

GRUPO II – CLASSE I – Primeira Câmara.

TC 019.693/2017-6.

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

Entidade: Genius Instituto de Tecnologia.

Recorrentes: Genius Instituto de Tecnologia (03.521.618/0001-95); Moris Arditti (034.407.378-53).

Representação legal: Amanda Ferreira Cabral (OAB/SP 444.530), Joao Gabriel Gomes Pereira (OAB/SP 296.798), Ivan Henrique Moraes Lima (OAB/SP 236.578) e outros.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. FINEP. CONVÊNIO. OMISSÃO DA PRESTAÇÃO DE CONTAS FINAL (FINANCEIRA). EXECUÇÃO PARCIAL DO PROJETO DE PESQUISA SEM APROVEITAMENTO. CITAÇÃO. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. ARGUMENTOS RECURSAIS INSUFICIENTES PARA MODIFICAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. NÃO PROVIMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO. DUPLA CIENTIFICAÇÃO DO PROCURADOR. PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS ESGOTADO. NÃO CONHECIMENTO. CAUSAS INTERRUPTIVAS PREVISTAS NA RESOLUÇÃO-TCU 344/2022 PODEM OCORRER NAS FASES INTERNA E EXTERNA DA TCE. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO.

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por Moris Arditti e Genius Instituto de Tecnologia em face do Acórdão 1.542/2022-TCU-1ª Câmara, por meio do qual esta Corte de Contas negou provimento aos apelos de reconsideração manejados pelos recorrentes.

2. Nesta ocasião, em suas manifestações recursais juntadas nas peças 168 e 170 e datadas de 14/10/2022, os embargantes sustentam, em peças de teor idêntico, o que segue:

“1. Em conformidade com o artigo 287 do RITCU, o prazo para a interposição dos Embargos de Declaração é de 10 (dez) dias, contados nos termos do art. 183 do RITCU. Para o cômputo do referido prazo, considera-se o artigo 66 da Lei Federal nº 9.784/1992 que determina a exclusão do dia do começo e a inclusão do dia do vencimento.

2. Dessa forma, considerando que a ciência sobre o Acórdão se deu através do portal Conecta TCU, no dia 06/10/2022 (quinta-feira), por meio do Ofício nº 041.507/2022-SEPROC. Assim, o prazo final de interposição recursal se encerrará no dia 17/10/2022 (segunda-feira)

3. Portanto, esses embargos de declaração são tempestivos.

II. DAS RAZÕES DOS EMBARGOS

4. O Acórdão nº 1542/2022 proferido pela Primeira Câmara, negou provimento ao Recurso de Reconsideração interposto pelo Embargante, ao fundamento de que não teria ocorrido a prescrição no caso em comento.

5. Todavia, com a devida vênia, o acórdão recorrido padece se vícios de fundamentação que inquinam de nulidade o pronunciamento deste Tribunal de Contas. Isso, porque, ao exame dos autos, tem-se que o acórdão recorrido foi contraditório ao analisar a ocorrência de prescrição neste feito, como ficará devidamente demonstrado.

a) Da Contradição. Da aplicação de prazo prescricional diverso do prazo estabelecido na Lei Federal n.º 9.873/99.

6. Analisando detidamente os autos, tem-se que essa 2ª Câmara afastou a alegação de prescrição suscitada pelo Embargante, em sede de reconsideração, ao fundamento de que o Tribunal de Contas da União firmou entendimento, no Acórdão 1.441/2016-TCU, no sentido de que o exercício da pretensão punitiva pelo TCU prescreveria no prazo decenal, previsto no artigo 2051 do Código Civil, até que sobreviesse norma específica regulamentadora. Veja-se:

5.4. No que se refere à pretensão punitiva, o TCU tem tradicionalmente aplicado os critérios definidos no Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, que, em incidente de uniformização de jurisprudência, orientou-se pela aplicação do Código Civil. Por este acórdão, em linhas gerais, a prescrição subordina-se 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.

5.5. Entre outras razões que justificaram a adoção desse critério se destaca 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.

5.6. Aplicando essas balizas ao caso em exame, verifica-se que o próprio tribunal, no acórdão recorrido, reconheceu que não havia se operado a prescrição, conforme o trecho do voto condutor da deliberação recorrida (peça 72, p. 7), com dados confirmados nesta instrução:

24. Relativamente ao exame da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Tribunal, esta não restou configurada, conforme o acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, que uniformizou a jurisprudência acerca dessa questão, fixando o prazo em dez anos, contados entre o fato irregular e o ato de citação/audiência/oitiva dos responsáveis. Neste caso, o prazo para a apresentação da prestação de contas financeira findou em 18/2/2010 e o ato de ordenação da primeira citação ocorreu em 22/8/2017 e a segunda em 3/10/2019

7. Todavia, com a devida vênia, o entendimento exarado no Acórdão 1.441/2016 é inaplicável ao caso em exame. Isso, porque, o E. Supremo Tribunal Federal, consolidou sua jurisprudência, no sentido de que, deve-se aplicar ao caso a norma prevista no art. 1º, da lei Federal 9.873/99, que estabelece prazo prescricional de 05 (cinco) anos para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal.

Lei n.º 9.873, de 23 de novembro de 1999. Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

8. No julgamento do Mandado de Segurança n.º 32.201/DF, em 21/03/2017, pela Primeira Turma do E. STF, em acórdão de lavra do Exmo. Ministro Roberto Barroso, firmou-se o entendimento de que “a prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada integralmente pela Lei nº 9.873/1999, seja em razão da interpretação correta e da aplicação direta desta lei, seja por analogia”. 2 Veja-se:

Pois bem. A meu ver, a prescrição da pretensão sancionatória do TCU é regulada integralmente pela Lei nº 9.873/1999 – que regulamenta a prescrição relativa à ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta. Essa conclusão está embasada em dois fundamentos. Primeiro fundamento: a Lei nº 9.873/1999, se corretamente interpretada, é diretamente aplicável à ação punitiva do TCU, não se fazendo necessária colmatação de suposta lacuna através de analogia. Esse fundamento decorre do caráter geral da Lei nº 9.873/1999 em matéria de direito administrativo sancionador, sendo sua disciplina aplicável a qualquer ação punitiva da Administração Pública Federal, exceto àqueles âmbitos em que existente uma

regulamentação própria. (...) Segundo fundamento: ainda que não fosse diretamente aplicável à ação punitiva do TCU, a Lei nº 9.873/1999 representa a regulamentação mais adequada a ser aplicada por analogia. 23. Sobre este ponto, friso, inicialmente, que, conforme já defendi em estudo acerca do tema, o direito administrativo tem autonomia científica, razão pela qual não há nenhuma razão plausível pela qual se deva suprir a alegada omissão com recurso às normas de direito civil, e não às de direito administrativo

9. Portanto, há norma específica regulamentando a prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública, a Lei Federal nº 9.873/1999, que estabelece que o prazo quinquenal para a prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública e, ainda que não se considere a norma legal diretamente aplicável, por analogia, é mais adequado aplicar a norma de direito administrativo do que a norma de direito privado, invocada pelo Acórdão 1.441/2016. Nesse sentido são os precedentes do E. STF. Veja-se:

A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada pela Lei 9.873/1999, descabendo a aplicação do prazo decenal previsto na legislação civil (art. 205 do Código Civil). Ao revés, incide o prazo quinquenal previsto na Lei 9.873/1999 (MS 32201, Rel. Min. Roberto Barroso, PRIMEIRA TURMA, DJe 7/8/2017; MS 35.512-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, SEGUNDA TURMA, DJe 21/6/2019). 3 A prescrição da pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União é regulada integralmente pela Lei 9.873/1999.

10. Analisando os autos, verifica-se que o Acórdão embargado reconhece a aplicabilidade da Lei nº 9.873/1999 ao caso dos autos, tendo-a utilizado, inclusive, para a fixação dos marcos interruptivos da prescrição. Contudo, no que concerne ao lapso prescricional, propriamente, o acórdão deixa de aplicar o prazo quinquenal previsto no artigo 1º da Lei Federal nº 9.873/1999, aplicando, em contrariedade à jurisprudência do E. STF, o prazo decenal do art. 205 do Código Civil.

11. Portanto, a contradição é evidente e se revela no fato de que esse Tribunal de Contas está aplicando, parcialmente, as disposições da Lei Federal nº 9.873/1999. Isto é, o Tribunal de Contas aplicou a referida Lei para regulamentar os marcos de interrupção da prescrição, mas, não a aplicou o prazo de prescrição estipulado pela referida norma.

12. Ademais, cumpre ressaltar que no último dia 11/10/2022, em sessão extraordinária, o Tribunal de Contas da União apreciou o Processo 008.702/2022-5 e aprovou ato normativo para adequar suas decisões às regras de prescrição estabelecidas pela jurisprudência do E. STF. Assim sendo, corrobora-se o fato de que há contradição interna no acórdão embargado, consistente na aplicação de prazo prescricional distinto do prazo de 5 (cinco) anos, previstos na Lei Federal nº 9.873/1999.

13. Assim, caracteriza-se contradição, que enseja a reforma da decisão embargada, na forma do artigo 287 do RITCU, para que seja aplicado o prazo prescricional de 05 (cinco) anos, previsto no art. 1º da Lei Federal nº 9.873/1999.

b) Da Contradição. Da não ocorrência de marco interruptivo do prazo prescricional.

14. Para além da contradição acima apontada, cumpre destacar que, na hipótese dos autos, não se verificou a ocorrência de marco interruptivo da prescrição, apto a obstar o curso do prazo prescricional da pretensão punitiva. Todavia, ao exame do acórdão recorrido, tem-se que esse Tribunal de Contas entendeu que, em 17/06/2013, em decorrência de comunicação eletrônica da FINEP, esta teria entrado em contato com Moris Arditti e Carlos Pitta, dentre outros gestores do Genius, ter-se-ia operado a interrupção da prescrição. Veja-se:

5.14. Com isso, em 17/6/2013, após inúmeras tentativas de localização e notificação dos responsáveis e obtenção de documentação comprobatória, a Finep, por meio de comunicação eletrônica elaborada por Rosilene Matos Domingues, do Departamento de Prestação de Contas do órgão, entrou em contato com Moris Arditti e Carlos Pitta, dentre outros gestores do Genius, com a seguinte mensagem (peça 2, p. 330): Estamos com alguns instrumentos seguindo o rito para Tomada de Contas Especial (TCE) e, desta forma, visando obter informações e/ou documentos adicionais que possam contribuir para elucidação e/ou melhor instrução processual,

reforço a solicitação para indicação de endereço para correspondência.

15. Contudo, a decisão embargada é contraditória, pois, para o cômputo do lapso prescricional, é necessária distinguir, inicialmente, os procedimentos internos e externos da tomada de contas.

16. Isso, porque, apenas a Tomada de Contas Especial instaurada junto ao Tribunal de Contas da União tem o condão de interromper o prazo prescricional e não qualquer procedimento adotado na fase interna pela entidade gestora do recurso público submetido ao controle.

17. Isto é, a chamada fase interna do processo de Tomada de Contas é aquela cujo trâmite se dá junto ao órgão responsável pela aplicação dos recursos públicos, no qual, por meio do rito próprio da entidade responsável, busca-se analisar a regularidade da aplicação dos recursos repassados.

18. Nesta primeira etapa, a apuração cinge-se à análise da boa aplicação dos recursos públicos, a ocorrência de possível dano, assim como a identificação dos eventuais responsáveis, sem possibilidade de eventual condenação. O resultado desta análise é encaminhado para a Corte de Contas, onde, preenchidos os requisitos, inicia-se a chamada fase externa da Tomada de Contas Especial.

19. Assim sendo, apenas na fase externa é que a Tomada de Contas Especial assume características de processo, sendo todo o trâmite regulado pela Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei Federal nº 8.443/1992). Nesse sentido, a doutrina entende que:

“Não obstante a mesma denominação, a TCE, em sua fase interna e na sua fase externa, se diferencia de forma substancial. Na fase interna, é simples procedimento administrativo, assemelhado ao inquérito, que se movimenta por vontade exclusiva daqueles que possuem competência para instaurá-la administrador público e os respectivos tribunais de contas. Na fase externa, entretanto, adquire as feições de processo. (...)Exceto por alguma medida saneadora que precise ser realizada, na fase externa a TCE se desenvolve exclusivamente no âmbito dos tribunais de contas5 “

20. Portanto, evidencia-se a natureza administrativa da fase interna da Tomada de Contas Especial, cujas prerrogativas assemelham-se as do inquérito policial, e o resultado destina-se a guiar a atuação do Tribunal de Contas da União no desenvolvimento da fase externa. Apenas com o início desta segunda fase é que o feito adquire natureza de processo. Nesse sentido é a jurisprudência desse Tribunal de Contas da União. Veja-se:

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. OMISSÃO NO DEVER DE PRESTAR CONTAS. RECURSOS CAPTADOS PARA A REALIZAÇÃO DE PRODUÇÃO CINEMATOGRAFICA. LEI DO AUDIOVISUAL. NÃO ATINGIMENTO DOS OBJETIVOS DO PROJETO SALIC 07-0479 FIRMADO COM A ANCINE. CITAÇÃO. REJEIÇÃO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA. EXCLUSÃO DA RELAÇÃO PROCESSUAL DE SÓCIO QUE NÃO CONCORREU PARA O COMETIMENTO DO DANO. IRREGULARIDADE DAS CONTAS. DÉBITO E MULTA. CIÊNCIA. ARQUIVAMENTO. 20.5. (...) A fase interna constitui procedimento inquisitório de coleta de provas, assemelhado ao inquérito policial; já na fase externa, que tem início com a atuação do processo no TCU (...) (TCU. Acórdão nº 12513/2019 - Segunda Câmara. Relator: Min. Aroldo Cedraz, julgado em 19/11/2019)

21. Evidente, portanto, que além de natureza jurídica distintas, as “fases” do processo de Tomada de Contas Especial têm ritos procedimentais próprios e são desenvolvidas por autoridades diferentes.

22. Assim, não há como sustentar que atos preparatórios da unidade gestora do recurso – no caso a FINEP - possam representar marcos interruptivos da prescrição, na acepção da Lei nº 9.873/1999, na medida em que tais atos não reverberam tampouco vinculam a instauração da Tomada de Contas Especial pelo TCU (art. 8º, § 1º da Lei 8.443/1992), órgão cujas atribuições foram disciplinadas na Constituição para aplicação de sanções e imputação de débitos.

23. Dessa forma, apenas com a instauração do processo perante o Tribunal de Contas da União é

que se pode falar em interrupção do prazo prescricional, visto que é nesta fase que há ato inequívoco de apuração do fato, cujo procedimento é dotado de rito próprio e guiado por disposição legal. Nesse sentido, é a jurisprudência. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL. CONVÊNIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. TÍTULO EXTRAJUDICIAL. MULTA FIXADA PELO TCU. ANULAÇÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. INSTAURAÇÃO. PRESCRIÇÃO. PROCEDIMENTO FORMAL. 1. Por meio da presente demanda, busca-se a anulação da execução movida pela União contra o embargante, cujo objeto é o pagamento de multa fixada pelo Tribunal de Contas da União, em sede de processo de tomada de contas especial. (...) 2. Diferente solução se aplica ao prazo prescricional para a instauração da Tomada de Contas no que diz respeito à aplicação da multa prevista nos arts. 57 e 58 da Lei 8443/1992. Em relação à imposição da penalidade, incide, em regra, o prazo quinquenal". (RESP 894539, Segunda Turma, Relator: Ministro Herman Benjamin, DJE de 27.08.2009). O referido prazo prescricional, relativamente à aplicação da multa, tem como marco inicial a data da apresentação da prestação de contas pelo responsável em fazê-la. 3. No caso em destaque, o então Prefeito tinha um prazo de 30 (trinta dias), após findo o prazo de vigência do convênio, para prestar contas dos valores repassados e utilizados pelo Município, mas não o fez. Esse prazo expirou em 31 de janeiro de 1999. Sendo assim, a tomada de contas especial deveria ter sido instaurada perante o TCU em até 5 (cinco) anos, a partir dessa data, para evitar a prescrição, ou seja, até 31 de janeiro de 2004, mas também não o foi. 4. É certo que o procedimento administrativo de tomada de contas é ato complexo, a teor do mesmo art. 8º, da Lei nº 8443/92, e se inicia bem antes da formalização do processo perante o TCU, quando a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, toma providências com vistas à apuração de fatos considerados irregulares, como a omissão na prestação de contas e a não comprovação ou o desvio de recursos repassados pela União. Somente após concluída essa fase de investigação dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano é que esse processo é encaminhado ao TCU para julgamento. No entanto, para fins de contagem do lapso prescricional, é a instauração da tomada de contas especial perante o TCU que deve ser levada em consideração, por se caracterizar como um procedimento formal, de caráter excepcional, revestido de rito próprio instituído pela Corte de Contas, no fito de apurar e punir aqueles que não tiveram o necessário zelo na guarda e aplicação de recursos públicos. 5. Mesmo que se alegue que houve prévio procedimento administrativo de tomada de contas e que a autoridade responsável, já em maio de 2003, antes do final do prazo prescricional, havia concluído que as contas do ex-Prefeito não poderiam ser aprovadas, ESSE FATO NÃO GERA A INTERRUPÇÃO DO LAPSO PRESCRICIONAL, POIS APENAS A FORMALIZAÇÃO DO PROCESSO DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL PERANTE A CORTE DE CONTAS É QUE SE CARACTERIZA COMO ATO INEQUÍVOCO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CAPAZ DE INTERROMPER A PRESCRIÇÃO, a teor do art. 202, do Código Civil. 6. A formalização do processo de tomada de contas especial no TCU, ocorrida em 21 de julho de 2004 – data informada pelo embargante e não contestada pela União - foi realizada a destempo, quando já prescrito o direito. Apelação provida." (TRF-5, AC nº 0002033-25.2014.4.05.8300, Rel. para Acórdão Des. Federal José Maria Lucena, Primeira Turma, Julgado em 29.01.2015, DJe: 12.02.2015)

24. A importância do transcurso do tempo entre a instauração da fase interna da Tomada de Contas Especial e o início da fase externa reflete, inclusive, no diploma normativo editado pelo TCU. Isto é, em 2016, a Instrução Normativa nº 76 incluiu o art. 11 à Instrução Normativa nº 71 de 20126, cuja redação define o prazo de 180 dias para que a Tomada de Contas Especial seja encaminhada ao Tribunal de Contas da União.

25. A partir disso, conclui-se:

- (i) Independentemente de existência de prévio procedimento administrativo, apenas a instituição de Tomada de Contas Especial perante o Tribunal de Contas da União deve ser considerada como ato inequívoco da administração para fins de prescrição;
- (ii) O termo inicial para a contagem da prescrição da pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União é a data em que passa a ser exigível a apresentação da prestação de contas pelo

responsável, motivo pelo qual a IN STN nº 01/97 exige que constada a mora do conveniado seja iniciado o procedimento de apuração interna e o processo seja remetido ao TCU em 180 dias para julgamento.

26. Assim, também neste ponto, demonstra-se que a contradição no acórdão recorrido, de modo que deve ser reformada a decisão desse Tribunal de Contas, tendo em vista a ocorrência de prescrição da pretensão punitiva estatal.

III. DA CONCLUSÃO.

27. Ante o exposto, a Embargante requer que estes embargos de declaração sejam conhecidos e providos, nos termos do artigo 34 da Lei nº 8.443/1992 e artigo 287 do RITCU, para suprir as contradições do Acórdão 1542/2022, no que concerne ao regramento da prescrição aplicável ao caso, em conformidade com a jurisprudência do E. STF, para que seja declarada a prescrição da pretensão punitiva, na forma do art. 1º da Lei nº 9.873/1999, e afastar o suposto marco interruptivo da prescrição por força da jurisprudência desta Corte de Contas.”

É o relatório.