Proc. TC-021.156/2019-0
TOMADA DE CONTAS ESPECIAL

Excelentíssimo Senhor Ministro-Relator

Cuidam os autos de tomada de contas especial instaurada pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, em desfavor de Enésio Lima Milhomem, ex-prefeito do município de Formosa da Serra Negra - MA (gestão 2009/2012), em razão, originalmente, de omissão no dever de prestar contas dos recursos recebidos por força do Programa Nacional de Alimentação Escolar (Pnae), no exercício de 2011.

Inicialmente o responsável foi citado pelo Tribunal de Contas da União pela omissão no dever de prestar contas, em outubro de 2019 (peça 25), em razão dos mesmos fatos que deram origem à instauração da TCE pelo órgão repassador, a saber, a omissão no dever de prestar contas.

Todavia, no curso da instrução processual, o FNDE encaminhou ao TCU a prestação de contas apresentada intempestivamente pela prefeitura, o que motivou **nova citação** do ex-prefeito, agora por outros fatos a ele imputáveis, no caso, não demonstrar a boa e regular aplicação dos recursos federais recebidos à conta do Pnae/2011, em face da ausência do parecer conclusivo do respectivo conselho de controle social, CAE, no contexto das prestações de contas apresentadas de forma intempestiva. Além disso, também se promoveu a audiência do responsável, por outras irregularidades identificadas na prestação de contas (cf. peças 47 e 51).

Tendo ficado revel, a unidade técnica em posição uniforme propõe julgar as contas do ex-prefeito como irregulares, condená-lo em débito, aplicar-lhe multa prevista no art. 57 bem como cominar-lhe multa prevista no art. 58, inciso II, todos da Lei n 8.443/1992, nos termos da instrução de peça 54, corroborada pelos pronunciamentos de peças 55 e 56.

Com as devidas vênias, discordo da aplicação das multas sugeridas. Entendo que, no caso, ocorreu a prescrição da pretensão punitiva do Controle Externo.

Já expressei em outros processos em que emiti parecer, a partir de outubro do ano passado, o meu entendimento de que, quanto à **prescrição da pretensão punitiva**, o tema comporta nova discussão com relação ao prazo. Atualmente vigora no âmbito do TCU o prazo de dez anos da lei civil, conforme decidido no Acórdão 1.441/2016-Plenário. Ocorre que sobrevieram decisões do STF que modificam esse prazo. Refiro-me ao Mandado de Segurança nº 35.512/DF e à correspondente Reclamação nº 39.497/DF (decidida monocraticamente em 30/6/2020 e, colegiadamente, em sede de agravo, em **9/10/2020**[1]), processos esses que versaram especificamente

[1] http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5868015

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 67736712.

acerca de decisões proferidas pelo TCU no âmbito da tomada de contas especial nº TC-030.229/2015-4. Nas decisões emitidas, o STF reconheceu a ocorrência da prescrição, **em cinco anos, nos termos da Lei 9.873/1999**.

No mesmo sentido o MS 32.201/DF em que o STF, após examinar os fundamentos do Acórdão n.º 1441/2016-Plenário, manifestou-se 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 nº 9.873/1999, seja em razão da interpretação correta e da aplicação direta desta lei, seja por analogia. (...) ."*

Recordo que, antes da uniformização da jurisprudência definida no citado Acórdão 1.441/2016-Plenário, sempre defendi o prazo de cinco anos para fins da aferição da ocorrência da prescrição punitiva no âmbito do TCU. Tendo em vista as recentes decisões do STF acerca do tema, acima citadas, sinto-me confortável em voltar a advogar que **a pretensão punitiva da Corte de Contas prescreve em cinco anos, segundo o regime definido na Lei 9.873/1999.**

No caso concreto da presente TCE, verifico que os fatos que motivaram a nova citação e a audiência do responsável ocorreram entre 2011 e 2013, compreendendo o período do recebimento dos recursos federais e o prazo para prestação de contas. Por sua vez, o ex-prefeito foi chamado a prestar esclarecimentos acerca das irregularidades em razão das quais é formulada a proposta de encaminhamento (peça 54) neste ano de 2021, ou seja, decorridos praticamente oito anos.

Destaco que não houve movimentação anterior da administração no intuito de analisar a conduta pela qual o Sr. Enésio Lima Milhomem foi chamado em citação e audiência neste processo (não demonstrar a boa e regular aplicação dos recursos federais recebidos à conta do Pnae/2011, em face da ausência do parecer conclusivo do respectivo conselho de controle social, CAE, no contexto das prestações de contas apresentadas de forma intempestiva, além de outras irregularidades procedimentais), razão pela qual entendo que não se operou nenhuma das hipóteses capazes de interromper a prescrição no âmbito administrativo, nos termos do art. 2º da Lei nº 9.873/1999.

Anoto que a realização de nova citação neste processo assemelha-se ao instituto da *mutatio libelli* no processo penal, quando ocorre, no curso da instrução processual, o surgimento de elementos probatórios e circunstâncias até então desconhecidos, não contidos na peça acusatória inicial, o que induz a necessidade de nova imputação (no caso do TCU, nova citação), de modo a que o acusado não seja condenado por fatos dos quais não pode se defender, de modo a preservar os princípios do contraditório, da ampla defesa e da correlação entre acusação e sentença. Assim, a primeira citação realizada – que se ateve à conduta inicialmente apurada por parte do órgão repassador – não tem o condão de interromper a prescrição.

Em situações como essa, as jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça são pacíficas no sentido de que a prescrição deve se regular pela nova relação jurídica estabelecida entre o réu e o estado acusador, decorrente da *mutatio libelle*. Exemplos, com destaques acrescidos:

> STF:
>
> HABEAS CORPUS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO. ADITAMENTO A DENUNCIA. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 384, E PARAGRAFO ÚNICO. A CLASSIFICAÇÃO DADA PELA DENUNCIA AO CRIME E DE CARÁTER PROVISORIO. O JUIZ PODE NÃO CONCORDAR COM A CAPITULAÇÃO CONTIDA NA ACUSAÇÃO. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ARTS. 383 E 384 E SEU PARAGRAFO ÚNICO. NA CONFORMIDADE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, O RÉU DEFENDE-SE DO FATO

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 67736712.

> DESCRITO E NÃO DO CRIME CAPITULADO. A MATÉRIA RELATIVA A PRESCRIÇÃO, EM FACE DA PENA EM ABSTRATO, DEVE SER EXAMINADA NOS TERMOS EM QUE PROPOSTA E RECEBIDA A DENUNCIA, **SALVO SE ALTERADA PELO ADITAMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO RECEBIDO OU PELA SENTENÇA**. **PREVALECE A NOVA CLASSIFICAÇÃO DO DELITO, PARA O CALCULO DO PRAZO PRESCRICIONAL DA AÇÃO PENAL**. ADITAMENTO DA DENUNCIA QUE SE FEZ COM CUMPRIMENTO DO ART. 384, PARAGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NÃO CABE, NO CASO, ALEGAR CERCEAMENTO DE DEFESA OU NÃO OBSERVANCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. HABEAS CORPUS DENEGADO. RECURSO DESPROVIDO.
> (Ementa do RHC 66423, Primeira Turma, Relator: Ministro Néri da Silveira. Publicação: 26/05/1989).
>
> STJ:
>
> 3. Embora seja provisória a classificação dada pelo Ministério Público na denúncia, a prescrição pela pena em abstrato deve ser averiguada com base na capitulação nela proposta e recebida pelo Magistrado. Se, porém, sobrevier aditamento promovido pelo órgão ministerial, validamente recebido, que altere o enquadramento típico da conduta, ou se o Magistrado, por ocasião da prolação da sentença, promover nova definição jurídica do fato, **o prazo prescricional, nessas hipóteses, observará a pena cominada à nova capitulação.** Precedente.
> 4. Na situação dos autos, contudo, o **oferecimento do aditamento para imputação de crimes mais graves somente ocorreu após verificada a prescrição da pretensão punitiva do Estado.** Ademais, o seu recebimento válido apenas se deu quando já reconhecida a extinção da punibilidade em relação aos delitos inicialmente atribuídos.
> 5. Nesse contexto, incabível o prosseguimento da ação penal, **porquanto a decisão que reconhece a prescrição possui natureza declaratória, produzindo efeitos ex tunc**, isto é, desde a data do prazo extintivo da punibilidade, o que, na hipótese, ocorreu no ano de 2004.
> 6. Por se tratar de matéria de ordem pública, é prescindível a provocação da parte ou a apreciação pelo órgão jurisdicional a quo para o reconhecimento da prescrição, devendo ser declarada, de ofício, em qualquer fase do processo, a teor do art. 61 do Código de Processo Penal, c.c. o art. 107, inciso IV, do Código Penal.
> (ementa do HC 121743/RN, Relatora: Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma. Data da Publicação 07/02/2011)

Atento às circunstâncias específicas deste processo e tendo em conta o marco legal regulatório da pretensão punitiva do TCU (Lei nº 9.873/1999), bem como a jurisprudência acima destacada, entendo que o novo chamamento do responsável aos autos, ocorrido praticamente oito anos depois dos fatos, faz incidir a prescrição, para fins de aplicação de sanção pecuniária ao ex-prefeito.

Diante do exposto, renovando vênias por divergir parcialmente da unidade técnica, manifesto-me de acordo com a proposta de encaminhamento alvitrada na instrução de peça 54, exceto quanto à aplicação das multas previstas no art. 57 e 58 da Lei nº 8.443/1992.

Ministério Público, em 13/04/2021.

(Assinado eletronicamente)
LUCAS ROCHA FURTADO
Subprocurador-Geral

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 67736712.