TC 019.363/2019-2

Tipo: Tomada de contas especial (recurso de reconsideração).

Unidade jurisdicionada: Município de Alto Santo, Estado do Ceará.

Recorrente: Adelmo Queiroz de Aquino, CPF 024.704.543-87.

Advogados: Igor Cesar Rodrigues dos Anjos, OAB/CE 26.482 e outras (instrumento de mandato à peça 105).

Sumário: Tomada de contas especial. Convênio. Realização de evento festivo. Não comprovação da boa e regular aplicação dos valores recebidos. Não demonstração do efetivo pagamento às bandas contratadas. Não comprovação da execução do evento conforme pactuado no ajuste. Contas irregulares. Débito. Prescrição da pretensão punitiva. Recurso de reconsideração. Adequação da sanção reintegratória do erário aplicada. Conhecimento do Recurso. Negativa de provimento.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recurso de reconsideração (peça 106) interposto por Adelmo Queiroz de Aquino, à época dos fatos Prefeito do Município de Alto Santo, contra o Acórdão 5423/2020 − 2ª Câmara (peça 92), relatado pelo Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa.

1.1. Reproduz-se integralmente o teor do dispositivo da decisão impugnada:

> ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 2a Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em:
> 9.1. nos termos dos arts. 1°, inciso I, 16, inciso III, alínea "c", e 19, caput, da Lei 8.443/1992, julgar irregulares as contas do Sr. Adelmo Queiroz de Aquino, condenando-o ao pagamento da quantia abaixo discriminada, com a fixação do prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovar, perante o Tribunal (artigo 214, inciso III, alínea a, do Regimento Interno/TCU), o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir da data indicada até a do efetivo recolhimento, nos termos da legislação em vigor, abatendo-se, na oportunidade, os valores eventualmente já ressarcidos, nos termos do Enunciado 128 da Súmula de Jurisprudência do TCU:

Data	Valor (R$)	Natureza
18/12/2008	180.000,00	Débito
27/2/2009	2.000,00	Crédito

> 9.2. autorizar, caso requerido, com fundamento no 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), esclarecendo ao responsável que a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor, sem prejuízo das demais medidas legais;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 66155461.

> 9.3. autorizar, desde logo, com base no art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial da dívida, caso não atendida a notificação;
> 9.4. encaminhar copia deste Acórdão à Procuradoria da República no Estado do Ceará, nos termos do § 3° do art. 16 da Lei 8.443/1992 e do § 7° do art. 209 do Regimento Interno/TCU, para a adoção das medidas que entender cabíveis, bem como ao Ministério do Turismo, para ciência.

HISTÓRICO

2. O Ministério do Turismo (MTur) celebrou com o Município de Alto Santo, Estado do Ceará, o Convênio 01252/2008 (Siafi 700177) para o evento denominado de Cajufest. Firmou-se o ajuste no valor de R$ 189.000,00, dos quais R$ 180.000,00 à conta do Órgão Concedente e R$ 9.000,00 referentes à contrapartida da Entidade Convenente. Repassaram-se R$ 180.000,00 (peça 6).

3. Em processo de controle administrativo da execução física e financeira do objeto do convênio, examinou-se a prestação de contas apresentada e documentos complementares, e mediante os pareceres constantes das peças 22, 33, 36, 43 e 56 entendeu-se que tais documentos revelaram a ocorrência de irregularidades que impedem a comprovação da boa e regular aplicação da verba federal. Responsabilizou-se pela irregularidade Adelmo Queiroz de Aquino, prefeito do Município à época dos fatos.

4. Notificado, o responsável não as saneou as irregularidades e não devolveu os valores respectivos, motivo por que o MTur instaurou esta Tomada de Contas Especial e lhe imputou o débito apurado de R$ 178.000,00.

5. No âmbito do Tribunal, examinados os autos, verificou-se que a empresa Zoom Promoções Eventos e Marketing assinou contrato em 12/6/2008 com o Município de Alto Santo/CE, no valor de R$ 197.941,90, para a realização do evento citado (peça 36, p. 3) e que, nada obstante o preço contratado, a firma emitiu Nota Fiscal - NF de R$ 187.000,00 e recebeu R$ 189.000,00. Dada a diferença entre o que previsto na NF e o que recebeu, a sociedade empresária efetuou a devolução de R$ 2.000,00 (peça 36, p. 3).

6. Consoante a Nota Técnica Financeira PGTUR 250/2017, tal empresa não apresentou os respectivos contratos de exclusividade entre as bandas contratadas para a realização da festividade - Junior Palmeira, Balanço do Forró, Colo de Menina e Toca do Vale - e o empresário, devidamente registrados em cartório (peça 56, p. 4).

7. O Tribunal assentou que tal fato encerra irregularidade grave e ofende o art. 25, inciso III, da Lei 8.666, de 21/6/1993, no seu Acórdão 1.435/2017 – Plenário, relator o Ministro Vital do Rêgo. Entendeu a Corte naquela decisão parcialmente infratranscrita, porém, que tal situação, *per se*, não basta para fundar o julgamento pela irregularidade das contas e a consequente condenação do responsável em débito:

> 9.2.1. a apresentação apenas de autorização/atesto/carta de exclusividade que confere exclusividade ao empresário do artista somente para o (s) dia (s) correspondente (s) à apresentação deste, sendo ainda restrita à localidade do evento, não atende aos pressupostos do art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, representando impropriedade na execução do convênio;
>
> 9.2.2. do mesmo modo, contrariam o sobredito dispositivo legal as situações de contrato de exclusividade - entre o artista/banda e o empresário - apresentado sem registro em cartório, bem como de não apresentação, pelo convenente, do próprio contrato de exclusividade;
>
> 9.2.3. tais situações, no entanto, podem não ensejar, por si sós, o julgamento pela irregularidade das contas tampouco a condenação em débito do (s) responsável (is), a partir das circunstâncias inerentes a cada caso concreto, uma vez que a existência de dano aos cofres públicos, a ser comprovada mediante instauração da devida tomada de contas especial, tende a se evidenciar em cada caso, entre outras questões, quando:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 66155461.

9.2.3.1. houver indícios de inexecução do evento objeto do convênio; ou

9.2.3.2. não for possível comprovar o nexo de causalidade, ou seja, que os pagamentos tenham sido recebidos pelo artista ou por seu representante devidamente habilitado, seja detentor de contrato de exclusividade, portador de instrumento de procuração ou carta de exclusividade, devidamente registrados em cartório.

8. A Corte reputou que no caso concreto não foi carreado aos autos a documentação comprobatória do repasse dos recursos pecuniários recebidos aos conjuntos musicais que se apresentaram no evento. Ademais disso, que há outras irregularidades impeditivas da conclusão no sentido de aplicação boa e regular dos ditos recursos, a saber:

a) celebrou-se o contrato firmado com a empresa Zoom Promoções Eventos e Marketing em junho de 2008, portanto antes do início da vigência do convênio, havida em 7/11/2008;

b) o contrato mencionado na alínea precedente é de valor distinto do recebido de fato pela empresa contratada;

c) a subscrição das propostas apresentadas em licitação para a contratação da empresa organizadora, em de 31/10/2008, é posterior à contratação da empresa para tanto, havida em junho do mesmo ano (peça 56, p. 4);

d) não se comprovou a execução de fato dos seguintes itens previstos do Plano de Trabalho: (i) confecção de camisetas e cartazes; (ii) contratação de seguranças; (iii) locação de banheiros químicos; e (iv) contratação das bandas Junior Palmeira e Balanço do Forró (peça 56, p. 4).

9. O responsável permaneceu silente depois de citado. Nos termos do art. 12, § 3°, da Lei 8.443/1992, deu-se continuidade ao processo.

10. A Corte reputou justo suprimir do débito imputado o valor de R$ 2.000,00, correspondente ao depósito efetuado em 30/12/2008 na conta específica pela empresa Zoom Promoções Eventos e Marketing, a título de devolução de valor recebido a mais do que informado na nota fiscal.

11. Entendeu também haver prescrito a pretensão do Estado de aplicar sanção pecuniária ao responsável em processo de controle administrativo por aplicável ao caso o entendimento assentado no Acórdão 1.441/2016 – Plenário, relator o Ministro Benjamin Zymler.

12. Daí a decisão vergastada.

13. Irresignado, o responsável vem impugná-la.

ADMISSIBILIDADE

14. Exarou-se exame da admissibilidade do recurso à peça 107, em que se propõe dele conhecer e suspender os subitens 9.1 e 9.3 da decisão combatida. Seu relator, Ministro João Augusto Ribeiro Nardes, acolheu a proposta em seu despacho trazido à peça 109. Reputa-se acertado o proposto e acolhido.

MÉRITO

15. Delimitação

15.1. Quanto ao mérito do recurso, no essencial é de perquirir:

a) se houve chamamento tardio ao processo do ora recorrente, que possa ter prejudicado sua ampla defesa e dificultado a obtenção de documentos (nesta instrução, item 16);

b) se na persecução de controle administrativo teve lugar a prescrição material da pretensão do Estado de aplicar sanção reintegratória do erário ou a prescrição processual administrativa prevista no art. 1º. § 1º, da Lei 9.873/1999 (ibid. item 17);

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 66155461.

c) se a decisão se fundou em fuga da modalidade licitatória legalmente exigida e, nessa hipótese, se houve erro de julgamento a esse respeito (*ibid.*, item 18);

d) se o julgamento combatido é eivado de erro porque não fundado na ocorrência de conduta dolosa (*ibid.*, item 19).

16. Da não ocorrência de prejuízo à ampla defesa pelo decurso do tempo

16.1. À peça 106, p. 5 e 14, o recorrente sustenta que em razão de "decurso excessivo de tempo" teria havido perda e deterioração de "[p]apéis de procedimentos licitatórios" e a mudança de residência de testemunhas. Por esse modo, estaria prejudicada "a analise, pela possibilidade de tratar-se de itens que quando da elaboração do plano, foram retirados para redução do valor estimado".

Análise

16.2. Não assiste razão ao recorrente.

16.3. No concernente à alegada não razoabilidade da exigência de produção de prova pelo ora recorrente do bom e regular emprego dos recursos públicos a ele confiados, é de ver que o tempo medial possivelmente prejudicial da ampla defesa, por demasiado extenso, tem como termo inicial o momento da prática dos atos, comissivos ou omissivos, causadores de prejuízo ao erário; como termo final, o conhecimento pelo responsável da existência de ações administrativas ou judiciais de investigação acerca do emprego mau ou irregular dos recursos pecuniários – momento a partir do qual se faz exigível a guarda permanente dos documentos referidos, para subsidiar processos de fiscalização em andamento.

16.4. Tendo havido o mencionado conhecimento de investigação de natureza mencionada no parágrafo anterior com tardamento não obstaculizador da obtenção de elementos probatórios eventualmente fundadores das alegações defensórias, não há que falar em prejuízo à sua elaboração. Portanto, a questão não se relaciona à data do ulterior julgamento do mérito das contas.

16.5. Cite-se, a propósito, o Acórdão 78/2008 − Plenário, relator o ministro Benjamim Zymler, proferido em resposta a consulta, cujo subitem 9.2.3 se transcreve:

> 9.2.3. documentos que não tiverem sido analisados pelo TCU, por exemplo, aqueles que se referirem a receitas percebidas ou despesas efetuadas por quem não presta contas ordinárias ao Tribunal, deverão ser guardados por dez anos, contados da data de recebimento ou de aplicação dos recursos, respectivamente.

16.6. Por essa maneira, evita-se que a demora na fase apurativa da persecução de controle administrativo levada a efeito traga prejuízo à produção de provas pelo responsável em suas alegações de defesa.

16.7. A Corte fixou o prazo objeto da decisão por último citada, posteriormente estabelecido na sua Instrução Normativa 71, de 28/11/2012, com vistas à observação do princípio constitucional da ampla defesa.

16.8. Interessa o seguinte excerto do relatório daquela decisão:

> [...] o prazo de dez anos, previsto na IN nº 49/2005, a contar da efetiva ocorrência das receitas ou despesas, é o limite temporal a ser observado para guarda de documentos que não tenham sido examinados na apreciação de contas do responsável. É o caso, por exemplo, dos gestores que não estão sujeitos à tomada ou prestação de contas ordinária, embora tenham seus atos sujeitos à fiscalização. Nessa hipótese, o prazo de guarda de documentos naturalmente não poderá ser de cinco anos após o julgamento das contas, razão pela qual **o TCU fixou esse prazo** em dez anos a partir da ocorrência da receita ou despesa [...] (grifou-se)

16.9. Interessante lembrar que, como decidiu a Corte no citado Acórdão 78/2008 – Plenário, há dois critérios de estabelecimento do termo inicial da contagem do prazo: (i) se se tratar de recursos

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 66155461.

percebidos, consistirá ele na data do seu recebimento; (ii) se se cuidar de despesas efetuadas por gestores não sujeitos à persecução de controle efetuada por tomada ou prestação de contas ordinária, consistirá ele na data de aplicação dos recursos.

16.10. Passa-se ao exame da aplicação do entendimento ao caso concreto.

16.11. Tratando-se recursos pecuniários repassados por força de convênio, o prazo decenal em foco se inicia na data de recebimento dos recursos, em conformidade com o decidido pela Corte no citado Acórdão 78/2008 –Plenário.

16.12. Cumpre considerar como termo inicial a data do recebimento dos recursos, 18/12/2008 (v. subitem 9.1 do dispositivo da decisão vergastada).

16.13. Dessa forma, haveria que considerar prejudicada a defesa do responsável houvesse sido ele instado a se manifestar somente depois de 18/12/2018.

16.14. Do exame da peça 26 se verifica que em 19/4/2010 o ora recorrente teve conhecimento do expediente a ele dirigido pelo Controle Interno acerca dos fatos, visto que o respondeu em 2/6/2010 mediante o trazido à peça 27. A partir da primeira das duas datas se caracteriza o conhecimento por parte do responsável do questionamento do bom e regular emprego dos recursos e, conseguintemente, a obrigatoriedade de ele guardar a documentação necessária para fazer prova do bom e regular emprego dos recursos pecuniários relativos à irregularidade objeto da reunião.

16.15. Conclui-se, portanto, que não houve prejuízo à sua ampla defesa pelo decurso do tempo cuja extensão tenha dificultado a obtenção de documentos.

17. Da prescrição da pretensão do Estado de aplicar sanção reintegratória ao erário

17.1. À peça 106, p. 3-9 o recorrente sustenta que, em face da lacuna normativa existente na Lei 8.443/1992 acerca do instituto da prescrição, coexistiriam "a imprescritibilidade das 'ações' de ressarcimento ao erário, positivada no artigo 37, § 5°, da Constituição", "a regra geral do Código Civil, que fixa o prazo de vinte anos, inserta no artigo 177 do Código anterior, ou de dez anos no artigo 205 do atual, para a prescrição de todas as pretensões não-reguladas com prazo inferior, além do prazo de cinco anos".

17.2. Para o recorrente, ainda que a jurisprudência no Tribunal ser firme no sentido de admitir como suscetível reconhecimento a prescrição da pretensão do Estado de aplicar sanção reintegratória do erário nos prazo de vinte anos, se o fato que as ensejou tiver ocorrido na vigência do Código Civil de 1916, artigo 177, ou dez anos, se ocorrido na vigência do Código atual, artigo 205, observada a regra de transição do artigo 2.028, "a citação do agente neste processo" não seria feita, "inicialmente, para pagamento da dívida ativa da União", mas antes "para exercício do contraditório".

17.3. Ao arguir "a prescrição/decadência", o recorrente o faria tendo por objeto "não a cobrança dessa dívida, mas o direito à constituição dela, que poderá ocorrer somente após o trânsito em julgado de um eventual acórdão condenatório".

17.4. Por isso, não se poderia aplicar "a regra genérica de prescrição vintenária/decenal, prevista no Estatuto Civil" em processos de contas.

17.5. Neste sentido teria decidido o Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 636.886/AL (Tema 899), em que fixou o entendimento de que "É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas".

17.6. Segundo o recorrente, nos títulos executivos derivados de atividade dos Tribunais de Contas, "os exames e análises de cálculos, por exemplo, não observam as mesmas garantias do devido processo judicial, além de não preverem e permitirem o contraditório e ampla defesa efetivos, anteriormente à sua formação".

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 66155461.

17.7. As exceções à prescritibilidade estariam previstas exclusivamente na Constituição da República para sanções de natureza diversa das previstas no Regimento do Tribunal e na Lei de Improbidade Administrativa.

17.8. Em reiteradas decisões, o Supremo Tribunal Federal vem se posicionando no sentido de que é de cinco anos o prazo prescricional aplicável ao processo de controle administrativo. Citam-se, dentre outros, os seguintes precedentes que ilustram o entendimento acima narrado: MS 32.201/DF, MS 34.256-MC/DF, MS 35.294/DF, MS 35.512/DF MS 35.539/DF, MS 35.940-MC/DF, MS 35.971/DF, MS 36.054/DF, MS 36.067-MC/DF e MS 36.127/DF.

17.9. Nesse sentido também o julgamento proferido no RE 636.886/AL.

17.10. Haveria que se observar no processo de contas, para a aplicação do instituto, (i) os entendimentos do STF quanto à matéria, (ii) a Lei n.° 5.172/1966 (CTN), (iii) a Lei n.° 9.873/1999 e (iv) a Lei n.° 6. 830/1980 (Lei de Execução Fiscal).

17.11. No caso concreto, como os fatos apurados teriam tido lugar em 2008, haveria prescrito em 2013 a pretensão do Estado de lhe aplicar sanção nesta tomada de contas especial e a decisão objurgada seria nula na medida que o processo teria sido autuado somente em 8/7/2019, segundo fotocópia de consulta ao sistema informatizado do Tribunal aposta pelo recorrente à peça 106, p. 9.

17.12. À peça 106, p. 7-8, arguiu o recorrente que também pode ter lugar a prescrição intercorrente, ante a paralização do processo por três anos, prevista no o art. 1°, § 1°, da Lei 9.873/1999, consoante o entendimento do STF adotado no MS 32.201/DF.

Análise

17.13. Não assiste não razão ao recorrente, independentemente do regime prescricional a ser adotado pelo Tribunal em face de novo entendimento vinculante do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria do instituto da prescrição em processos de controle administrativo.

i) Da não aplicação ao processo do instituto da decadência

17.14. Prevê-se o instituto da decadência administrativa no art. 54 da Lei 9.784/1999, dispositivo esse não aplicável aos processos de tomada de contas especial, regidos pela Lei 8.443, de 1999, em face do a seguir reproduzido art. 69 da Lei 9.874/1999: "Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei". É este, bem a propósito, o entendimento assentado em precedentes desta corte de contas, a exemplo do Acórdão 1.088/2015 − Plenário, relator o ministro Augusto Nardes.

ii) Da prescrição no caso concreto

ii.1) Preâmbulo

17.15. As discussões levadas a efeito no TC 030.926/2015-7 evidenciam que houve relevantes discussões no TCU acerca do regime prescricional a ser observado quanto à pretensão punitiva.

17.16. Acerca dessas discussões, vejam-se também, exemplificativamente, as manifestações do Ministério Público junto ao TCU nos processos TC 018.404/2007-9 e TC 020.635/2004-9, assim como a da Consultoria Jurídica no processo TCU/Conjur 017.625/2020-3, todas com substanciosas contribuições para o debate.

17.17. Na linha dessas manifestações, observa-se que o Poder Judiciário, historicamente, tem demonstrado reservas quanto à adoção de critérios de direito privado, a exemplo dos previstos no Código Civil, para aferir prescrição em relações submetidas ao direito público.

17.18. Na ausência de norma específica sobre prescrição, o Judiciário, como regra, entende que os prazos prescricionais devem ser buscados em normas de direito público, até mesmo pelo princípio

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 66155461.

da simetria. Sabe-se que quando a pretensão é exercida pelo particular contra a Fazenda Pública, há norma geral que estabelece prazo de 5 anos para tanto (o Decreto 20.910/1932, recepcionado pela Constituição Federal com força de lei ordinária, segundo o qual "todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem").

17.19. Pela simetria, na ausência de norma própria, é razoável aplicar o mesmo prazo quando a pretensão se inverte, ou seja, quando for exercida pela Fazenda Pública contra o particular. Das várias decisões nesse sentido, cita-se o pronunciamento do STJ no REsp 1105442/RJ (tema 135 da sistemática de recursos repetitivos), que adota, na ausência de lei específica, a norma "relativa à prescrição em casos inversos, isto é, prescrição de ações do administrado contra o Poder Público", que tem no Decreto 20.910/1932 a referência geral de prazo, fixado em cinco anos.

17.20. Também o ministro Benjamin Zymler, em voto proferido no TC 030.926/2015-7, que tratou da uniformização da jurisprudência, observou que "as normas de Direito Público adotam, *tanto a favor da administração, como contra ela,* o prazo prescricional quinquenal".

17.21. Assim, no sistema prescricional a incidência de um mesmo prazo, contra ou a favor, é uma relevante diretriz, traduzida no princípio da simetria, a ser considerada em situações de integração do ordenamento (ou seja, na ausência de definição expressa do legislador em outro sentido).

17.22. Ainda nessa linha de compreensão, note-se que o RE 636.886 (tema 899) tratou do ressarcimento em si, embora na fase de execução, estabelecendo um prazo quinquenal para a prescrição. Esse aspecto tem especial relevância ao ser considerada a Súmula 150 do STF, segundo a qual "prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação".

17.23. Tal súmula fornece uma segunda diretriz importante para integração do ordenamento, ao introduzir uma outra espécie de simetria, desta feita entre as fases do processo: na ausência de regra legal em contrário, a ação e a execução devem observar os mesmos prazos prescricionais.

17.24. Logo, até haver norma específica a tratar da prescrição no processo de controle externo (que poderá ser formulada com maior liberdade pelo legislador, comparativamente às limitações próprias da analogia), a integração do ordenamento deve considerar algumas diretrizes, já referidas, de que:

a) a ação e a execução devem observar um mesmo prazo prescricional (embora seja natural que possuam termos iniciais e causas de interrupção apropriados às respectivas fases), conforme Súmula 150 do STF;

b) esse prazo deve atuar contra ou favor do titular da pretensão, ante o princípio da simetria, cabendo unicamente ao legislador positivo estabelecer diferenciações em benefício da Fazenda Pública;

c) no que se refere à atuação do controle externo, os critérios devem ser uniformes para a punição e para o ressarcimento, pois significam limites à atividade apuratória do tribunal de contas em si, independentemente do desfecho dessa atuação.

17.25. Especificamente em casos envolvendo sanções aplicadas pelo TCU, a prescrição foi discutida pelo STF em julgamentos posteriores ao Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário. Já há decisões colegiadas de ambas as turmas do STF no sentido de que pretensão punitiva no processo de controle externo é regida pela Lei 9.873/1999 (1a Turma: MS 32.201, DJe-173, 4/8/2017; 2a Turma: MS 35.512-AgR, DJe-135, 19/6/2019 e MS 36.067, DJe-234, 28/10/2019).

17.26. A matéria foi objeto de minuciosa análise no MS 32.201. Nesse julgamento, após examinar detidamente os fundamentos do Acórdão 1441/2016-Plenário, que uniformizou a jurisprudência do TCU, o STF manifestou-se em sentido diverso, retratado na seguinte ementa:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 66155461.

> 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° 9.873/1999, seja em razão da interpretação correta e da aplicação direta desta lei, seja por analogia. (...). [grifou-se]

17.27. Nesse precedente, concluiu-se que "não há nenhuma razão plausível pela qual se deva suprir a alegada omissão [de prazo para a atuação punitiva do TCU] com recurso às normas de direito civil, e não às de direito administrativo".

17.28. Entendimento similar já havia sido sustentado também nos debates que deram origem ao Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, mais especificamente no voto do ministro Benjamin Zymler, ao apontar que as relações de direito administrativo são assimétricas, havendo uma tendência dos ordenamentos jurídicos em geral em estabelecer prazos distintos para o Poder Público, não se justificando a importação automática das regras de direito civil:

> Após melhor refletir sobre a matéria, cheguei à conclusão de que o prazo decenal previsto no Código Civil visa regulamentar relações eminentemente privadas. Por consequência, não caberia extrair do art. 205 do Código Civil (...) a moldura jurídica do prazo prescricional do poder-dever de sancionar do TCU. Ou seja, essa solução jurídica residual deveria ser aplicada somente para o direito de ação de relações privadas não estabelecidas no Código Civil ou em lei específica.

17.29. Há, em síntese, um conjunto paradigmático de normas que revelam um sistema prescricional próprio das pretensões que envolvem o Poder Público. Após o exame desse vasto conjunto normativo, o STF (notadamente no MS 32.201) considerou inapropriado utilizar a disciplina do Código Civil para reger a prescrição da pretensão punitiva pelo tribunal de contas, no exercício da atividade de controle externo.

17.30. O critério utilizado pelo STF para esse fim (as regras da Lei 9.873/1999), 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.

17.31. Primeiro, porque a Lei 9.873/1999 observa a sistemática geral do conjunto de normas existentes sobre prazos extintivos no âmbito do direito público. Depois, porque o prazo nela fixado é também compatível com as diretrizes de que (i) 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), e (ii) 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 20.910/1932.

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

17.33. A alegação de prescrição assume particular relevância, dado o recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) do Recurso Extraordinário 636.886 (tema 899 da repercussão geral). Os significativos impactos deste julgamento foram objeto de análise pela Serur constante da peça 151 dos autos do TC 027.624/2018-8, em que se fundamentaram as seguintes premissas consideradas /neste 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 − Plenário. 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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 66155461.

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 ressalvar 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 reintegratória;

d) o Código Civil e a Lei 9.873/1999 se constituem nas normas cuja aplicabilidade polarizam os debates acerca do regime de prescrição a ser observado no processo de controle administrativo. Não obstante a relevância dos fundamentos utilizados no Acórdão 1441/2016 − 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 vem sendo utilizada pelo STF para limitar o exercício da pretensão punitiva pelo TCU, em decisões posteriores ao proferimento Acórdão 1441/2016 − 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 da Lei 9.873/1999;

e) considerando que o acórdão proferido no RE 636.886 não mais está sujeito à oposição de embargos declaratórios, pode-se eventualmente reconhecer a prescrição desde logo, ante a impossibilidade de esclarecimento da decisão em sentido diverso do ora defendido (notadamente quanto aos atos dolosos) ou mesmo a modulação de seus efeitos.

17.34. Assim, conclui-se que a adoção do regime previsto na Lei 9.873/1999 se mostra a solução adequada até que sobrevenha norma que disponha especificamente a respeito da prescrição para a atuação do tribunal de contas, 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.

17.35. Elaboraram-se as aludidas manifestações da Serur quando ainda não havia sido disponibilizado o inteiro teor do acórdão do RE 636.886. Em nova análise feita depois da publicação da decisão (DJe de 24/6/2020) e mediante o cotejo com os demais votos proferidos no julgamento, conclui-se pela subsistência das premissas supratranscritas, acerca das quais cabe destacar dois aspectos.

17.36. 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".

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 66155461.

17.37. O segundo se relaciona 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.

17.38. Nada obstante, considerando a possibilidade de que a Corte venha a adotar (i) o regime do Código Civil brasileiro para a prescrição da pretensão punitiva e (ii) o regime da Lei 9.873/1999 para a prescrição da sua pretensão de ressarcimento ao erário, passa-se às análises da prescrição no caso em exame sob os dois regimes referidos.

ii.2) Da eventual utilização do regime prescricional do Código Civil para a aplicação de sanção reintegratória

17.39. Como se verá adiante, terá havido a prescrição sob o regime cível.

ii.2.a) Do regime prescricional cível

17.40. Mediante o anteriormente citado Acórdão 1.441/2016- Plenário, relator o ministro Benjamin Zymler, o Tribunal aprovou incidente de uniformização de jurisprudência em que firmou o entendimento de que a matéria se subordina ao prazo prescricional de dez anos indicado no art. 205 do Código Civil, contado a partir da data de ocorrência da conduta reprovável a ser sancionada.

17.41. Transcrevem-se os trechos do dispositivo do acórdão de interesse para o exame da alegação recursal:

> ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Redator, em:
>
> 9.1. deixar assente que:
>
> 9.1.1. a pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União subordina-se ao prazo geral de prescrição indicado no art. 205 do Código Civil;
>
> 9.1.2. a prescrição a que se refere o subitem anterior é contada a partir da data de ocorrência da irregularidade sancionada, nos termos do art. 189 do Código Civil;
>
> 9.1.3. o ato que ordenar a citação, a audiência ou oitiva da parte interrompe a prescrição de que trata o subitem 9.1.1, nos termos do art. 202, inciso I, do Código Civil;
>
> 9.1.4. a prescrição interrompida recomeça a correr da data em que for ordenada a citação, a audiência ou oitiva da parte, nos termos do art. 202, parágrafo único, parte inicial, do Código Civil;
>
> 9.1.5. haverá a suspensão da prescrição toda vez que o responsável apresentar elementos adicionais de defesa, ou mesmo quando forem necessárias diligências causadas por conta de algum fato novo trazido pelos jurisdicionados, não suficientemente documentado nas manifestações processuais, sendo que a paralisação da contagem do prazo 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 da diligência, nos termos do art. 160, §2º, do Regimento Interno; (grifou-se)

17.42. Reputa-se que o entendimento se aplica tanto à pretensão do Estado buscar reparação ao erário como a sanção punitiva objeto da decisão supratranscrita.

ii.2.b) Do termo inicial da contagem do prazo sob o regime prescricional cível

17.43. Transcreve-se trecho da fundamentação do paradigmático Acórdão 1.441/2016 lavrado por seu redator, ministro Walton Alencar Rodrigues:

> No que se refere ao termo inicial do lapso prescricional, entendo que deve ser o mesmo que correntemente é utilizado pelo Tribunal, ou seja, **a data da prática do ilícito administrativo.**

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 66155461.

> Tal termo *a quo* fundamenta-se no princípio da *actio nata*, positivado no art. 189 do CC/2002, *in verbis*:
> "Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206." (grifou-se)

17.44. Entende-se que, tratando-se de imputação de não comprovação do bom e regular emprego de recursos percebidos por gestores sujeitos à persecução de controle efetuada mediante tomada ou prestação de contas, a prática do ilícito se caracteriza a partir do recebimento dos recursos presumidamente não aplicados bem e regularmente a partir de então.

17.45. Tratando-se, diversamente, de imputação de não atingimento dos objetivos da atividade objeto do repasse dos recursos, entende-se aplicável o entendimento exarado no Acórdão 5.130/2017 – 1ª Câmara exarado no infratranscrito excerto de sua fundamentação:

> **Considerando que a irregularidade** motivadora do julgamento das contas, da imputação em débito e da cominação de multa **diz respeito** não à aplicação dos recursos financeiros em si, mas **ao não atingimento dos objetivos do convênio**, entendo que a data da ocorrência para fins de contagem do início do lapso prescricional corresponde ao fim do prazo para prestação de contas do convênio, momento em que se conclui o ajuste em sua última etapa, e quando o estado deve começar a agir para defender seus interesses, se for o caso. Nessa linha, cito os Acórdãos 2.415/2017 1ª Câmara e 1.628/2017-2ª Câmara. (grifou-se)

ii.2.c) Das causas de interrupção do prazo prescricional sob o seu regime cível do respectivo instituto

17.46. Na hipótese de adoção do regime prescricional cível, caberá aplicar, no que couber, as hipóteses de interrupção de contagem do prazo prescricional estabelecidas no art. 202 do Código Civil. Entende-se que cabe subsumir à hipótese prevista no inciso I daquele artigo aos atos administrativos praticados na fase externa, portanto não inquisitiva, da persecução de controle administrativo mediante os quais se tenha ordenado a citação do responsável. Atos nesse sentido praticados na fase inquisitiva da persecução equivalem às notificações extrajudiciais enviadas pelo autor ao réu anteriormente à propositura da ação cível, logo não consistentes em ato praticado por quem se categorize como pessoa análoga ao juiz da causa cível.

ii.2.d) Da ocorrência no caso concreto do instituto da prescrição sob o regime cível

17.47. No caso concreto, adotado o regime prescricional do Código Civil, há que aplicar o prazo geral de prescrição estabelecido no art. 205 daquele estatuto.

17.48. Quanto ao termo inicial da sua contagem, a situação fática se subsume na presunção constitucionalmente estatuída (art. 70, parágrafo único, da Carta Política) da irregular ou má aplicação dos recursos públicos ante a não comprovação em sentido contrário, um ônus do responsável.

17.49. Por isso, há que ter como termo inicial para a contagem do prazo de prescrição da pretensão de aplicar sanção reintegratória a data do recebimento dos recursos, 18/12/2008 (v subitem 9.1 do dispositivo da decisão vergastada).

17.50. O termo final da contagem do prazo prescricional se constitui, portanto, nessa hipótese de emprego de regime prescricional cível, em 18/12/2018.

17.51. Em 21/10/2019 se proferiu, por delegação de competência da autoridade julgadora, o despacho, trazido à peça 83, de ordenamento da feitura da citação do responsável na esfera do Controle Externo. Portanto, depois do termo final mencionado no parágrafo precedente.

17.52. Conclui-se que, adotado o regime prescricional cível, prescreveu a pretensão do Estado de aplicar ao responsável a sanção reintegratória do prejuízo ao erário.

ii.3) Da eventual adoção do regime prescricional da Lei 9.873/1999

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 66155461.

17.53. Como se verá adiante, pelo regime prescricional da Lei 9.873/1999 terão havido tanto as prescrições reparatórias como as punitivas.

ii.3.a) Do prazo prescricional sob o regime da Lei 9.873/1999

17.54. A Lei 9.873/1999 estabelece um prazo geral, de cinco anos, no seu art. 1°, e um especial, previsto no § 2° do mesmo artigo, a seguir reproduzido: "quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal".

ii.3.b) Do termo inicial sob o regime da Lei 9.873/1999

17.55. Quanto ao termo inicial, a referida lei prevê o tratamento a ser dado a situações de ilícitos permanentes (como se dá em se tratando de conduta omissiva, cf. MS 32.201) ou continuados (como na reiteração de pagamentos irregulares, por vícios em sucessivas medições de uma mesma obra, por exemplo).

17.56. Seu art. 1°, parte final, traz previsão expressa a respeito do início do prazo em se tratando de infração de caráter permanente ou continuado. Nesta hipótese, a prescrição começa a correr não da data de cada fato, e sim "do dia em que tiver cessado" a permanência ou a continuidade.

ii.3.c) Das causas de interrupção da contagem do prazo sob o regime da Lei 9.873/1999

17.57. No regime da Lei 9.873/1999, a contagem do prazo prescricional se interrompe sempre que concretizada qualquer das hipóteses estabelecidas nos incisos do seu art. 2º, a saber: pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital (inciso I); por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato (inciso II); pela decisão condenatória recorrível (inciso III); por qualquer ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da administração pública federal (inciso IV).

17.58. Como se vê, a lei contempla uma variedade de causas e há autonomia entre elas. A própria determinação do TCU para que se realize auditoria para averiguar determinado fato interrompe a prescrição, como destacado no julgamento do MS 32.201.

ii.3.d) Da não ocorrência no caso concreto da prescrição sob o regime da Lei 9.873/1999

17.59. Adotadas as premissas fixadas na Lei 9.873/1999 ao caso em exame, não terá ocorrido a prescrição da pretensão reintegratória do erário.

17.60. A conduta reprovável discutida nesta TCE não se constitui, a princípio, em crime. Por isso, aplica-se o prazo prescricional de cinco anos previsto no art. 1º da lei 9.873/1999.

17.61. No regime da Lei 9.873/1999, a contagem do prazo de prescrição, no caso de convênios e instrumentos congêneres, só começa a correr no momento em que se prestaram as contas ou no momento em que tiver lugar a primeira medida inequivocamente persecutória administrativa de apuração dos fatos, como enfatizado pelo STF no voto do ministro Roberto Barroso no MS 32.201 e no voto do ministro Gilmar Mendes no RE 636.886, visto que a omissão no dever de prestar contas é conduta omissiva e, como tal, permanente por excelência.

17.62. Por isso, o termo inicial da contagem ocorreu em 24/3/2009, data de subscrição do instrumento de apresentação da prestação de contas, a saber o ofício à peça 7.

17.63. Não tivessem havido interrupções da contagem do prazo prescricional, o seu termo final se constituiria, portanto, nessa hipótese de emprego de regime prescricional estabelecido na Lei 9.873/1999, em 24/3/2014.

17.64. No caso concreto, verifica-se da cronologia dos atos processuais elaborada no Apêndice A a esta instrução que não se se operou a prescrição sob o regime por último mencionado. Expostos nos quadros a seguir os atos causadores da aludida interrupção de contagem de prazo

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 66155461.

prescricional. Vale notar que é despiciendo fazer constar da cronologia todos as causas de interrupção do prazo prescricional em foco, pois basta apontar as bastantes para fazer a ocorrência de interrupções mediadas por tempo inferior ou igual a três anos desde o início da contagem do prazo prescricional até o proferimento da decisão combatida.

ii.3.e) Da não aplicação ao processo da prescrição intercorrente, na hipótese de adoção do regime prescricional da Lei 9.873/1999

17.65. A prescrição prevista no art. 1º, § 1º, da Lei 9.873, de 1999, é denominada de intercorrente administrativa. Tem ela por escopo inibir a inércia do Estado no impulsionamento do procedimento de persecução de controle administrativo em homenagem ao princípio da segurança jurídica, informador do sistema jurídico brasileiro. Noutras palavras, visa poupar o possível devedor perante o Estado de permanecer por tempo demasiado na incerteza da cobrança de um crédito ou aplicação de uma sanção. Trata-se de instituto específico de jaez processual, de maneira que também o são tanto o seu prazo como o termo inicial e as causas de interrupção da contagem deste.

17.66. Não há que confundir, portanto, (i) o instituto da prescrição da pretensão do Estado de aplicar sanções, cuja natureza é de direito material e relativa à eventual inércia do Estado-Administração no exercício do seu direito de promover a ação cabível para lograr a respectiva satisfação da pretensão, com (ii) o da prescrição intercorrente, de jaez procedimental e relativo à inércia do Estado-Juiz no seu dever impulsionar o processo depois iniciado.

17.67. Na mencionada decisão vinculante do STF, aquele Tribunal somente examinou o intuito da prescrição intercorrente no processo judicial cível de execução fiscal. Silenciou acerca do instituto tal como previsto na Lei 9.873/1999. É o que se infere da leitura detida da decisão, em particular nos trezes trechos em que se lê a palavra "intercorrente".

ii.3.e.1) Do prazo da prescrição intercorrente sob o regime da Lei 9.873/1999

17.68. De qualquer modo, faz-se a análise de eventual prescrição intercorrente no caso concreto. O art. 1º, § 1º, da Lei 9.873/1999 estabelece que é de três anos o prazo relativo ao instituto específico da prescrição processual da pretensão se aplicar sanção em processo administrativo.

ii.3.e.2) Do termo inicial da contagem do prazo relativo à prescrição intercorrente sob o regime da Lei 9.873/1999

17.69. Entende-se que, ante a sua natureza procedimental, o termo inicial de sua contagem se constitui no ato administrativo mesmo que dá início ao procedimento de persecução de controle administrativo. Quer dizer, desde o início da fase inquisitiva da dita persecução, impulsionada precipuamente âmbito do Controle Interno, ele há que ter curso sem que se caracterize a sua paralização pela inércia do seu impulsionamento por tempo superior ao mencionado prazo.

ii.3.e.3) Das causas de interrupção da contagem do prazo relativo à prescrição intercorrente sob o regime da Lei 9.873/1999

17.70. A interrupção da contagem do prazo da prescrição processual prevista no último dispositivo legal citado se dá com a prática por autoridade administrativa de ato administrativo processual de qualquer jaez, ali simplesmente denominado de "despacho" – e, não em face tão somente de ato subsumível a uma das hipóteses previstas no art. 2º, ambos do mesmo diploma legal.

ii.3.e.4) Da não ocorrência no caso concreto do instituto da prescrição intercorrente sob o regime da Lei 9.873/1999

17.71. Por isso, é mister analisar cronologia dos atos processuais diversa da constante do Apêndice A, a saber a exposta no Apêndice B. Desta se depreende não ter havido prescrição intercorrente.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 66155461.

18. Da pretensa fundamentação da decisão vergastada em fuga da modalidade licitatória legalmente exigida

18.1. À peça 106, p. 9-11, o recorrente sustenta que o Decreto n° 6.170, de 25/7/2007, e a Portaria Interministerial CGU/MF/MP n° 507/2011 se constituiria nas "normas regulamentadoras dos convênios celebrados pelos órgãos ou entidades da Administração Pública Federal".

18.2. O art. 35 da portaria mencionada estabeleceria que "a princípio", a licitação para a contratação da empresa responsável pela execução do objeto conveniado somente poderia ser realizada depois de assinado o convênio e aprovado o projeto técnico pelo concedente.

18.3. Porém, o art. 36 da mesma norma haveria estabelecido autorização para a realização da licitação antes da assinatura do convênio quando comprovada a vantagem econômica da contratação e se empreendido o certame com a observância de todas as regras da Lei nº 8.666/93, sobretudo no concernente à obrigatoriedade da existência de previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações.

18.4. O recorrente evoca o escólio de Ubiratan Aguiar, Ministro do Tribunal, de cuja obra intitulada "Convênios e Tomadas de Contas Especial" constaria o seguinte excerto:

> Perceba-se que não há impedimento para que a licitação para a contratação do objeto, se necessária, se dê em data anterior. Tal procedimento é aceito, inclusive, como meio de agilizar a utilização dos recursos por ocasião de seu recebimento, mas não deve ser efetuado nenhum pagamento, por caracterizar realização de despesa anterior à vigência do convênio.

18.5. Diante disso e porque caberia considerar a excepcionalidade do caso, a alegada adjetivação do objeto da licitação de "preciso e determinado", a pretensa existência de "orçamento em caso de não formalização do convenio e o alegado fato de que "a realização de licitação de evento somente após a formalização do convenio atrasaria o calendário turístico da cidade", caberia ter por não reprovável a conduta objeto do julgamento combatido.

18.6. À peça 106, p. 12-14, o recorrente assevera que à época dos fatos os municípios do Estado do Ceará seriam fiscalizados não apenas pelo TCE, mas também pelo Tribunal de Contas dos Municípios.

18.7. Aquele Tribunal impusera temor nos gestores e rechaçava praticamente toda e qualquer inexigibilidade de contratação de artistas, preferindo que as contratações ocorressem através de procedimentos licitatórios para evitar o sobrepreço praticados pelas bandas em eventos para entes públicos.

18.8. Diante do justo receio, o Administrador preferiu cercar-se da segurança e impessoalidade próprias de uma licitação, valendo-se da modalidade tomada de preços, resguardando-se, assim, frente aos posicionamentos que vinham sendo defendidos pela corte de contas municipal.

18.9. Assim, no referido contexto, restou ao Administrador pautar suas escolhas pelas determinações legais ou pelas decisões reiteradas do Tribunal de Contas, optando por seguir os mandamentos deste último, para não se ver obrigado a devolver aos cofres públicos quantia antes já empregada na execução do objeto do convênio em liça.

18.10. O art. 23 da Lei 8.666/1993 autorizaria a opção pela modalidade de licitação "mais complexa", mesmo quando presentes os requisitos para a realização de uma modalidade "mais concisa".

18.11. Por legalmente autorizada a opção pela modalidade mais complexa, pela mesma lógica estaria, com mais razão, autorizada a realização de um procedimento licitatório quando legalmente autorizada a sua dispensa. Com isso, seria de concluir que a opção feita não haveria causado "prejuízo ao objeto do convênio", mas antes possibilitado uma contratação mais segura e resguardado o

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 66155461.

Município de "enfrentar diligências no sentido de verter aos cofres federais o valor empenhado na realização do evento".

Análise

18.12. O argumento não merece prosperar.

18.13. Da leitura detida da fundamentação da decisão (Peça 93) se concluiu o emprego de modalidade licitatória incompatível com os ditames da Lei 8.666/1993 não se constituiu num dos elementos de convencimento fundadores da decisão vergastada enumerados no item 8 desta instrução.

18.14. Consta do item 16 da mencionada fundamentação menção a modalidade de licitação tão somente para fazer referência ao processo licitatório cujas propostas se apresentaram depois de contratada a execução do objeto do convênio. O elemento de convencimento fundador da decisão relativo à contratação mencionada se constituiu, como visto, na sua celebração antes da entrada em vigor do ajuste.

19. Do não condicionamento da aplicação de sanção reintegratória ou punitiva à ocorrência de conduta dolosa

19.1. À peça 106, p. 14-16, o recorrente diz que não teria praticado "ato desprovido de boa-fé" e seria mister a "demonstração da evidência da má fé para incidência de uma penalidade".

19.2. O próprio Tribunal teria acolhido em sua jurisprudência a teoria da responsabilidade subjetiva**,** razão por que condicionaria a punição de responsável à "existência do ato ilícito praticado com dolo ou culpa, do nexo causal e do dano". O recorrente reproduz o seguinte excerto do Acórdão 249/2010 – Plenário, relator o Ministro Walton Alencar Rodrigues:

> A responsabilidade dos administradores de recursos públicos, escorada no parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal (...) segue a regra geral da responsabilidade civil. Quer dizer, trata-se de responsabilidade subjetiva. O fato de o ônus de provar a correta aplicação dos recursos caber ao administrador público não faz com que a responsabilidade deixe de ser subjetiva e torne-se objetiva. Esta, vale frisar, é responsabilidade excepcional, a exemplo do que ocorre com os danos causados pelo Estado em sua interação com particulares - art. 37, § 6°, da Constituição Federal. 50. A responsabilidade subjetiva, vale dizer, possui como um dos seus pressupostos a existência do elemento culpa.

19.3. Evoca a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) "alterada pela Lei 13.655/18, que acrescentou os artigos 20 a 30".

19.4. Acresce que, segundo a conceituação estatuída pelo Decreto 9.830/2019, o erro classificável como grosseiro consistiria em "aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia".

19.5. A comprovação haveria que ser cabal, e não presumida, a teor do que dispõe o §2° e 7°, do art. 12, do Decreto 9.830/2019:

> DA RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO
>
> Responsabilização na hipótese de dolo ou erro grosseiro
>
> Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções.
>
> § 1° Considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia. § 2° Não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 66155461.

> comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro.
>
> § 7° No exercício do poder hierárquico, só responderá por culpa in vigilando aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo.

19.6. O recorrente ainda cita o seguinte excerto de obra doutrinária:

> Todas as presunções militam a favor de uma conduta honesta e justa; só em face de indícios decisivos, vem fundadas conjecturas, se admite haver alguém agido com propósitos cavilosos, intuitos contrários ao Direito, ou à Moral." (MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 214)

19.7. Destaque-se que o dano ao erário não pode ser confundido ou presumido da prestação insuficiente de contas, como fez o TCU no julgamento administrativo do caso em apreço, haja vista que o objeto do convênio fora plenamente atingido.

Análise

19.8. A alegação não merece prosperar.

19.9. Por força de preceito constitucional, acertadamente adota o Tribunal a tese da responsabilidade subjetiva do agente público. Noutras palavras, reputa que não se admite a responsabilidade objetiva em processos de persecução de controle administrativo no concernente às consequências de natureza tanto ressarcitória como sancionatória.

19.10. Restou assentado no Acórdão 1830/2006 – Plenário, relator o Ministro Benjamin Zymler, que é defeso à Corte invocar responsabilidade objetiva do agente público pela prática de atos administrativos. Ali se entendeu que

> a competência do TCU, na inexecução contratual de que decorra dano ao erário federal, é fixada pela existência de conduta dolosa ou culposa de agente público, sem o que a lesão suportada pelos cofres públicos deverá ser sanada por meio da competente ação judicial, fora do âmbito de atuação do TCU.

19.11. Quanto às consequências de natureza punitiva, vale reproduzir o seguinte trecho da fundamentação do Acórdão 2006/2006 – Plenário, relator o Ministro Benjamin Zymler:

> Não se cogita, atualmente, da possibilidade de apenação por esta Corte, sem que se vislumbre a existência de culpa do responsável. A responsabilidade dos agentes que gerem recursos públicos apurada pelo TCU é subjetiva.
>
> Quantos aos gestores públicos, devem estar presentes os seguintes elementos, para que se possa apená-los:
>
> a) ação comissiva ou omissiva e antijurídica;
>
> b) existência de dano ou infração a norma legal, regulamentar ou contratual (irregularidade);
>
> c) nexo de causalidade entre a ação e a ilicitude verificada; e
>
> d) dolo ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia) do agente.

19.12. Daí que é mandatória a demonstração dos seguintes requisitos para a imputação quer de débito quer de penalidade a agente público: ato ilícito (comissivo ou omissivo); dano efetivo (ato concreto); culpa *lato sensu* (negligência, imperícia, imprudência ou dolo); nexo de causalidade entre a ocorrência e conduta do agente; capacidade de o agente, com base no parâmetro de um homem médio, identificar a ilicitude do fato.

19.13. Isso se deu no caso concreto, como se verá a seguir.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 66155461.

19.14. Por força do disposto no art. 70, parágrafo único, da Lei Maior, a não comprovação do bom e regular emprego de recursos públicos por parte de quem os tenha administrado faz prova presuntiva da imputação à ora recorrente da causação do prejuízo ao erário constatado. Colhe-se da lição de Plácido e Silva em sua obra *Vocabulário Jurídico* (28ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 1124):

> PROVA PRESUNTIVA. É a que se firma num determinação legal, que se constitui em prova por determinação legal.
> E, neste caso, salvo para tornar desfeita ou para a anular, o que cabe à parte contrária, quando se trata de presunção relativa, a menção da presunção legal dispensa o encargo da prova, desde que ela própria a produz.

19.15. A conduta consistente em administrar recursos públicos e não comprovar o seu bom e regular uso preenche os requisitos mencionados para a imputação de débito ou de penalidade a agente público e constitui o elemento subjetivo do fato jurídico fundador da fundamentação da aplicação de sanção.

19.16. Noutras palavras, a prova presuntiva firmada no art. 70, parágrafo único, da Carta Política se funda na ponderação do elemento subjetivo da conduta reprovável nela descrita consistente no descumprimento do dever de fazer algo, a saber: comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos administrados.

19.17. Diferentemente do que afirma o recorrente, portanto, o emprego de prova presuntiva não implica a responsabilização objetiva.

19.18. No caso concreto, a situação fática se subsume à hipótese de descumprimento do preceito constitucional citado, e não à "de dolo ou erro grosseiro". Por isso, não se aplica ao caso concreto os ditames do evocado art. 12, §2°, do Decreto 9.830/2019.

19.19. Daí que, diversamente do alegado, restou observado o infratranscrito art. 20 do Decreto-Lei 4.657, de 4/9/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, conforme a denominação dada pela Lei 12.376, de 30/12/2010), acrescidos pela pela Lei 13.655:

> Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.
>
> Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

19.20. O art. 30 do mesmo diploma legal, também evocado pelo recorrente, por cuidar de atribuição a autoridades públicas do dever de atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas legais, não guarda relação com a questão enfrentada da alegada responsabilização objetiva.

CONCLUSÃO

20. Das análises empreendidas se conclui que:

a) não houve chamamento tardio ao processo do ora recorrente que tenha prejudicado sua ampla defesa;

b) na persecução de controle administrativo não teve lugar a prescrição material da pretensão do Estado de ressarcimento ao erário, independentemente do regime prescricional eventualmente adotado pelo Tribunal, tampouco a prescrição processual administrativa prevista no art. 1º. § 1º, da Lei 9.873/1999, na hipótese de o Tribunal adotar o regime prescricional estatuído neste diploma;

c) a decisão não se fundou em fuga da modalidade licitatória legalmente exigida, mas antes na irregularidade consistente na contratação de empresa para a execução do convênio

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 66155461.

anteriormente à promoção do obrigatório procedimento licitatório e antes também do início da vigência do convênio.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

21. Do exposto, propõe-se, com fundamento nos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443, de 16/6/1992:

a) conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento;

b) notificar da decisão sobrevinda o recorrente e os demais interessados notificados do Acórdão impugnado, sem deixar de anexar ao expediente de notificação cópia do relatório e da fundamentação da decisão.

À consideração superior, para posterior encaminhamento ao Ministério Público especializado e ao relator, Ministro João Augusto Ribeiro Nardes.

TCU, Secretaria de Recursos, 1ª Diretoria, em 23 de outubro de 2020.

[assinado eletronicamente]
FÁBIO LUIZ DOURADO BARRETO
Auditor Federal de Controle Externo – Matr. 3510-6

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 66155461.

APÊNDICE A – CRONOLOGIA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DE INTERESSE PARA A ANÁLISE DA OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DE JAEZ MATERIAL OBJETO DO ART. 1º, *CAPUT*, DA LEI 9.873/1999

Li-nha	Ato administrativo	Amparo jurídico	Data ou período	Análise
1	Expediente trazido à peça 24, mediante o qual o Controle Interno interpelou o ora recorrente acerca dos fatos.	Art. 2º, inciso II, da Lei 9.873/1999.	23/3/2010	Primeira interrupção, por consistente na data em que se tomou a primeira medida inequivocamente persecutória administrativa de apuração dos fatos.
2	Expediente trazido à peça 30.	idem	31/12/2011.	Menos de cinco anos entre a data do ato interruptivo e o anterior. Não consta ao preenchimento do dia de do mês da assinatura do expediente. Diante disso, cabe considerar a interrupção havida em 31/12/2011, data mais favorável ao ora recorrente para o fim de reinício da contagem do prazo prescricional.
3	Expedientes trazidos às peças 34-35.	idem	31/12/2013.	Menos de cinco anos entre a data do ato interruptivo e o anterior. Aplica-se a mesma análise empreendida na linha anterior deste quadro quanto à fixação da data precisa a ser tida por marco temporal de interrupção da contagem do prazo.
4	Expediente trazido à peça 44.	idem	30/9/2014	Menos de cinco anos entre a data do ato interruptivo e o anterior.
5	Expediente trazido à peça 48.	idem	22/1/2015	idem
6	Despacho, trazido à peça 83, de ordenamento da feitura da citação do responsável.	idem	21/10/2019	idem

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 66155461.

7	Proferimento do acórdão objurgado.	Não se aplica	19/5/2020	Menos de cinco anos entre a data do proferimento e a da interrupção objeto da linha anterior deste quadro.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 66155461.

APÊNDICE B – CRONOLOGIA ATOS ADMINISTRATIVOS
DE INTERESSE PARA A ANÁLISE DA OCORRÊNCIA DA
PRESCRIÇÃO DE JAEZ PROCEDIMENTAL OBJETO DO ART. 1º, § 1º, DA LEI 9.873/1999

Li-nha	Ato administrativo	Amparo jurídico	Data ou período	Análise
1	Expediente trazido à peça 24, mediante o qual o Controle Interno interpelou o ora recorrente acerca das ocorrências detectadas no exame da prestação de contas.	Art. 1º, § 1º, da Lei 9.873/1999.	23/3/2010	Primeira interrupção na contagem do prazo prescricional procedimental, por consistente na data em que se praticou o ato inaugurativo do procedimento de persecução de controle administrativo.
2	Expediente trazido à peça 30.	idem	31/12/2011.	Menos de três anos entre a data do ato interruptivo e o anterior. Não consta o preenchimento do dia de do mês da assinatura do expediente. Diante disso, cabe considerar a interrupção havida em 31/12/2011, data mais favorável ao ora recorrente para o fim de

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 66155461.

				reinício da contagem do prazo prescricional.
3	Expedientes trazidos às peças 34-35.	idem	31/12/2013.	Menos de três anos entre a data do ato interruptivo e o anterior. Aplica-se a mesma análise empreendida na linha anterior deste quadro quanto à fixação da data precisa a ser tida por marco temporal de interrupção da contagem do prazo.
4	Expediente trazido à peça 44.	idem	30/9/2014	Menos de três anos entre a data do ato interruptivo e o anterior.
5	Expediente trazido à peça 48.	idem	22/1/2015	idem
6	Despacho à peça 49.	idem	4/3/2015	idem
7	Resposta, à peça 52, a manifestação do responsável.	idem	10/11/2016	idem
8	Parecer à peça 56.	idem	28 a 31/3/2017 (v. assinaturas em diferentes datas)	Menos de três anos entre a subscrição do despacho e a interrupção objeto da linha 5 deste quadro.
9	Despacho, trazido à peça 83, de ordenamento da feitura da citação do responsável.	idem	21/10/2019	Menos de três anos entre a subscrição do despacho e a interrupção objeto da linha anterior deste quadro.
10	Proferimento do acórdão objurgado.	Não se aplica	19/5/2020	Menos de três anos entre a data do proferimento e a da interrupção objeto da linha anterior deste quadro.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 66155461.