

GRUPO II – CLASSE I – 2ª Câmara.

TC 008.636/2015-0.

Natureza: I - Embargos de declaração (Tomada de Contas Especial).

Órgão/Entidade: Município de Cortês – PE.

Recorrente: Ernane Soares Borba (004.556.364-00).

Interessado: Ministério do Turismo (05.457.283/0001-19).

Representação legal: Luís Alberto Gallindo Martins (OAB/PE 20.189) e outros, representando Ernane Soares Borba.

SUMÁRIO: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. TENTATIVA DE REDISCUSSÃO DO MÉRITO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. CONHECIMENTO. REJEIÇÃO. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO EMBARGADO. CIÊNCIA.

RELATÓRIO

Trata-se de Embargos de Declaração opostos por Ernane Soares Borba em face do Acórdão 12.257/2020 – TCU – 2ª Câmara, por meio do qual foi julgado o Recurso de Reconsideração interposto 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. Incluo como parte integrante deste relatório, e transcrevo a seguir, os argumentos, quanto ao mérito, trazidos pela recorrente em suas razões recursais à peça 120:

2. DA PRESCRITIBILIDADE DA SANÇÃO PUNITIVA DO TRIBUNAL DE CONTAS. APLICAÇÃO IMEDIATA DE DECISÕES DO STF. DA PRESCRITIBILIDADE NO CASO CONCRETO.

A prescrição surge como matéria de ordem pública para salvaguardar a segurança entre os sujeitos de uma relação jurídica. Assim, está estampado em todas as áreas do direito pátrio, sendo regulado de acordo com a matéria a que se trata o caso, os sujeitos envolvidos, os princípios que regem aquele âmbito do ordenamento, etc.

Configura-se, em síntese, como a perda do direito de agir de uma parte afetada. Isto é, **a situação jurídica se conforma com o tempo quando não há reclamação quanto à determinado direito**. Neste campo, a Lei n.º 9.873/99 veio, como bem pontua sua ementa, estabelecer prazos prescricionais para o exercício da ação punitiva por parte da Administração Pública, seja ela direta ou indireta.

Muito embora o controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União não seja precisamente fundado do poder de polícia regido pela Lei n.º 9.873/99, há entendimento assente do Supremo Tribunal Federal pela aplicação desta disposição legal à pretensão punitiva da Corte de Contas:

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 nº 9.873/1999, seja em razão da interpretação correta e da aplicação direta desta lei, seja por analogia.
2. Inocorrência da extinção da pretensão punitiva no caso concreto, considerando-se os marcos interruptivos da prescrição previstos em lei.
3. Os argumentos apresentados pelo impetrante não demonstraram qualquer ilegalidade nos fundamentos utilizados pelo TCU para a imposição da multa.
4. Segurança denegada.

(STF - MS: 32201 DF - DISTRITO FEDERAL 9990105-96.2013.1.00.0000, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 21/03/2017, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-173 07-08- 2017) (grifo nosso)

É de se ressaltar que a decisão do Supremo Tribunal Federal é **posterior** à prolação do Acórdão paradigma n.º 1441/2016-TCU-Plenário. O entendimento do Tribunal de Contas da União, portanto, deve estar de acordo com as orientações mais contemporâneas da Corte Constitucional. Não há qualquer razão que justifique nestes casos a aplicação de prazo prescricional diverso.

Recentemente, Acórdão do TCU que aplicou o prazo prescricional de 10 (dez) anos diante do entendimento do Acórdão n.º 1441/2016-TCU-Plenário foi alvo de Reclamação perante o Supremo Tribunal Federal. A decisão na Reclamação n.º 39.497/DF, decretou a **nullidade dos efeitos do Acórdão 2892/2019-TCU-Plenário, sob o argumento que a pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União é regida pela Lei n.º 9.873/99 e sua aplicação deve ser observada.**

Reiterando esse entendimento, o STF também estabeleceu, em julgamento de Recurso Extraordinário com repercussão geral reconhecida, o TEMA 899, determinando possibilidades de prescrição da pretensão punitiva fundamentada em acórdãos do Tribunal de Contas.

Doutro giro, apesar dos esforços argumentativos da Colenda Corte de Contas quanto aos termos em que se deu esta última decisão do Supremo Tribunal Federal, sabe-se que as decisões daquela Corte são de **aplicação imediata**. Não se pode, data máxima vênia, alegar qualquer impedimento para observação dos julgados do STF:

RECLAMAÇÃO. APLICAÇÃO IMEDIATA DAS DECISÕES DO STF. DESNECESSIDADE DE TRÂNSITO EM JULGADO. PEDIDO SUCESSIVO. FALTA DE INTERESSE EM AGIR.

1. As decisões tomadas pelo STF são de observância imediata, independentemente de trânsito em julgado.
2. Carece de ação a parte que impugna ato futuro, de conteúdo incerto, pela suposição de que lhe será desfavorável.
3. Agravo regimental desprovido.

(STF - AgR Rcl: 18412 DF - DISTRITO FEDERAL 9997563- 33.2014.1.00.0000, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 02/02/2016, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-033 23-02-2016)

(grifo nosso)

Válido lembrar, ainda, as razões pelas quais o tão celebrado Acórdão n.º 1441/2016-TCU-Plenário foi expedido em seus exatos termos. De primeira análise, atenta-se que a imprescritibilidade do ressarcimento ao erário se fundou não só no incansavelmente discutido art. 37, § 5º, da Constituição, mas também em entendimentos ultrapassados do STF (MS 26210/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, j. 4/9/2008, DJe 9/10/2008, dentre outros). Isto é, para fundamentar a imprescritibilidade da sanção de ressarcimento, o Tribunal de Contas da União utilizou-se de jurisprudência até então pacífica.

No entanto, há de se levar em consideração a jurisprudência mais recente! Como demonstrado alhures, desde 2016, quando foi prolatado o acórdão que sustenta as decisões desta Colenda Segunda Câmara, o entendimento quanto à prescrição de pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União vem sendo alterada. **Assim, é salutar que o TCU adote posição mais contemporânea à jurisprudência pátria.** Ainda nesse sentido, percebe-se que o acórdão RE 636.886 analisou, indubitavelmente, os termos da aplicação do art. 37, § 5º da Constituição Federal. Isto é, mesmo que se sustente se a decisão alberga os processos do Tribunal de Contas da União, a interpretação do artigo mencionado está posta: não existe a imprescritibilidade! Vejamos passagem do voto no Ministro Alexandre de Moares:

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.

(grifo nosso)

Todo o acervo jurisprudencial colacionado mostra que não resta qualquer dúvida quanto ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Assim, não deve o Tribunal de Contas da União se abster de aplicar a jurisprudência pátria, sob pena de estar ferindo a segurança jurídica. Observa-se, portanto, **contradição no acórdão vergastado.**

No Acórdão 12257/2020 – 2ª Câmara se vê a seguinte passagem:

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.

(grifo nosso)

No entanto, como já demonstrado, além do TEMA 899 do STF, que dá conta da possibilidade de prescrição da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas, já houve em **ambas as turmas do Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a pretensão punitiva do TCU prescreve e, nessa hipótese, deve ser utilizado os prazos da Lei 9.873/99** (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):

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. SERVIDOR DA SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DO ACRE. FISCALIZAÇÃO OMISSA E DEFICIENTE NA EXECUÇÃO DE DOIS CONVÊNIOS

FIRMADOS ENTRE A SECRETARIA ESTADUAL E O MINISTÉRIO DA SAÚDE. APLICAÇÃO DE MULTA. ARTS. 28, II, E 58, II, DA LEI 8.443/1992. ART. 268, II, DO REGIMENTO INTERNO DO TCU. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO SANCIONATÓRIA. OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DA LEI 9.873/1999. PRECEDENTES DESTES STF. MEDIDA LIMINAR DEFERIDA E RATIFICADA NO EXAME DE MÉRITO. SEGURANÇA CONCEDIDA PARA AFASTAR A MULTA APLICADA.

1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada pela Lei 9.873/1999, descabendo a aplicação do prazo decenal previsto na legislação civil (art. 205 do Código Civil). Ao revés, incide o prazo quinquenal previsto na Lei 9.873/1999 (MS 32201, Rel. Min. Roberto Barroso, PRIMEIRA TURMA, DJe 7/8/2017; MS 35.512-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, SEGUNDA TURMA, DJe 21/6/2019).

2. In casu, na linha do parecer apresentado pelo Ministério Público Federal e da decisão liminar de minha lavra, é inequívoca a superação do prazo prescricional quinquenal. Os ilícitos apontados pela Corte de Contas ocorreram em julho de 2006, tendo o processo de auditoria sido instaurado em 9/10/2006. A ordem de citação do responsável para a audiência, por sua vez, ocorreu em 25/6/2007. Entretanto, a decisão condenatória recorrível foi exarada somente em 31/5/2016, data da prolação do Acórdão 3.513/2016-TCU-1ª Câmara. 3. Ex positis, CONCEDO A SEGURANÇA unicamente para afastar a sanção de multa aplicada ao impetrante, nos autos da Tomada de Contas 023.288/2006-0, máxime da ocorrência de prescrição da pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União.

(STF - MS: 35940 DF 0077095-90.2018.1.00.0000, Relator: LUIZ FUX, Data de Julgamento: 16/06/2020, Primeira Turma, Data de Publicação: 14/07/2020)

Isto é, o entendimento do STF é assente quanto a aplicação da prescrição quinquenal. Resta, portanto, que o Tribunal de Contas da União supra **a obscuridade perpetrada pelo acórdão vergastado em reconhecer o julgamento do STF e, ainda assim, dispor sobre a questão ainda estar em análise interna.**

Como dito anteriormente, a prescrição é matéria de ordem pública, podendo ser suscitada em qualquer fase do processo. No caso, se mostra indiscutível que a jurisprudência pátria é uníssona ao estabelecer o prazo de 5 anos para que esteja prescrita a pretensão punitiva da Corte de Contas.

No caso concreto, o próprio acórdão vergastado demonstra que transcorreram mais de 5 anos desde o marco inicial da contagem do prazo prescricional:

9.6. O Convênio 180/2008 vigeu de 21/5 a 1/8/2008, com mais sessenta dias para apresentação das contas, conforme cláusulas sexta e décima do ajuste (peça 1, p. 63 e 67). Assim, **razoável considerar o prazo final para a prestação de contas, em 30/09/2008, como o marco inicial da contagem do prazo prescricional**, a menos que as contas houvessem sido entregues antecipadamente, conforme a mais recente jurisprudência do TCU sobre o tema (v.g. Acórdãos 3.749/2018, da 2.ª Câmara e 5.120/2017, da 1.ª Câmara). Isso porque, é neste momento que, ao menos em tese, a Administração poderia ter ciência da real situação do ajuste e do efetivo emprego dos recursos que transferiu.

9.7. Portanto, vez que a entrada em vigor do atual Código Civil em 11/01/2003 foi anterior à data final para a apresentação das contas, não há que falar na aplicação da regra do artigo 2.028 da norma, devendo ser considerado o prazo geral de dez anos do artigo 205 do Código, a contar da data de ocorrência do fato, ou seja, 30/09/2008.

9.8. Nesse passo, o ato que ordenou a citação do Sr. Ernane Soares Borba, qual seja; **o despacho à peça 10 dos autos - medida esta que interrompe o prazo prescricional - data de 20/05/2016**, ou seja, menos de dez anos desde 30/09/2008, o que não impede a aplicação de multa pelo TCU

segundo o entendimento fixado sobre a matéria pelo citado Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, como visto.

Como visto, o acórdão demonstrou que se passou **mais de 7 (sete) anos para que houvesse qualquer diligência do TCU para citar o Sr. Ernane**. Isto é, está prescrita a pretensão punitiva e **não é possível a aplicação de nenhum débito ou multa ao demandado!**

Atenta-se que os prazos prescricionais existem para que situações como a do presente caso não ocorram. O Sr. Ernane, no caso, ex-prefeito, viu-se posto em um verdadeiro trabalho de Sísifo. Ora, Doutos Julgadores, nenhum gestor público deve ser surpreendido, anos após terminada sua gestão, a provar sobre atos praticados durante seu mandato, ainda que não haja lei que o obrigue. Ou melhor, que, pelo contrário, a lei o **desobrigue de tal demanda!** Mais parece, portanto, no caso em comento, que foi posto um trabalho eterno, tal qual o de Sísifo, nas mãos dos gestores públicos. Um trabalho impossível de ser realizado.

Por todo o exposto, se faz necessário que se supra, data vênua, a obscuridade e contradição que o acórdão vergastado apresenta. Em um primeiro momento para suprir a contradição entre o reconhecimento dos mais de 7 (sete) anos transcorridos entre o citado marco inicial do prazo prescricional e a medida que o interrompeu e as diversas decisões do Supremo Tribunal Federal já citadas. De outro lado, é necessário que se supra a obscuridade quanto a não aplicação imediata das decisões do Supremo Tribunal Federal, visto que é assente que os efeitos se operam a partir da publicação dos acórdãos.

Há de se explicar também porque julgar irregulares as contas se há dúvidas quanto ao entendimento do Supremo Tribunal Federal e não sobstar os feitos até que o Tribunal de Contas da União tenha decisão interna consolidada.

3. DA NECESSÁRIA VALORAÇÃO DAS PROVAS TRAZIDAS AOS AUTOS. DA OMISSÃO QUANTO EM RELAÇÃO A PONTOS RELEVANTES.

Quanto ao mérito da questão, ainda há pelo menos uma omissão a ser suprida. Eis que nos autos há prova inconteste de que enchentes que arrasaram o município de Cortês levaram com elas não só o sustento e os bens de várias famílias, como também inundaram as instalações da Prefeitura.

Como bem explanado no recurso de Reconsideração, o próprio TRF da 5ª Região reconheceu o ocorrido e, em caso semelhante ao apreciado aos autos, estabeleceu que houve **motivos de força maior** para a não apresentação de registros audiovisuais.

Mesmo que seja sustentado que no âmbito da Corte de Contas baste se verificar a culpa presumida quanto aos atos ilícitos, para este tipo de análise deve ser claramente configurada a imperícia, imprudência ou negligência. Nos autos foi demonstrado que a prestação de contas não se deu na forma que exige o TCU por razões **alheias à vontade do gestor, quais sejam as fortes chuvas que inundaram o Município**.

No caso, portanto, deve ser invertida a presunção de culpa. As provas não foram apresentadas **porque foram destruídas por caso fortuito**. O acórdão vergastado apresentou, quanto às provas de inundação que foram trazidas aos autos, da seguinte forma:

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).

Contudo, o acórdão referência utilizado nesse trecho da decisão (Acórdão 2435/2015- Plenário) não guarda **nenhuma semelhança com o caso em tela!** O acórdão utilizado como

exemplo para que incumbe ao gestor público trazer elementos probatórios consistentes versa sobre Tomada de Contas Especial referente à Convênio nº 645/99 celebrado entre Ministério da Integração Nacional e a Prefeitura de José de Freitas/PI em que não houve, por parte do ente municipal, a juntada de acervo probatório suficiente para estabelecer o nexos causal entre os recursos do convênio e as despesas realizadas. **No entanto, não há qualquer menção sobre caso fortuito, força maior ou destruição de provas por vontades alheias ao gestor!**

Na realidade, quando for impossível o julgamento do mérito por ter sido demonstrado caso fortuito ou de força maior, alheio à vontade do gestor público, as contas deverão ser consideradas iliquidáveis, conforme entendimento do art. 20 da Lei Orgânica do TCU:

Art. 20. As contas serão consideradas iliquidáveis quando caso fortuito ou de força maior, comprovadamente alheio à vontade do responsável, tornar materialmente impossível o julgamento de mérito a que se refere o art. 16 desta Lei.

Art. 21. O Tribunal ordenará o trancamento das contas que forem consideradas iliquidáveis e o conseqüente arquivamento do processo.

§ 1º Dentro do prazo de cinco anos contados da publicação da decisão terminativa no Diário Oficial da União, o Tribunal poderá, à vista de novos elementos que considere suficientes, autorizar o desarquivamento do processo e determinar que se ultime a respectiva tomada ou prestação de contas.

§ 2º Transcorrido o prazo referido no parágrafo anterior sem que tenha havido nova decisão, as contas serão consideradas encerradas, com baixa na responsabilidade do administrador.

Ou seja, ante a impossibilidade de obtenção de provas suficientes para que seja aplicada qualquer uma das hipóteses do inciso III, do art. 16 da Lei 8.443/1992, não há de se estabelecer, ainda assim, que a falta de acervo probatório pode conduzir à irregularidade das contas.

Para que as contas sejam julgadas irregulares há de se verificar:

Art. 16. As contas serão julgadas:

III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:

- a) omissão no dever de prestar contas;
- b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;
- c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico;
- d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.

Se faz necessário o esclarecimento deste ponto omissis no acórdão vergastado. Isto porque é exatamente os termos que se pronuncia o presente caso. Percebe-se que o então gestor conseguiu provar, ainda que ultrapassado o prazo prescricional, a execução do convênio **com os elementos probatórios que possuía, uma vez que os demais foram destruídos em enchentes comprovadas mediante documentos juntados aos autos.**

3. DOS REQUERIMENTOS

Ante o exposto, pugna o embargante pela **admissão** e conseqüente **provimento** destes embargos de declaração, para que seja sanada a **OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE** demonstrada na fundamentação supra, inclusive com a atribuição de efeito modificativo para que seja reconhecida na presente Tomada de Contas Especial a prescrição da



pretensão punitiva do Tribunal de Contas e, subsidiariamente, sejam consideradas iliquidáveis as contas por caso fortuito ou motivo de força maior, sendo determinado, por conseguinte, o seu trancamento.

É o Relatório.