TC 030.850/2015-0

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

Unidade jurisdicionada: Instituto Nacional do Seguro Social/Ministério da Previdência Social (INSS/MPS).

Recorrentes: Mailton Pedro de Souza (CPF 439.512.879-34) e Carlos César Pereira (CPF 309.546.309-04).

Advogado: não há.

Interessado em sustentação oral: não há.

Sumário: Tomada de Contas Especial. Benefícios previdenciários concedidos irregularmente. Revelia. Contas Irregulares. Débito. Prescrição da multa. Recurso de reconsideração. Conhecimento. Não ocorrência de prescrição ressarcitória. Não violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Argumentos insuficientes para a reforma do acórdão. Negativa de provimento.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recursos de reconsideração interpostos por Mailton Pedro de Souza (peça 106), Carlos Cezar Pereira (peça 110) e Eliomar Pedro de Souza (peça 105), na condição de terceiros responsáveis por sua atuação como intermediadores da irregularidade de concessão irregular de benefícios previdenciários, contra o Acórdão 1.397/2021-1ª Câmara, Rel. Augusto Sherman (peça 72). A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor, destacando-se os itens impugnados:

> 9.1 considerar revel, para todos os efeitos, o Sr. João Roberto Porto (CPF: 218.473.049-15), dando-se prosseguimento ao processo, com fulcro no art. 12, § 3º, da Lei n. 8.443/92;
>
> 9.2 excluir da relação processual os responsáveis José Carlos de Souza (CPF 421.671.089-15); Armi Alves Day (CPF: 248.755.979-91), Carlos César Cunha (CPF: 351.931.319-72), Edi Vollrath (CPF: 023.626.689-67) e Eliomar Pedro de Souza (CPF: 439.512.959-53);
>
> 9.3 rejeitar as alegações de defesa dos Srs. Carlos César Pereira (CPF 309.546.309-04), Mailton Pedro de Souza (CPF 439.512.879-34) e Pedro Paulo Reis (CPF 248.770.349-00);
>
> **9.4** julgar, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas "b" e "d", da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 19 e 23, inciso III, da mesma Lei, e com arts. 1º, inciso I, 209, incisos II e IV, 210 e 214, inciso III, do Regimento Interno, irregulares as contas dos Srs. João Roberto Porto (CPF: 218.473.049-15), na condição de ex-servidor do INSS, Carlos César Pereira (CPF: 309.546.309-04), Mailton Pedro de Souza (CPF 439.512.879-34) e Pedro Paulo Reis (CPF 248.770.349-00), na condição de terceiros responsáveis, e condená-los solidariamente ao pagamento das quantias a seguir especificadas, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para comprovar, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea "a", do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas aos cofres do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados a partir das datas discriminadas, até a data dos recolhimentos, na forma na forma prevista na legislação em vigor:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 70732120.

9.4.1. Responsáveis solidários: **João Roberto Porto,** CPF-218.473.049-15, ex-servidor do INSS; **Carlos César Pereira** (CPF: 309.546.309-04) e **Mailton Pedro de Souza** (CPF 439.512.879-34), terceiros responsáveis:

Valor original (R$)	Data da ocorrência	Tipo
Segurada: Armi Alves Day (NB 42/137.388.487-5) (peça 3, p. 216-230)		
1.474,66	09/12/2005	D
1.580,00	09/12/2005	D
395,00	09/12/2005	D
1.580,00	09/01/2006	D
1.580,00	09/02/2006	D
1.580,00	13/03/2006	D
1.580,00	10/04/2006	D
1.646,83	12/05/2006	D
1.646,32	09/06/2006	D
1.646,32	13/07/2006	D
1.646,32	18/08/2006	D
1.646,32	15/09/2006	D
823,16	15/09/2006	D
1.646,47	20/10/2006	D
1.646,47	14/11/2006	D
1.646,47	13/12/2006	D
823,31	13/12/2006	D
1.646,47	09/01/2007	D
1.646,47	07/02/2007	D
1.646,47	13/03/2007	D
1.646,47	17/04/2007	D
1.700,80	07/05/2007	D
1.700,80	05/06/2007	D
1.700,80	10/07/2007	D
1.700,80	08/08/2007	D
236,40	04/08/2015	C
236,40	02/09/2015	C
236,40	21/10/2015	C
88,65	21/10/2015	C
236,40	06/11/2015	C
236,40	03/12/2015	C
88,65	03/12/2015	C
236,40	30/12/2015	C
264,00	01/03/2016	C
264,00	01/03/2016	C
264,00	04/05/2016	C
264,00	06/06/2016	C
264,00	31/08/2016	C
264,00	31/08/2016	C
264,00	31/08/2016	C
132,00	31/08/2016	C
264,00	11/10/2016	C
264,00	09/11/2016	C
264,00	06/12/2016	C

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 70732120.

Valor original (R$)	Data da ocorrência	Tipo
132,00	06/12/2016	C
264,00	05/01/2017	C
281,10	02/02/2017	C
281,10	10/04/2017	C
281,10	10/04/2017	C
281,10	08/05/2017	C
281,10	04/06/2017	C
281,10	04/06/2017	C
281,10	02/10/2017	C
140,55	02/10/2017	C
281,10	02/10/2017	C
281,10	09/11/2017	C
281,10	07/12/2017	C
140,55	07/12/2017	C
281,10	29/01/2018	C
286,20	06/03/2018	C
286,20	06/03/2018	C
286,20	30/04/2018	C
286,20	30/04/2018	C
286,20	12/07/2018	C
286,20	12/07/2018	C
286,20	06/09/2018	C
286,20	06/09/2018	C
143,10	06/09/2018	C
286,20	22/11/2018	C
286,20	22/11/2018	C
286,20	11/01/2019	C
143,10	11/01/2019	C
286,20	11/01/2019	C

Valor atualizado monetariamente até 23/01/2020: R$ 64.672,16 (v. peça 66, p. 1-22)

9.4.2. Responsáveis solidários: **João Roberto Porto,** CPF-218.473.049-15, ex-servidor do INSS; **Carlos César Pereira** (CPF: 309.546.309-04), **Mailton Pedro de Souza** (CPF 439.512.879-34) e **Pedro Paulo Reis** (CPF 248.770.349-00), terceiros responsáveis:

Valor original (R$)	Data da ocorrência	Tipo
Segurado: Carlos César Cunha (NB 42/137.795.547-5) (peça 3, p. p. 266-282)		
1.870,00	20/12/2005	D
311,66	20/12/2005	D
1.870,00	06/01/2006	D
1.870,00	07/02/2006	D
1.870,00	07/03/2006	D
1.870,00	07/04/2006	D
1.938,25	08/05/2006	D
1.937,26	08/06/2006	D
1.937,26	07/07/2006	D
1.937,26	07/08/2006	D
1.937,26	08/09/2006	D
968,63	08/09/2006	D
1.937,26	08/09/2006	D

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 70732120.

Valor original (R$)	Data da ocorrência	Tipo
1.937,44	09/10/2006	D
1.937,44	08/11/2006	D
1.937,44	08/12/2006	D
968,81	08/12/2006	D
1.937,44	08/01/2007	D
1.937,44	08/02/2007	D
1.937,44	08/03/2007	D
1.937,44	09/04/2007	D
2.001,37	08/05/2007	D
2.001,37	08/06/2007	D
2.001,37	06/07/2007	D
2.001,37	07/08/2007	D
Segurada: Edi Vollrath (NB 42/138.139.307-9) (peça 3, p. 326-334)		
1.570,00	11/09/2006	D
1.570,00	11/09/2006	D
392,50	11/09/2006	D
1.570,00	06/10/2006	D
1.570,00	09/11/2006	D
1.570,00	06/12/2006	D
392,50	06/12/2006	D
1.570,00	11/01/2007	D
1.570,00	06/02/2007	D
1.570,00	05/03/2007	D
1.570,00	04/04/2007	D
1.618,82	04/05/2007	D
1.618,82	05/06/2007	D
1.618,82	03/07/2007	D
1.618,82	07/08/2007	D

Valor atualizado monetariamente até 23/07/2019: R$ 135.084,08 (v. peça 66, p. 22-34)

9.5 autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas caso não atendidas as notificações;

9.6 dar ciência desta deliberação ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e aos responsáveis;

9.7 encaminhar cópia deste Acórdão à Procuradoria da República no Estado de Santa Catarina, nos termos do § 3º do art. 16 da Lei 8.443/1992 c/c o § 7º do art. 209 do Regimento Interno do TCU, para adoção das medidas cabíveis.

HISTÓRICO

2. A presente tomada de contas especial foi instaurada pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em desfavor de João Roberto Porto, ex-servidor do INSS; Armi Alves Day, segurada, Carlos César Cunha, segurado, Edi Vollrath, segurada, Carlos César Pereira, Eliomar Pedro de Souza, José Carlos de Souza, Mailton Pedro de Souza e Pedro Paulo Reis, na condição de terceiros responsáveis (por sua atuação como intermediadores na perpetração da irregularidade), em razão de habilitação e/ou concessão irregular de benefícios previdenciários em decorrência de atos do ex-servidor João Roberto Porto praticados na Agência da Previdência Social Tijucas-Gerência Executiva em Florianópolis/SC do INSS (GEXFLO).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 70732120.

2.1. O processo originou-se das constatações de irregularidades identificadas no âmbito da GEXFLO, que originou o Processo Administrativo Disciplinar (PAD) 35239.001448/2006-35, onde se verificou que o ex-servidor João Roberto Porto concedeu irregularmente benefícios previdenciários, valendo-se de ações judiciais inexistentes (peça 1, p. 31, item 11.16; p. 33, item 11.21; p. 35, item 11.28; p. 185, item 51e 51.1; à peça 1, p. 175, item 48.8), por meio da inserção de dados falsos no sistema de benefícios da Previdência Social, condutas essas que resultaram em concessões irregulares de aposentadorias e em sua demissão (peça 2, p. 26).

2.2. No relatório de TCE (peça 4, p. 124-150), o tomador de contas concluiu pela responsabilidade do ex-servidor João Roberto Porto solidariamente com os segurados e os intermediários Pedro Paulo Reis, Eliomar Pedro de Souza, José Carlos de Souza, Carlos Cesar Pereira e Mailton Pedro de Souza, estes últimos ora recorrentes, pelo prejuízo de R$ 274.248,07, atualizado monetariamente e acrescido de juros de mora até 13/04/2015 (peça 4, p. 148).

2.3. No âmbito do TCU, a unidade técnica, em instrução à peça 38, concluiu pela necessidade de realização de citação de João Roberto Porto, Pedro Paulo Reis, bem como dos ora recorrentes Carlos César Pereira e Mailton Pedro de Souza, pela concessão irregular de benefícios de aposentadoria para Carlos César Cunha, Armi Alves Day e Edi Vollrath, pois foram incluídos dados falsos no Sistema da Previdência Social, a partir de ações judiciais inexistentes.

2.4. Em relação aos responsáveis Carlos César Cunha, Armi Alves Day, Edi Vollrath, Eliomar Pedro de Souza e José Carlos de Souza, por racionalização administrativa e economia processual, foi proposto o arquivamento do processo, uma vez que os valores dos débitos a eles imputados, tomados individualmente, ficaram abaixo do limite previsto (R$ 100 mil) no art. 6º, inc. I, da Instrução Normativa TCU 71/2012 (peça 37, p. 20).

2.5. Os responsáveis Pedro Paulo Reis (peça 58), Carlos César Pereira (peça 61) e Mailton Pedro de Souza (peça 62) apresentaram as suas alegações de defesa tempestivamente, porém, o ex-servidor João Roberto Porto, mesmo tendo tomado ciência de sua citação (peça 52), permaneceu silente, tendo sido considerado revel.

2.6. Após a análise das alegações de defesa, a unidade técnica propôs, em pareceres uniformes, julgar irregulares as contas dos responsáveis, imputando-lhes os débitos nos valores apurados, sem aplicação da multa do art. 57, da Lei 8.443/1992, ente a configuração da prescrição da pretensão punitiva (peças 67-69).

2.7. O Ministério Público junto ao TCU (MP/TCU), à peça 70, e o relator (peça 73) anuíram à proposta da unidade instrutiva, o que deu origem ao acórdão combatido.

2.8 Inconformados, Carlos César Pereira (peça 110) e Mailton Pedro de Souza (peça 106) interpuseram recurso de reconsideração requerendo a reforma do acórdão para extinguir os débitos imputados e exclui-los da relação processual. Alternativamente, requerem o reconhecimento do cerceamento de defesa e a devolução dos autos à origem para a devida instrução e produção das provas pertinentes.

2.9. Registra-se ainda que Eliomar Pedro de Souza, o qual já havia sido excluído da relação processual por meio do item 9.2 do Acórdão 1.397/2021-1ª Câmara, também entrou com recurso de consideração requerendo sua exclusão da relação processual.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reitera-se os exames preliminares de admissibilidade contidos nas peças 111, 112 e 113, que tiveram anuência do MP/TCU à peça 118, e que foram ratificados pelo Acórdão 8414/2021-1ª Câmara, relator, Ministro Vital do Rêgo (peça 119), o qual deliberou:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 70732120.

a) pelo conhecimento dos recursos interpostos por Mailton Pedro de Souza e Carlos César Pereira, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.4, 9.4.1, 9.4.2 e 9.5 do Acórdão 1.397/2021-1ª Câmara, em relação aos recorrentes e demais devedores solidários, eis que preenchidos os requisitos aplicáveis à espécie;

b) pelo não conhecimento do recurso de reconsideração interposto por Eliomar Pedro de Souza (peça 105), por inexistência de interesse recursal.

3.1.

EXAME DE MÉRITO

4. Delimitação da análise:

4.1. As petições dos recorrentes (peças 106 e 110) apresentam conteúdo similar. Na essência, foram invocadas as seguintes teses, que constituem o objeto do presente recurso:

a) se houve prescrição, em exame de ofício;

b) se houve violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa (peça 106, p. 1 e p. 35-38 e peça 110, p. 1 e p. 36-39);

c) se os recorrentes Mailton Pedro de Souza e Carlos César Pereira devem ser excluídos da relação processual na presente TCE (peça 106, p. 1-39 e peça 110, p. 1-41);

d) se as penalidades de multa e inabilitação aplicadas aos recorrentes Mailton Pedro de Souza e Carlos César Pereira devem ser afastadas (peça 106, p. 38 e peça 110, p. 38-39).

5. Se houve prescrição, em exame de ofício.

5.1. Embora já tenha sido reconhecido no acórdão a prescrição da pretensão punitiva, inexiste prejuízo se examinar a prescrição ante o julgamento, pelo STF, do RE 636.886 (tema 899 da repercussão geral) e o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5509 (Rel. Ministro Edson Fachin, em 11/11/2021. O tema tem sido objeto de análise pela Serur em manifestações anteriores. Por economia processual, juntou-se a estes autos excertos dessas manifestações (peça 142), em que foram fundamentadas as seguintes premissas, que serão consideradas no presente 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-TCU-Plenário. Já 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 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 ressarcitória;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 70732120.

d) o Código Civil e a Lei 9.873/1999 constituem as duas alternativas que, de forma mais consistente, polarizam os debates acerca do regime de prescrição a ser observado no processo de controle externo. Não obstante a relevância dos fundamentos utilizados no Acórdão 1441/2016-TCU-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 já vem sendo utilizada pelo STF para limitar o exercício da pretensão punitiva pelo TCU, em decisões posteriores ao Acórdão 1441/2016-TCU-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 Lei 9.873/1999.

5.2. Analisando-se o inteiro teor do acórdão do RE 636.886, cuja decisão foi publicada no DJe de 24/6/2020, inclusive mediante o cotejo com os demais votos proferidos no julgamento, conclui-se pela subsistência das premissas indicadas acima, cabendo destacar dois aspectos relevantes.

5.3. 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".

5.4. O segundo aspecto diz respeito 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, o que foi confirmado recentemente no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5509 (Rel. Ministro Edson Fachin, em 11/11/2021.

5.5. Registra-se que, em se tratando de devedores solidários, a interrupção da prescrição feita a um responsável prejudica aos demais. Incide, nesse caso, regra própria da teoria geral das obrigações, segundo a qual "a interrupção efetuada contra o devedor solidário envolve os demais" (art. 204, § 1º, do Código Civil). São consequências próprias da solidariedade (a exemplo da regra de que o credor pode demandar qualquer dos devedores, art. 275 do Código Civil), que não precisam ser repetidas em cada diploma legal específico.

5.6. Com essas explicações adicionais, passa-se à análise da prescrição no caso em exame. Considerando-se as premissas indicadas anteriormente, ressalta-se que somente a ocorrência da prescrição com base nos critérios da Lei 9.873/1999 pode levar a uma proposta de reconhecimento da prescrição no caso concreto.

Análise da prescrição segundo os critérios do Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário.

5.7. No que se refere à pretensão punitiva, o TCU tem tradicionalmente aplicado os critérios definidos no Acórdão 1441/2016-Plenário, Rel. Benjamin Zymler que, em incidente de uniformização de jurisprudência, orientou-se pela aplicação do Código Civil. Por este acórdão, em linhas gerais, a prescrição subordinar-se-ia ao prazo geral de dez anos (CC, art. 205), contado a partir da data da ocorrência do fato e interrompido pelo ato que ordenar a citação, a audiência ou a oitiva da parte.

5.8. Entre outras razões que justificaram a adoção desse critério, destaca-se a de que o citado dispositivo constitui uma cláusula geral a ser empregada sempre que a pretensão for prescritível, mas a lei não estabelecer um prazo específico, como na hipótese.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 70732120.

5.9. Aplicando-se essas balizas ao caso em exame, verifica-se a prescrição da pretensão punitiva por parte do TCU, já reconhecida no voto condutor do acórdão combatido (peça 73, p. 3), tendo em vista que as irregularidades objeto da presente TCE ocorreram nos exercícios de 2005 a 2007, portanto há mais de 10 anos, sem interrupção do prazo prescricional. Isso porque houve necessidade de repetição das citações realizadas em 2016 (item 9 da instrução à peça 38), tidas, assim, por citações que não mantiveram a sua validade.

5.10. Considerando a premissa de que as pretensões punitiva e de ressarcimento se submetem ao mesmo regime, conclui-se que, tanto a possibilidade de aplicação de multa, como a condenação ao ressarcimento, estariam prescritos, caso fossem adotados, para ambos os fins, os parâmetros definidos no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário.

5.11. Todavia, ratifica-se, como já registrado no subitem 5.6 retro, que somente a ocorrência da prescrição com base nos critérios da Lei 9.873/1999 pode levar a uma proposta de reconhecimento da prescrição no caso concreto, uma vez que não há incidência do Código Civil no regime de prescrição de ressarcimento.

Análise da prescrição pelo regime da Lei 9.873/1999 (MS 32.201).

5.12. Adotando-se as premissas fixadas na Lei 9.873/1999 ao caso em exame, observa-se que não teria ocorrido a prescrição. Para tanto, é preciso considerar os seguintes parâmetros:

a) Termo inicial:

5.13. A Lei 9.873/1999, art. 1º, 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.

5.14. Na hipótese em exame, há de se ter como termo inicial da prescrição a data da cessação da ilicitude, no caso, a data do último pagamento indevido, o qual ocorreu em 7/8/2007, de acordo com o item 9.4.2, do acórdão recorrido.

b) Prazo:

5.15. A Lei 9.873/1999 apresenta um prazo geral, de cinco anos (art. 1º), e um prazo especial, previsto no art. 1º, § 2º, a saber: "quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal", ou seja, 12 anos.

5.16. A irregularidade discutida nesta TCE, de fraude na concessão de benefícios previdenciários, configura o chamado "estelionato previdenciário", crime do art. 155, IV, "a", da Lei Orgânica da Previdência Social ("receber ou tentar receber, dolosamente, qualquer prestação de benefício da previdência social"), dispositivo esse que remete expressamente às penas do estelionato, previsto no art. 171 do Código Penal. Na hipótese, **o prazo prescricional é de 12 anos**, previsto no art. 109, III, do CP. Como os recorrentes Mailton Pedro de Souza e o Carlos Cesar Pereira foram condenados na Ação Penal 2007.72.00014657-3/SC (peça 26, p. 40-46), aplica-se o prazo de 12 anos.

5.17. Não obstante, as causas interruptivas indicadas abaixo evidenciam que a prescrição não teria ocorrido mesmo que se aplicasse o prazo geral de cinco anos.

c) Interrupções por atos inequívocos de apuração dos fatos:

5.18. No regime da Lei 9.873/1999, a prescrição se interrompe "por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato" (art. 2º, II), como por exemplo, sindicâncias, processo administrativo disciplinar, auditorias, ocasião em que são apurados a legalidade dos atos e, constatando irregularidades, desencadeiam as providências ressarcitórias e punitivas cabíveis. Com esse

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 70732120.

fundamento, de acordo com os documentos constantes dos autos, verificou-se que a prescrição foi interrompida:

1) em 24/4/2009 com o Relatório Final do PAD 35239.001448/2006-35 que apurou a concessão irregular de benefícios previdenciários (peça 1, p. 15-193);

2) em 3/2/2010 com o Parecer/CONJUR/MPS 41/2010, que avaliou o trabalho da Comissão no PAD 35239.001448/2006-35 (peça 1, p. 201-277 e peça 2, p. 1-14);

3) em 15/12/2011 com a sentença proferida na Ação Penal 2009.72.00.012146-9/SC que tratou de denúncia do MPF acerca da concessão indevida de benefícios previdenciários em Tijuca/SC (peça 2, p. 64-100);

4) em 18/12/2012, com a sentença de Apelação Criminal 0012146-453.2009.404.7200/SC (peça 5, p. 1-19);

4) em 13/4/2015 com a autuação da TCE pelo INSS (peça 4, p. 124-150);

5) em 5/11/2015 com a autuação do presente processo de TCE;

d) Interrupções pela citação dos responsáveis:

5.19. A prescrição também é interrompida "pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital", nos termos do art. 2º, I, da Lei 9.873/1999. E, no regime dessa lei, a interrupção se dá pela citação ou audiência propriamente dita, e não pelo despacho que a ordena. Com esse fundamento, houve a interrupção:

Data da citação	Responsável citado	AR ou Resposta
1/10/2019 (peça 47)	João Roberto Porto	peça 52
1/10/2019 (peça 46)	Carlos Cesar Pereira	peça 50
1/10/2019 (peça 48)	Mailton Pedro de Souza	peça 51
1/10/2019 (peça 45)	Pedro Paulo Reis	peça 49

e) Interrupção pela decisão condenatória recorrível:

5.20. A prescrição também se interrompe "pela decisão condenatória recorrível" (art. 2º, III, da Lei 9.873/1999), ocorrida na data do acórdão condenatório que é 9/2/2021 (peça 72).

f) Da prescrição intercorrente:

5.21. Nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei 9.873/1999, opera-se a prescrição intercorrente se o processo ficar paralisado por mais de três anos, aguardando "julgamento ou despacho".

5.22. Note-se que há uma correlação entre essa hipótese e as causas de interrupção da prescrição do art. 2º. Com efeito, uma vez interrompida a prescrição por alguma das hipóteses do art. 2º, o processo não pode ficar inativo, sem qualquer inovação processual relevante, por mais de três anos.

5.23. Trata-se de prazo específico, não se aplicando nem o prazo geral de cinco anos nem o prazo especial, da lei penal (§ 2º). A finalidade da prescrição intercorrente, com seu prazo próprio, é a de assegurar a eficiência e celeridade nas apurações administrativas. Seria contrário a essa finalidade a paralisação injustificada do processo por período maior que o triênio estabelecido para a hipótese.

5.24. A extrapolação do prazo de três anos, sem inovação relevante no processo, pode configurar negligência. Por isso, além de se operar a prescrição, deve-se promover a "apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso".

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 70732120.

5.25. Em muitas situações o exame da prescrição intercorrente pode ficar prejudicado nos processos já em tramitação no TCU. Como a ação de ressarcimento era considerada imprescritível, as peças que compõem a tomada de contas especial, elencadas no art. 10 da Instrução Normativa-TCU 71/2012, não contemplam informações pormenorizadas quanto ao andamento do processo na fase interna, o que pode prejudicar a análise de eventual paralisação por mais de três anos.

5.26. Assim, caso o tribunal venha a adotar a sistemática da Lei 9.873/1999 para aferir a prescrição, convém avaliar, oportunamente, a possibilidade de ajustes na IN-TCU 71/2012, para que as tomadas de contas especiais encaminhadas ao tribunal contemplem informações sobre as interrupções ocorridas na fase interna do procedimento (como, por exemplo, declaração do órgão instaurador da TCE, de que o processo não ficou paralisado por mais de três anos, na forma do art. 1º, § 1º, da citada lei).

5.27. Especificamente quanto a esta TCE, observa-se apenas um momento em que se poderia cogitar a ocorrência de prescrição intercorrente, qual seja, o período entre a autuação do processo de TCE, em 5/11/2015 e as citações válidas em 1/10/2019. Entretanto, os documentos a seguir evidenciam que o processo não ficou paralisado por mais de três anos:

a) instrução da unidade técnica, de 3/8/2016 propondo a citação de João Roberto Porto e Armi Alves Day e diligência à Superintendência Regional Sul do INSS (peça 12);

b) instrução da unidade técnica, de 14/11/2018 propondo nova diligência à Superintendência Regional Sul do INSS (peça 27);

c) instrução da unidade técnica, de 23/7/2019 propondo a citação de João Roberto Porto, Pedro Paulo Reis e dos ora recorrentes Armi Alves Day (peça 38);

5.28. Assim, verifica-se que o processo teve andamento regular, não se operando a prescrição intercorrente.

f) Conclusão:

5.29. Independentemente da existência de outras causas interruptivas não elencadas acima (citações no âmbito administrativo, tentativas de solução conciliatória etc.), cujo levantamento não se fez necessário, observa-se, pelos eventos indicados, que em nenhum momento transcorreu prazo suficiente para se operar a prescrição (nem mesmo se se considerasse o prazo geral de cinco anos), tomando-se como referência a Lei 9.873/1999, tida pelo STF como norma regente da prescrição da pretensão punitiva pelo TCU.

5.30. Assim, qualquer que seja a premissa adotada (da imprescritibilidade, da prescritibilidade pelo regime do Código Civil ou da prescritibilidade pelo regime da Lei 9.873/1999), verifica-se que, em nenhuma hipótese, eventual prazo extintivo foi extrapolado.

5.31. Entretanto, quanto à multa, considerada prescrita pelo acórdão recorrido, não é possível sua aplicação em recurso exclusivo do responsável. Ainda que a ocorrência da prescrição seja agora afastada, considerando-se as balizas da Lei 9.873/1999, o novo critério não pode ser aplicado para agravar a situação do recorrente, ante a proibição de *reformatio in pejus*.

6. Se houve violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa (peça 106, p. 1 e p. 35-38 e peça 110, p. 1 e p. 36-39).

6.1. Os recorrentes Mailton Pedro de Souza e Carlos César Pereira afirmam que o TCU incorreu em evidente violação aos preceitos do contraditório e da ampla defesa, com base nos seguintes argumentos:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 70732120.

a) o TCU vedou aos recorrentes a produção das provas pleiteadas, especialmente prova oral;

b) inadmitir a produção de prova testemunhal é ferir de morte os princípios balizadores do Direito Penal, já que demonstrariam que os recorrentes foram vítima da situação ostentada, pois desconheciam o que estava acontecendo;

c) o trecho extraído de decisão proferida pela juíza nos autos do Inquérito Policial 2008.72.00.006744-6/SC, transcrito à peça 106, p. 35-38 e peça 110, p. 36-39, que confirma a nulidade das provas coletadas, evidencia a necessidade de produção de provas no presente caso, sob pena de cerceamento de defesa;

d) não há como condenar os recorrentes Mailton Pedro de Souza e Carlos César Pereira com base em sentença penal condenatória, sem trânsito em julgado;

e) reconhecido o cerceamento de defesa, os autos devem ser devolvidos à origem, para fins de instrução e produção das provas pertinentes, especialmente a testemunhal.

Análise

6.2. Não assiste razão aos recorrentes. Cabe esclarecer que o TCU se pronuncia apenas com base nas provas documentais, não se admitindo a produção de prova testemunhal ou o interrogatório das partes, nem a realização de perícias que não aquelas apresentadas pelo próprio responsável. No processo de controle externo, diversamente do que ocorre no processo civil ou no processo penal, não há audiência de instrução e julgamento assegurando a manifestação oral das partes no processo, tampouco há fase de interrogatório ou possibilidade de se apresentar alegações finais, dada a ausência de previsão legal nesse sentido (Acórdãos 1703/2020-Plenário, Rel. Augusto Sherman, 10941/2018-1ª Câmara, Rel. Benjamin Zymler e 7795/2015-2ª Câmara, Rel. André de Carvalho).

6.3. No caso concreto, os recorrentes foram devidamente citados (peças 38-40), bem como apresentaram alegações de defesa (peças 50 e 55), sendo, portanto, oportunizado o exercício do contraditório e da ampla defesa.

6.4. Da mesma forma, na presente fase recursal, nada impediria que os recorrentes reduzissem a termo os testemunhos que quisessem apresentar, mas optaram por não o fazer.

6.5. Assim, considerando que os recorrentes tiveram garantido na presente TCE seu direito ao contraditório e à ampla defesa, sem que houvesse impedimento algum para que reduzissem a termo eventuais testemunhos orais, inexiste cerceamento de defesa, pela não admissão, no âmbito do TCU, de prova testemunhal.

7. Se os recorrentes Mailton Pedro de Souza e Carlos César Pereira devem ser excluídos da relação processual na presente TCE (peça 106, p. 1-39 e peça 110, p. 1-41).

7.1. O recorrentes Mailton Pedro de Souza e Carlos César pereira afirmam que devem ser excluídos da relação processual, com base nos seguintes argumentos:

a) não possuem qualquer envolvimento com os fatos noticiados, não tendo participado da intermediação de qualquer benefício previdenciário;

b) o acórdão combatido se encontra amparado, exclusivamente, em decisão proferida na esfera criminal, sem trânsito em julgado, limitando-se a reproduzir o que foi produzido no juízo criminal, o que denota sua fragilidade;

c) a ação penal utilizada como base teve a extinção da punibilidade proclamada em relação aos ora recorrentes, inexistindo qualquer prova idônea capaz de manter qualquer condenação no TCU;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 70732120.

d) conforme demonstra o trecho transcrito à peça 106, p. 2-3 e à peça 110, p. 2-3, colhido do Habeas Corpus 2008.72.00.009384-6, as provas coletadas para a ação criminal são maculadas por nulidade insanável com fundamento no art. 157 do Código de Processo Penal, pois derivaram de provas assim declaradas pela Justiça Federal, o que certamente será reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que:

d.1) as provas oriundas de escutas telefônicas realizadas no período de 9/8/2007 a 20/11/2007 foram proclamadas nulas por terem sido coletadas ilicitamente no âmbito das Operações da Iceberg e Influenza da polícia federal;

d.2) nessas escutas foi identificado supostas fraudes em aposentadorias, conforme demonstra o trecho transcrito à peça 106, p. 7-10 e peça 110, p. 7-10, das quais a polícia federal não tinha notícia, até a data de 14/9/2007, o que deu origem a Operação Iceberg;

d.3) conforme evidencia o trecho transcrito à peça 106, p. 11 e peça 110, p. 11, embora o INSS faça referência a data pretérita, para fazer crer que já tinham conhecimento do aventado ilícito, somente após ser instado pela Polícia Federal é que o INSS disse já ter averiguado as irregularidades;

d.3) somente então a polícia federal oficiou ao INSS, que, a partir de então, também ficou sabendo, o que resta confirmado pelas cópias de correspondências à peça 106, p. 10-11 e peça 110, p. 10-11;

d.4) após tomar ciência das aventadas fraudes previdenciárias, a Polícia Federal fez chegar ao INSS ofício para fins de que fossem apuradas irregularidades na concessão de benefícios previdenciários, com o claro intuito de tentar desvincular as operações Influenza e Iceberg;

d.5) embora as apurações/investigações do INSS apontem indícios de irregularidades em aposentadorias desde o ano de 2003, os quais supostamente vinham sendo investigados, nenhuma iniciativa tinha sido tomada, a qual somente foi feita após ser instada pela Polícia Federal;

d.6) conforme demonstra a correspondência cuja cópia se encontra à peça 106, p. 13 e peça 110, p. 13, a iniciativa do INSS estava calcada apenas no universo das meras suspeitas;

d.7) conforme comprovam os trechos hachurados em amarelo, transcritos à peça 106, p. 13-15 e peça 110, p. 13-15, os supostos crimes previdenciários foram descobertos nos grampos telefônicos compreendidos entre os dias 14/9/2007 e 19/11/2007, no âmbito das operações Influenza e Iceberg;

d.8) conforme comprovam os trechos de documentos transcritos à peça 106, p. 17-23 e peça 110, p. 17-23, as provas coletadas para a operação Iceberg não possuem independência capaz de conferir-lhes validade, uma vez impossível sua desvinculação das Operação Influenza e por consequência, irradiando nulidade para os procedimento instaurados pelo INSS;

d.9) conforme trecho da doutrina do Dr. Nouminio Bittencourt Tesseroli transcrito à peça 106, p. 23-30 e peça 110, p. 23-31, se aplica ao presente caso a teoria dos frutos da árvore envenenada;

d.10) a jurisprudência também confirma essa nulidade conforme decisão proferida no HC 93050, relatada pelo Min. Celso de Mello, cujo trecho foi transcrito à peça 106, p. 31-35 e peça 110, p. 32-36;

e) a ação civil pública 2008.72.00.013768-0, que serviu como base da presente condenação, restou improcedente, asseverando que os recorrentes desconheciam o que estava ocorrendo;

f) o recorrente Carlos César Pereira juntou aos autos os seguintes documentos:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 70732120.

f.1) cópia da Petição 5020902-67.2020.4.04.7200/SC em que reque o reconhecimento da prescrição, a qual foi deferida pelo MPF (peça 110, p. 42-46);

f.2) cópia da sentença proferida no âmbito da Ação Civil Pública 2008.72.00.013768-0/SC (peça 110, p. 47-62);

f.3) cópia da decisão judicial no Recurso Especial 1.683.930 que extinguiu a punibilidade dos recorrentes Mailton Pedro de Souza e Carlos César Pereira (peça 110, p. 63-110).

Análise

7.2. Os argumentos dos recorrentes não merecem prosperar. Embora afirmem que não participaram das irregularidades identificadas, as evidências da participação desses responsáveis estão consignadas no Processo Administrativo Disciplinar (PAD) 35239.001448/2006-35 (v. relatório final, peça 1, p. 15-193), bem como na sentença da Ação Penal 2007.72.00.01.4657-3/SC (peça 25, p. 35; peça 25, p. 37; peça 254, p. 37-28).

7.3. Diferentemente do afirmado pelos recorrentes, conforme consta do trecho da sentença à peça 25, p. 66-69, transcrito a seguir, a Corte Judicial rejeitou a preliminar de contaminação das provas no processo 2007.72.00.014657-3:

> *II.1.4. Nulidade do processo em razão da teoria dos frutos da árvore envenenada.* As defesas de João Roberto, Carlos César e Mailton, Gilberto, de Pedro Paulo, e de Altemar e Almir, alegaram a nulidade do processo, com fundamento na teoria dos frutos da árvore envenenada, pois a investigação dos fatos iniciou-se com a obtenção de informações a partir de interceptação telefônica na Operação Influenza – ação penal no 2008.72.00.006744-6, que posteriormente foi considerada ilegal.
>
> Diz à Constituição Federal, artigo 5º, LVI que "são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meio ilícitos".
>
> Dispõe o artigo 157 do Código de Processo Penal que *"São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou ilegais. Parágrafo Primeiro: são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por urna fonte independente das primeiras."* Assim, resta verificar se a investigação dos fatos deste processo têm ligação ou não com a interceptação telefônica realizada na chamada *Operação Influenza- ação penal* n° 2008.72.00.000744-6.
>
> (...)
>
> Ou seja, além do início das investigações neste processo ter ocorrido em período anterior a agosto de 2007, momento em que, segundo as defesas iniciou-se a interceptação telefônica no processo da Operação Influenza, constatou-se que as conclusões parciais do INSS sobre as fraudes previdenciárias nortearam a continuidade das investigações pela autoridade policial.
>
> Pelo acima exposto, restou demonstrado que as investigações desenvolvidas neste processo ocorreram de forma autônoma com relação à Operação Influenza, não sendo o presente processo desdobramento deste último.
>
> Assim, não há como cogitar a contaminação dos elementos carreados nestes autos, com base na teoria dos frutos da árvore envenenada. Peio exposto, rejeito a preliminar.

7.4. Também não prospera a alegação de que as decisões desta Corte se embasaram unicamente na ação penal, sem trânsito em julgado. Na análise processual, esta Corte de Contas se embasou na auditoria da Autarquia, nos termos dos relatórios da comissão de processo administrativo disciplinar (peça 1, p. 31-35, p. 175 e 185), de tomada de contas especial (peça 4, p. 124-150), nas

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 70732120.

decisões judiciais condenatórias dos beneficiários, bem como nas alegações de defesa apresentadas pelos ora recorrentes.

7.5. Nessa linha, a jurisprudência pacífica deste Tribunal é no sentido de que a sentença proferida pelo juízo, sob qualquer fundamento, não vincula a decisão administrativa proferida pelo TCU, em razão do princípio da independência das instâncias. "Apenas a sentença absolutória no juízo criminal fundada no reconhecimento da inexistência material do fato ou na negativa de autoria tem habilidade para impedir a responsabilização civil e administrativa do agente" (Acórdão 131/2017-TCU-Plenário, Ministro Benjamin Zymler), o que não foi o caso da sentença prolatada na ação civil pública 2008.72.00.013768-0. O tema também já foi largamente discutido pelo Poder Judiciário (v. Mandados de Segurança de números 21.948-RJ, 21.708-DF e 23.625-DF, todos do STF; MS 7080-DF, MS 7138-DF e MS 7042-DF, do STJ).

7.6. Especificamente quanto à ação civil pública, o Plenário do Supremo Tribunal Federal já decidiu que o ajuizamento de ação civil pública não retira a competência do Tribunal de Contas da União para instaurar tomada de contas especial, tendo em vista a competência do TCU inserta no artigo 71 da Constituição Federal/1988. Nesse sentido, no excerto do MS 25880/DF, da relatoria do Ministro Eros Grau, consignou-se:

> 4. O ajuizamento de ação civil pública não retira a competência do Tribunal de Contas da União para instaurar a tomada de contas especial e condenar o responsável a ressarcir ao erário os valores indevidamente percebidos.

7.7. Assim, considerando que os recorrentes não apresentaram elementos capazes de justificar sua exclusão da presente TCE, remanesce sua responsabilização.

8. Se as penalidades de multa e inabilitação aplicadas aos recorrentes Mailton Pedro de Souza e Carlos César Pereira devem ser afastadas (peça 106, p. 38-39 e peça 110, p. 38-39).

8.1. Os recorrentes afirmam que as penalidades de multa e inabilitação pelo período de 5 anos para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, que lhe foram aplicadas no acórdão guerreado, devem ser afastadas, com base nos seguintes argumentos:

a) os recorrentes não praticaram qualquer ilícito, já que desconheciam o que verdadeiramente acontecia;

b) as penas aplicadas são desprovidas de fundamentação em violação ao que exige o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal/1988, tratando-se a multa de valor completamente aleatório;

c) quanto à inabilitação, não basta apenas considerar grave a conduta, devendo esta ser devidamente fundamentada e parametrizada, sob pena de transformar o libre convencimento motivado em arbítrio;

d) ainda que os recorrentes fossem considerados culpados, suas condutas não poderiam ser reputadas como grave, em contraposição aos vultosos escândalos que se vê todos os dias nos noticiários nacionais.

Análise

8.2. Ocorre a perda de objeto do argumento suscitado, tendo em vista que, no acórdão atacado, não foi aplicado nem multa nem a sanção de inabilitação pelo período de 5 anos para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança a esses recorrentes.

CONCLUSÃO

9. Em face das análises anteriores, conclui-se que:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 70732120.

a) não ocorreu a prescrição da pretensão ao ressarcimento do dano;

b) considerando que os recorrentes tiveram garantido na presente TCE seu direito ao contraditório e à ampla defesa, sem que houvesse impedimento algum para que reduzissem a termo eventuais testemunhos orais, inexiste cerceamento de defesa, pela não admissão, no âmbito do TCU, de prova testemunhal.

c) os recorrentes não apresentaram elementos capazes de justificar sua exclusão como responsáveis na presente TCE.

9.1. Assim, os elementos apresentados pelos recorrentes não têm o condão de modificar a deliberação recorrida, devendo-se mantê-la em seus exatos termos.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

10. Ante o exposto, com fundamento nos artigos 32, inciso I; e 33, da Lei 8.443/1992, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

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

b) comunicar a deliberação que vier a ser proferida por esta Corte aos recorrentes, ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e à Procuradoria da República no Estado de Santa Catarina, nos termos do § 3º do art. 16 da Lei 8.443/1992 c/c o § 7º do art. 209 do Regimento Interno do TCU, para adoção das medidas cabíveis

TCU / Secretaria de Recursos / 1ª Diretoria, em 12 de abril de 2022.

[assinado eletronicamente]
Mônica Maria Torquato Villar
AUFC – mat. 6468-8

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 70732120.