Proc. TC 043.339/2018-2
Tomada de Contas Especial

Parecer

Trata-se de tomada de contas especial instaurada pelo Ministério do Turismo em desfavor do Senhor José Antônio Nogueira de Sousa, ex-Prefeito do Município de Santana/AP (gestões 2005/2008 e 2009/2012), em razão da impugnação total de despesas do Convênio n.º 1583/2008 (peça 6), celebrado entre a União, por intermédio do Ministério do Turismo, e a Prefeitura Municipal de Santana/AP, na data de 30/12/2008, tendo por objeto incentivar o turismo por meio do apoio ao “Projeto Santana, seu destino no coração do Amapá. Campanha Publicitária a fim de tornar o Município de Santana um destino turístico”, conforme Plano de Trabalho aprovado.

2. O convênio teve vigência de 30/12/2008 a 18/7/2009, com previsão de recursos no valor total de R\$ 540.000,00, sendo R\$ 500.000,00 do concedente e R\$ 40.000,00 de contrapartida do conveniente. Por meio de ordem bancária, emitida em 17/2/2009 e creditada em 19/2/2009, foi repassada a quantia de R\$ 500.000,00. O responsável encaminhou a prestação de contas do convênio em 7/12/2009.

3. O motivo para a instauração da tomada de contas especial foi o não encaminhamento da documentação exigida para a prestação de contas, que comprovasse a execução física das metas/ações previstas no plano de trabalho aprovado, conforme consta do quadro à peça 97, p.2. A conclusão pela reprovação da prestação de contas encontra-se no Parecer Técnico de Análise de Prestação de Contas n.º 24/2014 (peça 37), que reanalisou documentação complementar do conveniente, conforme pendências apontadas anteriormente no Parecer Técnico de Análise de Prestação de Contas n.º 12/2014 (peça 27).

4. No Relatório de TCE n.º 166/2018 (peça 63), o dano ao erário apurado foi de R\$ 500.000,00, sob a reponsabilidade do Senhor José Antônio Nogueira de Sousa, decorrente de irregularidade na execução física do objeto. O Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União concluiu no mesmo sentido do tomador de contas, por meio de Relatório de Auditoria (peça 64), Certificado de Auditoria (peça 65) e Parecer do Dirigente de Controle Interno (peça 66).

5. Em primeira instrução no TCU (peça 68), a Secex-TCE concluiu pela necessidade de realizar a citação e audiência do Senhor José Antônio Nogueira de Sousa, na condição de ex-Prefeito Municipal de Santana/AP, e audiência do Senhor Carlos Alberto Nery Matias, na condição de ex-Vice-Prefeito Municipal de Santana/AP, no exercício do cargo de Prefeito. Ainda houve uma segunda instrução que identificou erro e propôs o refazimento da citação e audiência do primeiro responsável (peça 83).

6. As irregularidades atinentes à citação e audiências propostas estão descritas abaixo. Devidamente encaminhadas e recebidas as notificações, apenas o Senhor Carlos Alberto Nery Matias apresentou resposta, tendo permanecido silente o Senhor José Antônio Nogueira de Sousa, o que o torna revel, nos termos do art. 12, § 3.º, da Lei n.º 8.443/1992.

Irregularidade 1 (Citação; Sr. José Antônio Nogueira de Sousa): não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos federais repassados pelo Ministério do Turismo à Prefeitura Municipal de Santana/AP, por meio do Convênio 1583/2008 (Siconv 702381; peça 6); objeto: incentivar o turismo por meio do apoio ao “Projeto Santana, seu destino no coração do Amapá. Campanha Publicitária a fim de tornar o Município de Santana um destino turístico”, com vigência incidente no período de 30/12/2008 a 18/7/2009.

Irregularidade 2 (Audiência; Sr. José Antônio Nogueira de Sousa): realizar o Pregão Presencial 004/2009 - CL/PMS, adjudicado à empresa PAN Eventos e Publicidades - Ltda (CNPJ 08.787.105/001-44; peça 15, p. 1), no valor de R\$ 465.300,00, tendo sido a empresa vencedora a única participou do pregão presencial, sem que constem nos autos as devidas justificativas pela não utilização do pregão eletrônico.

Irregularidade 3 (Audiência; Sr. Carlos Alberto Nery Matias): realizar o Pregão Presencial 010/2009 CL/PMS (que resultou deserto - peça 58, p. 1), tendo sido realizada a

contratação da empresa C.M.B da Silva – ME (CNPJ 10.738.041/0001- 33; Contrato 027/2009.- PMS – peça 14, p. 1-5, celebrado em 2/7/2009, ou seja, 16 dias antes do término da vigência do convênio, em 18/7/2009) por meio de dispensa de licitação, restringindo a competitividade do certame, sem que constem nos autos as devidas justificativas pela não utilização do pregão eletrônico.

7. No mérito, a Secex-TCE, em pareceres uniformes (peças 97 a 99), acatou parcialmente as razões de justificativa apresentadas pelo ex-Vice-Prefeito, e pugnou por julgar suas contas regulares com ressalva. Para o ex-Prefeito, considerando a ausência de manifestação nos autos e a não comprovação da regular aplicação dos recursos sob sua responsabilidade, bem como a impossibilidade de se aferir e reconhecer a ocorrência de boa-fé em sua conduta, a Unidade Técnica propôs que suas contas sejam consideradas irregulares, com imputação de débito total (R\$ 500.000,00, descontado o crédito de R\$ 21.158,02).

8. Com relação à aplicação de multa aos gestores, independentemente das propostas de julgamento de suas contas e conclusões quanto aos fatos/irregularidades do processo, verificou a Secex-TCE que houve o transcurso de mais de dez anos entre o fato gerador da irregularidade, ocorrido em 19/2/2009, e os atos de ordenação da citação/audiência dos responsáveis (Sr. José Antônio Nogueira de Sousa, em 26/9/2019; e Sr. Carlos Alberto Nery Matias, em 16/6/2019). Considerando o prazo prescricional de 10 anos da pretensão punitiva do TCU (art. 205 do Código Civil), uniformizado no Acórdão n.º 1.441/2016-TCU-Plenário, a Unidade Técnica entendeu não ser cabível a aplicação da multa da Lei n.º 8.443/1992 aos gestores.

9. Manifestamos nossa concordância com a proposta de regularidade com ressalva das contas do Senhor Carlos Alberto Nery Matias, tendo em vista o acatamento parcial de sua defesa na instrução. Embora a Secex-TCE tenha rejeitado alguns argumentos do ex-Vice-Prefeito e acatado outros, no que é mais relevante, suas justificativas foram satisfatórias. No caso, não foi demonstrado, por elementos suficientes nos autos, que houve restrição ao caráter competitivo do Pregão Presencial n.º 010/2009 CL/PMS. Como circunstância favorável ao gestor, após dois pregões para o mesmo objeto restarem desertos (lote 2 do Pregão n.º 004/2009 e Pregão n.º 010/2009), a contratação da C.M.B da Silva-ME por dispensa de licitação revelou-se adequada, com fundamento no art. 24, inciso V, da Lei n.º 8.666/1993. Também a legislação da época dos fatos não inadmitia completamente que o formato presencial fosse utilizado.

10. Quanto a esse último aspecto, a Secex-TCE mencionou que a Lei do Pregão n.º 10.520/2002 não fixou a obrigatoriedade da forma eletrônica, sendo que tal obrigação somente foi regulamentada agora pelo Decreto n.º 10.024/2019, em casos de transferências voluntárias. De fato, o Decreto n.º 5.450/2005, vigente ao tempo da licitação, embora já estabelecesse que nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns seria obrigatória a modalidade pregão, e que ele deveria ser utilizado na forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente (art. 4.º, *caput* e § 1.º), não havia menção expressa na norma à situação dos entes que utilizavam recursos transferidos pela União.

11. Apenas recentemente o Decreto n.º 10.024/2019 regulamentou o tema em seu art. 1.º, § 3.º, ao fixar que “para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns pelos entes federativos, com a utilização de recursos da União decorrentes de transferências voluntárias, tais como convênios e contratos de repasse, a utilização da modalidade de pregão, na forma eletrônica, ou da dispensa eletrônica será obrigatória, exceto nos casos em que a lei ou a regulamentação específica que dispuser sobre a modalidade de transferência discipline de forma diversa as contratações com os recursos do repasse”.

12. A despeito da lacuna existente até 2019, o TCU tem entendimento, de longa data, que somente na impossibilidade ou inviabilidade, devidamente justificada, de utilização do pregão eletrônico, é que se poderia fazer uso do pregão presencial, sob pena de prática de ato antieconômico, o que valeria, inclusive, para os casos de recursos transferidos pela União mediante convênio ou outros instrumentos similares (ver Acórdão n.º 2.290/2017-TCU-Plenário, Rel. Min. Ana Arraes; Acórdão 2.753/2011-TCU-Plenário, Rel. Min. José Jorge; Acórdão n.º 1.515/2011-TCU-Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro; Acórdão n.º 6.441/2011-TCU-Primeira Câmara; Rel. Min. Augusto Sherman). No entanto, há de se observar outros fatores que não meramente a regra formal. Nesse sentido, ilustrativo

é o trecho abaixo do Voto condutor do Acórdão n.º 2.789/2013-TCU-Plenário (Rel. Min. Benjamin Zymler), que abordou com propriedade os limites da aplicação do Decreto n.º 5.450/2005.

Da leitura do aludido dispositivo legal [art. 4.º, § 1.º, do Decreto n.º 5.450/2005], depreende-se que nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns a Administração obrigou-se a adotar a modalidade pregão na sua forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade a ser justificada pela autoridade competente.

Tal opção imposta aos demais órgãos da Administração Pública pelo Chefe do Poder Executivo, mediante o mencionado Decreto n.º 5.450/2005, justifica-se, a meu ver, conforme bem sustentado pelo titular da 3ª DT/SELOG, pelo fato de que *“no pregão eletrônico, devido à não identificação dos licitantes que estão na disputa apresentando lances e do desconhecimento de todas as empresas participantes, os licitantes são estimulados, induzidos, a ofertarem suas melhores propostas, buscando uma melhor colocação no certame para aumentar suas chances na disputa, ante a possibilidade de desclassificações e inabilitações nas fases seguintes.”*.

Não sem razão, esta Corte de Contas, por meio de seu Plenário, tem entendido que a opção não justificada pelo pregão presencial em vez do pregão na forma eletrônica, sem a comprovação de sua inviabilidade técnica, pode caracterizar ato de gestão antieconômico (cf. Acórdãos n.º 2.368/2010 e 1.515/2011).

O referido Decreto, todavia, não estabelece qualquer sanção para o gestor que utilize o pregão presencial em detrimento da sua forma eletrônica. De outro lado, entendo que tal obrigatoriedade, fundada tão somente no decreto presidencial e não na lei, não tem o condão, por si só, de acarretar a nulidade do procedimento licitatório, quando verificado o atendimento ao interesse público por meio do pregão presencial, consubstanciado na verificação de competitividade no certame com a consequente obtenção do preço mais vantajoso para a Administração.

É dizer, este Tribunal não pode cultivar a forma pela forma, olvidando-se do fim último da licitação insculpido no art. 3º da Lei n.º 8.666/1993, *verbis*: *“a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”*.

Assim sendo, a meu ver, a forma será inafastável somente quando restarem violados os princípios que se pretende verem garantidos por meio da licitação. Afinal, conforme estabelece o parágrafo único do art. 5º do próprio Decreto 5.450/2005, *“as normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da administração, o princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação.”*.

13. No caso destes autos, houve dois pregões que terminaram desertos, porém, sem suspeição de cláusulas restritivas de competitividade ou outra ilegalidade ao longo dos procedimentos que tenha infringido princípios gerais das licitações públicas. Portanto, não há motivo idôneo para que o gestor seja apenado com a multa da Lei n.º 8.443/1992 pelo fato de não ter promovido o pregão na forma eletrônica.

14. Quanto à proposta de irregularidade das contas do Senhor José Antônio Nogueira de Sousa, com condenação em débito pela quantia total repassada pela União, posicionamo-nos igualmente de acordo com a Unidade Técnica. Além da revelia do gestor, que deixou passar a oportunidade de produzir provas da regular aplicação dos recursos do convênio, inexistem nos autos qualquer comprovação das despesas com a execução das metas ajustadas. Ademais, as razões de justificativa do ex-Vice-Prefeito, que em tese poderiam contribuir para o esclarecimento do débito, em nada afetaram ou amenizaram a irregularidade atribuída ao ex-Prefeito.

15. Quanto à proposta de não aplicação de multa aos responsáveis, ante o atingimento do prazo prescricional da pretensão punitiva, teceremos algumas considerações relativamente à questão da prescrição nos processos do TCU, com impacto na proposição final deste parecer.

16. Com respeito a este tema, a matéria foi objeto de repercussão geral admitida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 636.886 (tema 899). A decisão do julgamento foi

publicada em 20/4/2020, enunciando-se a tese de que “*é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas*”.

17. Diante deste novo cenário, deve ser analisada a questão da prescrição levando-se em conta o recente pronunciamento do STF, com o fim de verificar a aplicação, à hipótese dos autos, do novo entendimento firmado sobre o sentido e alcance do art. 37, § 5.º, da Constituição Federal.

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

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

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

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

Entendo que, as razões que levaram a maioria da CORTE a estabelecer excepcional hipótese de imprescritibilidade, no tema 897, não estão presentes em relação as decisões do Tribunal de Contas que resultem imputação de débito ou multa, e, que, nos termos do §3º, do artigo 71 da CF, tem eficácia de título executivo; sendo, portanto, prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada nessas decisões; uma vez que, (a) a Corte de Contas, em momento algum, analisa a existência ou não de ato doloso de improbidade administrativa; (b) não há decisão judicial caracterizando a existência de ato ilícito doloso, inexistindo contraditório e ampla defesa plenos, pois não é possível ao imputado defender-se no sentido da ausência de elemento subjetivo.

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

20. Não resta dúvida, portanto, que o STF sedimentou o entendimento de que são prescritíveis as pretensões de ressarcimento fundadas em decisões do TCU, excepcionando apenas aquelas ações que configurem atos de improbidade administrativa dolosos tipificados na Lei n.º 8.429/92.

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

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

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

Prescritibilidade das pretensões reparatória e executória

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

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

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

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

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

27. Nesse diapasão, é forçoso concluir que também é prescritível a pretensão de ressarcimento exercida pelo TCU com o fim de apurar a ocorrência de prejuízo ao erário e condenar o agente que lhe deu causa. Essa conclusão resulta das razões de decidir utilizadas na paradigmática decisão da Corte Suprema, que delimitaram o sentido e o alcance da ressalva contida no art. 37, § 5.º, da Constituição Federal.

Regras prescricionais aplicáveis

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

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

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

31. Aqui defendemos que deva ser aplicado o mesmo marco normativo prescricional tanto para a pretensão punitiva do Tribunal quanto para a sua pretensão de ressarcimento do dano ao erário. Isso se justifica na medida em que o instituto da prescrição busca indicar se ainda é possível ao Tribunal de Contas exercer a apuração e julgamento dos fatos, independentemente do desfecho do processo (imputação de débito ou aplicação de sanções). Ademais, sob a perspectiva do tempo como vetor da segurança jurídica e da própria prescrição como elemento indissociável do devido processo legal, a fixação de um prazo prescricional também objetiva não comprometer a possibilidade de defesa do

responsável. E sua defesa normalmente se refere a fatos em relação aos quais teve participação ou conhecimento, independentemente de, após a apuração, as consequências de sua responsabilidade se situarem no âmbito do ressarcimento ou da sanção.

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

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

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

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

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

37. Também a previsão da prescrição intercorrente no prazo de 3 (três) anos (art. 1.º, § 1.º, da lei) se afigura medida harmônica com o exercício do Controle Externo, como forma de evitar que a inércia e morosidade do Poder Público se estendam indefinidamente, constituindo importante instrumento de segurança jurídica e de estabilidade das relações jurídicas, que recomendava a integração analógica por meio da Lei n.º 9.873/1999.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

46. No que toca às causas interruptivas, vale ressaltar que, nos julgamentos dos Mandados de Segurança 32.201 e 36.067, o Supremo Tribunal Federal descortinou diversos procedimentos de controle que se enquadrariam analogicamente às hipóteses previstas no art. 2.º da Lei n.º 9.873/99, a exemplo de lavratura de relatório de auditoria, certamente um ato inequívoco que importa a apuração do fato (art. 2.º, II), instauração de tomada de contas especial, também um ato inequívoco que importa a apuração do fato (art. 2.º, II), autuação da TCE no Tribunal, do mesmo modo (art. 2.º, II), citação do responsável (art. 2.º, I), e exercício do poder punitivo por meio da prolação de acórdão condenatório (art. 2.º, III).

47. Por fim, cumpre transcrever trecho do Voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do RE 636.886, em que justifica a adoção supletiva do art. 1.º da Lei n.º 9873/99 para o deslinde da questão:

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

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

Histórico da Tomada de Contas Especial

49. Com relação ao Convênio n.º 1583/2008, mencionem-se os seguintes documentos de análise da prestação de contas, elaborados no Ministério do Turismo, que devem ser conhecidos para fins de análise da prescrição, com suas respectivas datas:

- Em 4/3/2010, foi emitido o Parecer Técnico de Análise de Prestação de Contas n.º 42/2010 (peça 26), da Coordenação-Geral de Marketing e Publicidade.

- Em 1/2/2014, foi emitido o Parecer Técnico de Análise de Prestação de Contas n.º 12/2014 (peça 27), da Coordenação-Geral de Marketing e Publicidade.

- Em 3/4/2014, foi emitido o Parecer Técnico de Análise de Prestação de Contas n.º 24/2014 (peça 37), da Coordenação-Geral de Marketing e Publicidade.

- Em 18/2/2016, foi emitida a Nota Técnica de Análise Financeira n.º 160/2016 (peça 38), da Coordenação de Análise de Prestação de Contas.

50. Em 26/2/2016, o Senhor José Antônio Nogueira de Sousa recebeu o Ofício n.º 1565/2016/CGCV/SPOA/SE/MTur (Ofício à peça 39; confirmação de entrega à peça 48), onde foi informado pelo concedente da reprovação da prestação de contas.

51. O Relatório de TCE, com as conclusões da Comissão de Tomada de Contas Especial de que houve dano ao erário sob a responsabilidade do ex-Prefeito de Santana/AP, foi finalizado em 7/3/2017 (peça 63), enquanto o Relatório de Auditoria do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, que anuiu ao entendimento do tomador de contas, data de 26/9/2018 (peça 64).

52. No TCU, o presente processo foi autuado em 26/12/2018. O Senhor José Antônio Nogueira de Sousa recebeu a notificação a ele dirigida pelo Tribunal (Ofício n.º 0233/2020-TCU/Secex-TCE; peça 89) em 2/4/2020 (peça 90), enquanto o Senhor Carlos Alberto Nery Matias recebeu o ofício de audiência encaminhado (Ofício n.º 4473/2019-TCU/Secex-TCE; peça 74) em 11/7/2019 (peça 75).

Exame da prescrição no caso concreto

53. Quanto ao prazo, a Lei n.º 9.873/1999 apresenta um prazo geral, de cinco anos (art. 1.º, *caput*), e um prazo especial, previsto no art. 1.º, § 2.º, a saber: “quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se pelo prazo previsto na lei penal”. Com relação a essa particular hipótese, registre-se o entendimento do STJ no sentido de que a pretensão punitiva da Administração Pública em relação a infração administrativa que também configura crime em tese somente se sujeita ao prazo prescricional criminal quando instaurada a respectiva ação penal (REsp 1116477/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 22/08/2012). Como não há notícia nos autos sobre a instauração de ação penal que verse sobre os fatos objeto desta TCE, cumpre-nos adotar o prazo geral quinquenal para a análise da prescrição no caso concreto.

54. No que toca ao termo inicial do prazo, deve ser considerada a data da prática da infração, nos termos do art. 1.º da Lei n.º 9.873/1999. Como a irregularidade relacionada à citação do ex-Prefeito foi não comprovar a boa e regular aplicação dos recursos repassados pelo concedente por falta de documentação que demonstrasse a execução física das ações pactuadas, entendemos que o termo inicial do prazo prescricional deve corresponder à data de encaminhamento da prestação de contas final do convênio pelo responsável, qual seja, 7/12/2009 (cf. Ofício n.º 305/GAB/PMS/2.009; peça 11).

55. Prevê a Lei n.º 9.873/1999 que a prescrição se interrompe “*pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital*” (art. 2.º, inciso I). Aqui cumpre destacar que, nesse regime legal, a interrupção se dá pela notificação ou citação propriamente dita, e não pelo despacho que a ordena.

56. Com esse fundamento, houve a interrupção da prescrição em 26/2/2016 e em 2/4/2020, datas em que o Senhor José Antônio Nogueira de Sousa foi notificado pelo concedente, sobre a reprovação de suas contas, e pelo TCU, para apresentação de alegações de defesa/razões de justificativa pelas irregularidades destes autos, respectivamente.

57. Ocorre que, a teor do disposto na Lei n.º 9.873/1999, a prescrição também se interrompe “por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato” (art. 2.º, inciso II). Sob esse fundamento, para o fato irregular apurado na fase interna desta TCE, houve interrupção da prescrição nas datas dos pareceres e nota técnica relacionados em item acima, ou seja, 4/3/2010, 1/2/2014, 3/4/2014 e 18/2/2016.

58. Também houve interrupção da prescrição em 7/3/2017 (data do Relatório do Tomador de Contas Especial), em 26/9/2018 (data do Relatório de Auditoria do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, e em 26/12/2018 (data de instauração deste processo no Tribunal).

59. Importa salientar que, para fins de análise da prescrição, deve ser avaliado isoladamente cada fato/irregularidade do qual decorra consequências jurídicas para o responsável no TCU (condenação em débito, aplicação de multa ou outra sanção prevista em lei). Os parágrafos precedentes trataram da irregularidade que justificou a citação do ex-Prefeito pelo dano ao erário, que vem sendo

apurada desde os primeiros pareceres do Ministério do Turismo que examinaram a prestação de contas do convênio e detectaram falhas na documentação comprobatória da execução física.

60. Portanto, no caso da irregularidade atribuída ao ex-Prefeito, motivo da proposta de condenação em débito, observa-se que não restou caracterizado o decurso do prazo prescricional de cinco anos previsto no art. 1.º, *caput*, da Lei n.º 9.873/1999.

61. Quanto às outras duas irregularidades, que conduziram às audiências dos responsáveis na fase externa desta TCE, relativas ao suposto uso indevido de pregão presencial nas contratações do convênio, mesmo que esses fatos fossem considerados lícitos na instrução técnica e neste parecer, o que já foi refutado acima, incidiria, pelo critério da Lei n.º 9.873/1999, a prescrição da pretensão de aplicação da multa do art. 58 da Lei Orgânica do TCU aos gestores.

62. Tal se observa porque os atos relativos aos pregões foram praticados na vigência do convênio, em 2009, enquanto a instrução técnica da Secex-TCE que primeiro identificou as irregularidades foi finalizada em 16/6/2019 (cf. Pronunciamento da Unidade à peça 70), bem como os responsáveis foram notificados das audiências apenas em 11/7/2019 (peça 75) e em 2/4/2020 (peça 90). Portanto, foi ultrapassado o prazo prescricional de cinco anos entre as datas mencionadas.

Proposta

63. Comparando-se os argumentos e conclusões da instrução técnica e deste parecer, chega-se à seguinte síntese:

- i) concordância de que o Senhor José Antônio Nogueira de Sousa deve ser condenado pelo débito total apurado nesta TCE, tendo em vista que não restou comprovada a regular aplicação dos recursos federais do convênio sob sua responsabilidade;
- ii) concordância de que os atos tidos por irregulares relativos à não justificação da utilização do formato eletrônico nos Pregões Presenciais n.º 004/2009 CL/PMS e n.º 010/2009 CL/PMS não devem ser caracterizados como ilícitos, à luz das normas vigentes à época dos fatos e da menor gravidade e reprovabilidade das condutas, o que afasta, por esse motivo, a aplicação da multa do art. 58 da Lei n.º 8.443/1992 aos Senhores José Antônio Nogueira de Sousa e Carlos Alberto Nery Matias; e
- iii) divergência quanto à ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do TCU, pois, enquanto a Unidade Técnica utilizou o critério do Acórdão n.º 1.441/2016-TCU-Plenário, verificando o atingimento do prazo prescricional de dez anos, este parecer adotou o prazo de cinco anos do art. 1.º, *caput*, da Lei n.º 9.873/1999, com consideração das causas interruptivas, concluindo pela inoccorrência das prescrições punitiva e de ressarcimento do TCU, no caso concreto. Por consequência, além da condenação em débito, mantém-se viabilizada a aplicação da multa proporcional do art. 57 da Lei n.º 8.443/1992 ao responsável pelo dano, Senhor José Antônio Nogueira de Sousa.

64. Pelo exposto, esta representante do Ministério Público de Contas manifesta-se de acordo com a proposta de encaminhamento da Secex-TCE à peça 97, com acréscimo de aplicação da multa do art. 57 da Lei n.º 8.443/1992 ao Senhor José Antônio Nogueira de Sousa, proporcional ao valor atualizado do dano causado ao erário, tendo em vista a inoccorrência da prescrição da pretensão punitiva do TCU nos termos da Lei n.º 9.873/1999.

Ministério Público de Contas, 20 de julho de 2021.

Cristina Machado da Costa e Silva
Procuradora-Geral