

GRUPO II – CLASSE IV – Plenário

TC 011.101/2003-6 [Apensos: TC 006.370/2013-6, TC 009.186/2005-2, TC 008.535/2007-7, TC 004.714/2004-5, TC 007.766/2009-6, TC 008.949/2010-7, TC 013.223/2011-9, TC 018.588/2007-4, TC 027.720/2007-8, TC 006.128/2006-3, TC 011.137/2008-0]

Natureza: Tomada de Contas Especial

Entidade: Secretaria Especial de Desenvolvimento Urbano (extinta), Ministério da Integração Nacional, Ministério das Cidades e Município de Guarulhos – SP.

Responsáveis: Airton Tadeu de Barros Rabello (027.372.718-43); Alexandre Lobo de Almeida (123.172.818-38); Artur Pereira Cunha (002.053.201-63); Carlos Eduardo Corsini (827.792.878-53); Construtora OAS Ltda. (14.310.577/0011-86); Douglas Leandrini (853.070.928-49); Fernando Antonio Duarte Leme (754.998.358-53); Jorge Luiz Castelo de Carvalho (344.471.647-87); Jovino Cândido da Silva (693.441.328-87); Kimei Kunyoshi (039.128.688-91); Nelson Rodrigues Pandeló (305.134.648-91); Roberto Yoshiharu Nisie (009.623.208-03); Sueli Vieira da Costa (876.086.938-00); Valdir Antonucci Minto (045.723.648-50); Vania Moura Ribeiro (047.883.204-44).

Interessado: Congresso Nacional

Advogados constituído nos autos: Priscila Roberta de Lima Tempesta (OAB/DF 25.563), Paulo Henrique Triandafelides Capeloto (OAB/SP 270.956) e outros.

VOTO COMPLEMENTAR

Senhor Presidente,

Senhores Ministros,

Senhor representante do Ministério Público,

Registro que pedi vista dos presentes autos na Sessão Plenária de 30/10/2013 e os devolvi para o ilustre Relator no dia 11/11/2013, acompanhado de minuta de declaração de voto nos seguintes termos:

“Inicialmente, reitero a posição que assumi quanto à principal questão de mérito da presente tomada de contas especial, que é favorável à adoção da proposta do Exmº Sr. Ministro Relator.

2. *Quanto à ressalva que fiz a respeito da questão da prescrição de multas no âmbito deste Tribunal, esclareço que, a princípio, assumo posição diversa em relação ao Ministro Relator e ao demais revisores*

3. *Entendo que, ao utilizar-se das competências que lhe são reservadas pelo art. 71 da Constituição Federal, o Tribunal de Contas da União - TCU frequentemente se depara com a*

necessidade de sopesar o princípio da segurança jurídica com os diversos princípios que regem sua atividade.

4. *Essa é a tormentosa questão de fundo do presente feito, na qual desenha-se, basicamente, a existência de duas correntes opostas de opinião: a primeira, tende a fundamentar-se no princípio da reserva da lei para inferir a imprescritibilidade de todas as multas impostas pelo TCU, a outra, defende a prescrição irrestrita em relação a quaisquer ilícitos previstos na Lei Orgânica.*

5. *Com as vênias devidas, as duas correntes não levam em conta o texto constitucional e nem a distinção legal entre ilícitos administrativos sem efeitos patrimoniais diretos e os que causam danos ao Erário, feita de forma muito clara na Lei Orgânica.*

6. *A letra do art. 37, §5º, da Constituição Federal, assim estabelece:*

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

7. *Por sua vez, a Lei Orgânica do TCU assim dispõe nos arts. 57 e 58:*

Art. 57. Quando o responsável for julgado em débito, poderá ainda o Tribunal aplicar-lhe multa de até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao Erário.

Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por:

I - contas julgadas irregulares de que não resulte débito, nos termos do parágrafo único do art. 19 desta Lei;

II - ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial;

III - ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao Erário;

IV - não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, a diligência do Relator ou a decisão do Tribunal;

V - obstrução ao livre exercício das inspeções e auditorias determinadas;

VI - sonegação de processo, documento ou informação, em inspeções ou auditorias realizadas pelo Tribunal;

VII - reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal.

§ 1º Ficarà sujeito à multa prevista no caput deste artigo aquele que deixar de dar cumprimento à decisão do Tribunal, salvo motivo justificado.

§ 2º O valor estabelecido no caput deste artigo será atualizado, periodicamente, por portaria da Presidência do Tribunal, com base na variação acumulada, no período, pelo índice utilizado para atualização dos créditos tributários da União.

§ 3º O Regimento Interno disporá sobre a gradação da multa prevista no caput deste artigo, em função da gravidade da infração.

8. Como vemos facilmente da leitura das duas normas, o início do § 5º do art. 37 da Constituição refere-se a ilícitos administrativos dos quais resultem danos ao Erário, enquadrados apenas nas hipóteses previstas no art. 57 e no art. 58, inciso III, da Lei Orgânica (Lei nº 8.443/92). As demais hipóteses não estão abrangidas pelo dispositivo constitucional.

9. No que tange às ações de ressarcimento referidas no texto constitucional, a interpretação do § 5º do art. 37, **in fine**, (“ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”), já está razoavelmente pacificada no âmbito do Supremo Tribunal Federal que, no julgamento do MS nº 26.210/DF (Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Diário da Justiça de 10/10/2008), decidiu pela imprescritibilidade de ações de ressarcimento de danos ao erário, nos termos da seguinte ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. BOLSISTA DO CNPq. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE RETORNAR AO PAÍS APÓS TÉRMINO DA CONCESSÃO DE BOLSA PARA ESTUDO NO EXTERIOR. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. I. O beneficiário de bolsa de estudos no exterior patrocinada pelo Poder Público, não pode alegar desconhecimento de obrigação constante no contrato por ele subscrito e nas normas do órgão provedor. II. Precedente: MS 24.519, Rel. Min. Eros Grau. III. Incidência, na espécie, do disposto no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, no tocante à alegada prescrição. IV. Segurança denegada’.

10. Apesar da literalidade do texto constitucional, ainda persiste, todavia, a necessidade de orientação segura da Suprema Corte a respeito da melhor interpretação a ser dada ao início do § 5º do art. 37 da Constituição Federal: “a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas (...)”.

11. À luz da doutrina mais autorizada, não há dúvidas de que o princípio da reserva legal absoluta incide sobre este excerto do § 5º do art. 37 da Constituição Federal, haja vista a referência à lei para o estabelecimento de prazos prescricionais para pretensão punitiva em relação a ilícitos que envolvam prejuízos ao erário.

12. Segundo Crisafulli,

uma norma constitucional atribui determinada matéria exclusivamente à lei formal (ou a atos equiparados, na interpretação firmada na praxe), subtraindo-a, com isso, à disciplina de outras fontes, àquelas subordinadas” (CRISAFULLI, Vezio apud SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 421).

13. José Afonso da Silva na mesma obra, em relação à acepção de lei e de atos equiparados à lei, assevera que:

(...) a palavra lei, para a realização plena do princípio da legalidade, se aplica, em rigor técnico, à lei formal, isto é, ao ato legislativo emanado dos órgãos de representação popular e elaborado de conformidade com o processo legislativo previsto na Constituição (arts. 59 a 69). Há, porém, casos em que a referência à lei na Constituição, quer para satisfazer tão-só as exigências do princípio da legalidade, quer para atender hipóteses de reserva (infra), não exclui a possibilidade de que a matéria seja regulada por um “ato equiparado”, e ato equiparado à lei formal, no sistema constitucional brasileiro atual, serão apenas a lei delegada (art. 68) e as medidas provisórias, convertidas em lei (art. 62), as quais, contudo, só podem substituir a lei formal em relação àquelas matérias estritamente indicadas nos dispositivos referidos.

14. Portanto, no rol dos chamados “atos equiparados à lei”, não se encontram as deliberações deste Tribunal que fixe prazos prescricionais. No exercício do poder-dever de sopesar os princípios constitucionais da segurança jurídica e da legalidade, só há possibilidade de fixação de prescrição do exercício da pretensão punitiva no caso de ilícitos que não causem prejuízos ao Erário.

15. Assim, ao assumirmos a tarefa hermenêutica de extrair o sentido literal do art. 37, § 5º, da Constituição, necessariamente temos que reconhecer que o dispositivo se refere clara e exclusivamente a ilícitos que causem prejuízo ao Erário (passíveis de cominação de multa) e às correspondentes ações de ressarcimento do dano (ações judiciais e procedimentos administrativos tendentes à recuperação do débito).

16. Ele efetivamente não se refere a outros atos e omissões que, embora não tenham causado danos ao Erário, não deixam de representar ilicitudes passíveis de cominação de multa com base no art. 58, incisos I, II, IV, V, VI e VII da Lei Orgânica, o que faz com que tais hipóteses escapem da submissão ao princípio da reserva legal absoluta.

17. Em relação a essas hipóteses, já há reconhecimento explícito de prescrição punitiva em 5 ou 10 anos, dependendo da norma legal tomada como fundamento ou da construção jurisprudencial escolhida pelo aplicador (o Superior Tribunal de Justiça - STJ, por exemplo, entende que ela é quinquenal com base no Decreto nº 20.910/32). A tese da imprescritibilidade irrestrita, da qual eu discordo, é a que, utilizando-se do princípio da reserva legal como principal argumento, enquadra no art. 37, § 5º, da CF qualquer tipo de ilícito administrativo, independentemente do fato de decorrerem ou não do ato ilícito danos ao Erário. Os ilícitos dos quais decorrem danos aos cofres públicos, estes sim, estão provisoriamente em uma situação de imprescritibilidade, por ausência de lei que estabeleça os prazos mencionados no texto constitucional (§ 5º, art. 37, da CF), mas o mesmo não acontece com os demais.

18. Na preleção insuperável e indispensável de José Afonso da Silva,

A prescritibilidade, como forma de perda da exigibilidade de direito, pela inércia de seu titular, é um princípio geral de direito. Não será, pois, de estranhar que ocorram prescrições administrativas sob vários aspectos, que quanto às pretensões de interessados em face da Administração, que quanto às desta em face de administrados. Assim é especialmente em relação aos ilícitos administrativos. Se a Administração não toma providência à sua apuração e à responsabilização do agente, a sua inércia gera a perda do seu **ius perseguendi**. É o princípio que consta do art. 37, § 5º, que dispõe: 'A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvada as respectivas ações de ressarcimento'. Vê-se, porém, que já há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável e, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (dormientibus non succurrit ius). (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 673, grifos nossos)

19. São poucos os julgados que abordam frontalmente essa questão. Todavia, trilhando esse caminho previamente pavimentado pela doutrina, há uma decisão do TRF-5ª Região (AC Nº 531246/RN) que faz claramente a distinção entre ilícitos que causem danos ao Erário, em situação de imprescritibilidade por ausência de lei específica, e os que não dão causa a prejuízos aos cofres públicos:

Na hipótese sub examine, ao contrário do que sustenta a apelante, o débito inscrito na CDA de fls. 05 não se refere à restituição ao erário de verbas que teriam sido repassadas ao município, mas à imposição de multa, em face do julgamento como irregulares das contas apresentadas pelo

apelado. É o que se extrai do fundamento legal exposto no referido documento (arts, 1º, I; 16, III, “b”; 19 e 23, III, todos da Lei 8.443/92).

Com efeito, o art. 16, III, “b”, da Lei 8.443/92, assim dispõe:

Art. 16. As contas serão julgadas:

(...)

III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:

a) omissão no dever de prestar contas;

b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;

c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico;”

(...)

Caso se tratasse de dano ao erário, a CDA estaria embasada na alínea “c” do dispositivo acima transcrito. Dispondo apenas acerca da alínea “b”, resta configurada a hipótese de multa por irregularidades nas contas, em relação a qual não se cogita de imprescritibilidade.

Com essas considerações, **NEGO PROVIMENTO** à apelação.

É como voto.

20. Assim, entendo que estão em situação de imprescritibilidade, em razão do princípio da reserva legal, as multas aplicadas com fundamento no art. 57 e art. 58, inciso III, da Lei Orgânica, pois dependem de lei específica e estão necessariamente atreladas a ações de ressarcimento, nos termos do art. 37, § 5º, da Constituição Federal in fine (“(...) ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento). Todas as demais hipóteses de multa, que não possuem essas características, podem ter seus prazos prescricionais analisados pelo Tribunal aplicando a legislação vigente (Leis nºs 9.784/99, 9.873/99 e 8.112/90). Como exemplo, estão as hipóteses de (a) contas julgadas irregulares de que não resulte débito; (b) ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial; (c) não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, a diligência do Relator ou a decisão do Tribunal; (d) obstrução ao livre exercício das inspeções e auditorias determinadas; (e) sonegação de processo, documento ou informação, em inspeções ou auditorias realizadas pelo Tribunal; e (f) reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal.

21. Ressalto que, em relação à questão preliminar ora suscitada, não se deve firmar nenhum entendimento, haja vista o fato de que até mesmo no âmbito do Supremo Tribunal Federal a matéria está em processo de refinamento, como mostra a Repercussão Geral recentemente reconhecida no Recurso Extraordinário nº 669.069/MG. Nela, o Relator Ministro Teori Zavascki revela a existência de três correntes em relação à prescrição das ações de ressarcimento, que podem ser resumidas no reconhecimento de que:

- a) a imprescritibilidade aludida no dispositivo constitucional alcança qualquer tipo de ação de ressarcimento ao Erário;
- b) a imprescritibilidade alcança apenas ações por danos ao Erário decorrentes de ilícito penal ou de improbidade administrativa;
- c) o dispositivo constitucional não contém norma apta a consagrar imprescritibilidade alguma.

22. Quanto ao mérito, verifico que a proposta de multas da Unidade Técnica não está devidamente fundamentada, uma vez que, nos itens II, III, IV e VI, há referência apenas ao art. 58 da

Lei nº 8.443/92, levando ao duto representante do Ministério Público a pronunciar-se da seguinte forma:

Por todo o exposto, este membro do Ministério Público de Contas manifesta concordância com a proposta da 3ª Secretaria de Fiscalização de Obras, consignada na peça 16, p. 54-59, acrescentando, para maior exatidão, que as proposições de multa baseadas no art. 58 da Lei 8.443/92 podem estar fundamentadas no inciso II do referido artigo.

23. *Posteriormente, após a análise dos novos elementos acostados, a SecobEnerg faz nova instrução ratificando a proposta de encaminhamento inicial, sem acatar a sugestão do Parquet Especializado acima transcrita, utilizando-se dos seguintes termos:*

45. *Ante todo o exposto, encaminham-se os autos ao Gabinete do Exmº Ministro Relator Benjamin Zymler, propondo manter as propostas contidas no pronunciamento anterior do Secretário da SecobEnergia (peça 16, p. 52-59), uma vez que os novos elementos trazidos não inovam e não são capazes de alterar a conclusão anterior.*

24. *Destarte, ratificando minha posição já externada na Sessão Plenária de 20 de novembro de 2013, entendo melhor não fixarmos qualquer entendimento no presente feito e restituir os autos para a Unidade Técnica para as necessárias conclusões da instrução (do relatório da equipe de auditoria ou do técnico responsável pela análise do processo, bem como do parecer das chefias imediatas, da unidade técnica) (art. 1º, § 3º, inciso I, da Lei nº 8.443/92)."*

2. Após essa data (11/11/2013), a movimentação registra que o processo passou pelas mãos de mais dois Revisores e por várias outras providências internas e externas, até ser incluído na presente sessão.

3. No presente feito, em respeito ao entendimento sobre a prescrição da pretensão punitiva do Tribunal, atualmente pacificado nesta Corte por meio do Acórdão nº 1.441/2016- TCU - Plenário acompanho a proposta do relator quanto ao mérito.

É como voto, Senhor Presidente!

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 16 de julho de 2014.

RAIMUNDO CARREIRO
Revisor