

VOTO

Presentes requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 32, inciso I e 33 da Lei nº 8.443/92, cumpre conhecer do recurso.

2. Quanto ao mérito, assiste parcial razão ao Recorrente.

3. Dentre os argumentos trazidos na peça recursal, é sustentado que, embora a pretensão estatal seja imprescritível quanto às ações para ressarcimento de dano ao Erário, “a função de julgar e apenar é sim submetida ao crivo prescricional da legislação administrativa e cível, o que angaria reforma da decisão no quesito relacionado ao julgamento e penalização do agente”.

4. Com efeito, a mesma norma constitucional que estabelece a imprescritibilidade das ações para esse tipo de ressarcimento (Art. 37, §5º) também define que, quanto aos “ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, **deverá a lei fixar o prazo prescricional**” (grifei).

5. Não se desconhece, cumpre destacar, que a questão ainda é controvertida no âmbito desta Corte.

6. Contudo, é preciso diferenciar a pretensão ao ressarcimento da pretensão punitiva. A Constituição Federal estabelece essa diferença, como dito acima, deixando claro, a meu ver, que a prescrição, mesmo em casos de ilícitos praticados por agentes públicos, é a regra, ressaltando unicamente as ações de ressarcimento.

7. Registro, a propósito, que por ocasião do julgamento, pelo E. STF, do MS nº 26.210/DF, o qual é reiteradamente invocado nesta Corte de Contas para justificar a imprescritibilidade das ações de ressarcimento, o então Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, trouxe à baila lição do professor José Afonso da Silva, onde ele esclareceu justamente que apenas as ações que visam ao ressarcimento são imprescritíveis, mas não a apuração e punição do ilícito, senão vejamos a explicação do citado constitucionalista:

“... *Vê-se, porém, que 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. ...*” (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 673 – grifo acrescido).

8. Dessarte, ainda que se considere ser prescritível a ação punitiva do Estado quanto à aplicação das multas previstas nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.443/1992, cumpre definir qual seria este prazo prescricional, haja vista que o citado diploma Legal não disciplina a questão.

9. Nesse mister, a Unidade Técnica, em seu parecer, pugnou pela aplicação do prazo geral de dez anos previstos no art. 205 do Código Civil, sustentando, para tanto, que não haveria lei específica.

10. Com todas as vênias, divirjo dessa posição.

11. É fato que não existe norma legal de prescrição específica para a pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União. Todavia, isso não afasta a possibilidade, ou melhor, a necessidade de colmatar essa lacuna normativa por meio processo analógico com normas outras cujo substrato de incidência mais se assemelhe à atuação sancionadora desta Corte de Contas.

12. E nesse diapasão, **o prazo analogicamente mais ajustado ao perfil dos processos de controle externo é o quinquenal**, porquanto esse é o período consagrado no arcabouço normativo brasileiro sobre prescrição no âmbito do Direito Administrativo.

13. Nesse sentido, aliás, já se posicionou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Senão vejamos:

“ADMINISTRATIVO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. DANO AO ERÁRIO. RESSARCIMENTO. IMPRESCRITIBILIDADE. MULTA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ART. 1º DA LEI 9.873/1999. INAPLICABILIDADE.

1. A pretensão de ressarcimento por prejuízo causado ao Erário é imprescritível. Por decorrência lógica, tampouco prescreve a Tomada de Contas Especial no que tange à identificação dos responsáveis por danos causados ao Erário e à determinação do ressarcimento do prejuízo apurado. Precedente do STF.

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 8.443/1992. Em relação à imposição da penalidade, incide, em regra, o prazo quinquenal. (...)” (grifei)

(REsp 894.539/PI, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2009, DJe 27/08/2009)

14. O prazo prescricional de cinco anos é o adotado como regra, de forma larga e uniforme, nas leis de regência do Direito Administrativo.

15. Está presente, por exemplo, no art. 23, inciso II, da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), no art. 142, inciso I da Lei 8.112/1990 (Estatuto dos Servidores), do art. 1º do Decreto 20.910/1932 (regula a prescrição quinquenal na Administração), no art. 21 da Lei 4.717/1965 (Lei da Ação Popular), no art. 174 da Lei 5.172/1966 (Código Tributário Nacional), no art. 1º da Lei 9.873/1999 (estabelece o prazo de prescrição para o exercício do poder de polícia), e no art. 46 da Lei 12.529/2011 (define a prescrição da ação punitiva estatal contra infrações à ordem econômica), entre outros.

16. Importa frisar que a aplicação da analogia com as regras de Direito Administrativo, e não com o Direito Civil, na hipótese em estudo, ampara-se na doutrina administrativista. Cito, nesse passo, o escólio de Celso Antônio Bandeira de Mello acerca do tema das pretensões da Administração contra os administrados. Sobre a questão, o respeitável autor sustenta que **tal analogia não pode ser feita com as regras do Direito Civil**, mas com as normas do Direito Público, *verbis*:

...parece-nos que o correto não é a analogia com o Direito Civil, visto que, sendo as razões de Direito Público, posto que, sendo as razões que o informam tão profundamente distintas que inspiram as relações de Direito Público, nem mesmo em tema de prescrição caberia buscar inspiração em tal fonte (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 30ª ed. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 1079).

17. Bandeira de Mello **também converge para a adoção analógica do prazo quinquenal** previsto na maioria das normas sobre prescrição nas relações entre Estado e particulares (e vice-versa), tendo por base os prazos definidos no Decreto 20.910/1932 e nas Leis 4.717/1965, 9.873/1999 e 9.784/1999. Sobre esse ponto, o autor assim pontua:

Vê-se, pois, que este prazo de cinco anos é uma constante nas disposições gerais estatuídas em regras de Direito Público, quer quando reportadas ao prazo para o administrado agir, quer quando reportadas ao prazo para a Administração fulminar seus próprios atos. Ademais, salvo disposição legal explícita, não haveria razão prestante para distinguir entre Administração e administrados no que concerne ao prazo ao cabo do qual faleceria o direito de reciprocamente se proporem ações.

Isto posto, estamos em que, faltando regra específica que disponha de modo diverso, ressaltada a hipótese de comprovada má-fé [...], o prazo para a Administração proceder

judicialmente contra eles [os administrados] é, como regra, de cinco anos [...] (BANDEIRA DE MELLO, op. cit, p. 1.080.)

18. Na mesma convergência, Luís Roberto Barroso defende o uso da analogia como forma de suprir lacunas na definição de prazos de prescrição no Direito Administrativo mediante a invocação de regras do mesmo ramo do Direito.

19. O ilustre autor sustenta, por exemplo, que o prazo prescricional de cinco anos já incidia sobre as multas aplicáveis pelo Banco Central do Brasil antes mesmo da publicação da Lei 9.873/1999, que veio a positivar esse prazo para as multas decorrentes do poder de polícia da Administração, hipótese em que se encaixa a atuação fiscalizadora do Bacen, nos termos da Lei 4.131/1962 (define, entre outras disposições, as hipóteses de multas administrativas aplicáveis pelo Banco Central em face de irregularidades em operações cambiais), a qual não fixa prazos de prescrição (BARROSO, Luís Roberto. *A Prescrição Administrativa no Direito Brasileiro Antes e Depois da Lei nº 9.873/99. Revista de Diálogo Jurídico*. Salvador: Centro de Atualização Jurídica. Ano I, vol. I, n. 4, julho/2001. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/dialogo-juridico-04-julho-2001-luis-r-barroso.pdf. Acesso em: 20/07/2015).

20. Para Barroso, a prescrição quinquenal tem *status* de regra geral no Direito Administrativo brasileiro.

21. De retorno ao caso vertente, cabe reafirmar, portanto, que a ausência de norma específica sobre prescrição em processos de controle externo reclama o uso da analogia com normas teleologicamente próximas às características do controle externo para suprir a lacuna. Em outras palavras: diante duas fontes de direito para suprir uma lacuna, a analogia deve socorrer-se da norma cujo substrato de incidência mais se aproxime do caso em estudo. E, no caso em comento, não há nenhuma dúvida de que os processos de controle externo se irmanam muito mais com as normas do Direito Administrativo do que com o Direito Civil.

22. Assim, a fórmula mais adequada à boa técnica hermenêutica é a utilização do **prazo quinquenal**, extraído das normas análogas do Direito Administrativo.

23. Ainda na trilha desses argumentos, acrescento que, segundo Norberto Bobbio, as lacunas não representam a falta de uma solução, “mas de uma *solução satisfatória*, ou, em outras palavras, não a falta de uma norma, mas a falta de uma norma justa, isto é, de uma norma que se desejaria que existisse, mas que não existe” (BOBBIO. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad.: Maria Celeste C. J. Santos. 10 ed. Brasília: UnB, 1999, p. 140). De fato, soaria estranho invocar no caso em estudo, para fins de analogia, o prazo geral de dez anos – inspirado nas distantes regras do Direito Civil –, quando há uma regra geral – de cinco anos – adotada em múltiplas leis do Direito Administrativo.

24. Feitas essas ponderações, tenho que a Lei 9.873/99, que estabelece o prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, é a norma que mais se aproxima analogicamente ao caso, porquanto, embora o controle externo não possa ser classificado como “poder de polícia”, é inafastável seu viés sancionador, punitivo, quando se trata do poder de aplicação de multas e outras sanções previstas na Lei 8.443/92. E, de acordo com o artigo 1º da lei análoga, o prazo prescricional, em casos da espécie, é de cinco anos, “contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente, do dia em que tiver cessado”, verbis:

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. (Lei 9.873/99 - grifei).

25. No caso sob exame, a infração objeto dos autos (realização da despesa irregular) **ocorreu em 20/03/2003** (fls. 48 - Peça 04), ao passo que a **citação somente foi efetivada em 22/06/2010** (fls. 43/48 - Peça 10), **mais de sete anos depois**.

26. Assim, identifica-se, no caso presente, a prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal referente à aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443/92, o que justifica o provimento parcial do presente recurso, para que se torne sem efeito o item 9.5 do acórdão alvejado.

27. Friso, ademais, que, nos termos do art. 281 do Regimento Interno deste Tribunal, a prescrição em questão aproveita aos demais responsáveis apenados com a multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443/92, quais sejam: Klass Comércio e Representação Ltda. e Sr. Luiz Antonio Trevisan Vedoin, os quais foram apenados em virtude da mesma ocorrência imputada ao ora recorrente, ocorrida, como visto, em 20/03/2003, ou seja, mais de sete anos antes das citações dos responsáveis neste processo.

28. Melhor sorte, todavia, não assiste ao recorrente no que se relaciona aos demais argumentos por ele trazidos. Consoante demonstrou o i. Relator da deliberação recorrida, tanto a “formalização deste processo pela via inicial da representação, bem como os procedimentos citatórios para a instauração do contraditório observaram rigorosamente os preceitos da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992 e do Regimento Interno do TCU” (peça 33). As razões recursais não infirmaram essa assertiva.

29. Ademais, como também destacou o então Relator:

...o Sr. Josely Siqueira, além de ter celebrado o convênio em questão e de ter se comprometido a aplicar corretamente os valores do ajuste, foi também o responsável pela autorização da abertura dos procedimentos licitatórios para a aquisição da UMS conveniada (Convites 3 e 6/2003), pelas adjudicações e homologações dos certames, pelas autorizações dos pagamentos e pela prestação de contas do ajuste firmado, de modo que não há como esquivar-se da responsabilidade pelos atos apurados na presente TCE. (Peça 33)

30. Logo, à míngua de argumentos ou de qualquer elemento que justifique as irregularidades apuradas, em especial, a ocorrência do superfaturamento no cumprimento do objeto convenial, não acolho os demais argumentos trazidos pelo Recorrente.

31. Diante de todas essas considerações, concluo pelo provimento parcial do recurso, nos termos exarados no presente Voto.

Do exposto, VOTO por que seja aprovado o Acórdão que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 21 de julho de 2015.

RAIMUNDO CARREIRO

Relator