes e suficientes a demonstrar, de forma inequívoca, o bom e correto emprego das verbas geridas, de acordo com as normas pertinentes (v.g. Acórdão 2435/2015-Plenário, Relator Ana Arraes).

16. Sobre a alegada ausência de dolo ou má-fé, basta esclarecer que no âmbito do exercício da competência desta Corte de Contas, é suficiente a constatação da culpa **stricto sensu** e o

estabelecimento do nexo de causalidade entre a conduta dos responsáveis e o dano dela resultante, sendo desnecessária a caracterização de conduta dolosa ou má-fé do gestor para que este seja responsabilizado.

17. Acerca das questões atinentes ao valor da multa, fundada no art. 57 da Lei 8.443/1992, reputo adequado o juízo formulado pelo relator **a quo**, de modo que, ao final, converge com a conclusão da Serur, que reconhece que não há que se falar em redução do valor da multa imposta ao recorrente, a qual atende aos requisitos que a fundamentou.

Isso posto, em linha com a proposta da Serur, acolhida pelo Ministério Público junto ao Tribunal, não vejo razões para alterar o julgado recorrido, de modo que VOTO pela adoção da deliberação que submeto ao escrutínio deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 3 de novembro de 2020.

AROLDO CEDRAZ
Relator