

VOTO

Em exame Recurso de Reconsideração interposto pelo Sr. Francisco José Teixeira, ex-Prefeito do Município de Icapuí/CE, contra o Acórdão 3691/2014-TCU-2ª Câmara, mantido inalterado pelo Acórdão 5237/2014-TCU-2ª Câmara (Embargos de Declaração).

2. Suas contas foram julgadas irregulares, com a condenação em débito e aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, em decorrência da constatação de fraude no processo de pagamentos e da impugnação de 16% do objeto pactuado por meio do Convênio 1595/2000 [construção de melhorias sanitárias (117 kits sanitários) nas seguintes localidades: Sede (05), Serra de Mutamba (08), Pé Serra Barreiras (05), Barreiras de Cima (05), Tremembé (10), Gravier (08), Barrinha/Mutamba (10), Quitérias (14), Serra do Mar (15), Serra de Cajuais (10), Vila Nova (06), Olho D'água (05), Peixe Gordo (15) e Berimbau (06), bem assim a realização de 04 oficinas de mobilização, conforme plano de trabalho].

3. Num primeiro momento, o responsável, inconformado com os termos do *Decisum* (Acórdão 3691/2014-TCU-2ª Câmara), interpôs embargos de declaração, que embora conhecidos, não tiveram provimento, diante da inexistência de omissões, obscuridades, contradições, nos termos do Acórdão 5237/2014-TCU-2ª Câmara.

4. Nessa oportunidade, o ex-Gestor interpõe Recurso de Reconsideração no qual levanta as seguintes questões: se houve ocorrência de prescrição administrativa quinquenal da pretensão punitiva deste Tribunal; se as contas devem ser consideradas iliquidáveis; e se é indevida a condenação em débito do recorrente, considerando a execução total do objeto conveniado.

5. Em relação à admissibilidade, o recurso interposto pelo Sr. Francisco José Teixeira deve ser conhecido, por atender aos requisitos previstos nos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei nº 8.443/92. Conferiu-se efeito suspensivo em relação aos itens 9.2, 9.3 e 9.4 do Acórdão 3691/2014-TCU-2ª Câmara (peça 32).

6. Relativamente ao mérito do recurso, acompanho, por seus fundamentos, o posicionamento emitido nos autos pela Secretaria de Recursos (Serur), cujas análises reúno a este Voto como razões de decidir, exceto quanto à questão da prescrição da pretensão punitiva. Coloco, por importantes, algumas considerações sobre os questionamentos trazidos à apreciação pelo recorrente.

7. Em relação à ocorrência de prescrição administrativa quinquenal da pretensão punitiva deste Tribunal, tenho me colocado, mais recentemente, depois de muitas discussões acerca da matéria tanto nos Colegiados quanto em meu Gabinete, da maneira que se segue (posicionamento acolhido quando do julgamento do processo TC 020.526/2009-5 - Acórdão 3763/2015-2ª Câmara), vejamos:

“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, ressalvando 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, ressalvada 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 positivizar 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”.

8. Em sendo assim, cumpre observar, nesse caso específico, se houve o transcurso do prazo de 5 anos acima especificado. Como a infração (realização das despesas irregulares) ocorreu no ano de 2001 (considerando a data da emissão da ordem bancária) e a citação somente foi efetivada em 2013 (Ofício 1337/2013 – TCU/SECEX-CE, de 01/08/2013, peça 8), o lapso temporal entre um evento e outro foi de mais de 10 anos, o que caracteriza, de pronto, a prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal referente à aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443/92. Mesmo que considerássemos o período da execução da despesa (obras realizadas em meados de 2002 e 2003), ainda teríamos o transcurso de lapso temporal maior que dez anos, a confirmar a caracterização do referido tipo de prescrição.

9. Nesse cenário, cabe dar provimento parcial ao Recurso, para tornar sem efeito o item 9.3 do Acórdão 3691/2014-TCU-2ª Câmara.

10. Em relação à solicitação de que as contas sejam consideradas iliquidáveis, entendo que essa solicitação não encontra respaldo no suporte normativo relacionado à matéria, uma vez que se faz necessária a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, comprovadamente alheio à vontade do responsável (art. 211 do RI/TCU), que torne materialmente impossível o julgamento de mérito das contas, situações essas que não se concretizaram, na prática. Não houve, pois, qualquer impossibilidade material de julgamento de mérito das presentes contas.

11. Quanto ao questionamento referente à condenação em débito do recorrente, vejo que, de conformidade com os documentos acostados aos autos, não há como afastar o valor devido outrora

imputado, uma vez que a construção dos kits sanitários foi executada de forma incompleta. Mesmo não sendo o caso de devolução total dos recursos descentralizados mediante Convênio, cabe a atribuição de débito parcial diante de percentual de execução física não realizado.

12. Demais disso, não posso desconsiderar que houve a realização de pagamentos a terceiros que não faziam parte do quadro societário da empresa licitante, saques da conta corrente do convênio, ocorrências essas que se mostram incompatíveis com os regramentos jurídicos que tratam da forma adequada de utilização dos recursos federais repassados mediante convênios.

13. Justamente por considerar a parcialidade da execução dos objetivos inicialmente traçados na avença, foi que o débito não foi imputado pelo valor total repassado (valor histórico de R\$ 80.000,00, OB 20010B005037 – peça 1, p. 165).

14. Além disso, parte do débito decorre da falta de nexo de causalidade entre os pagamentos efetuados e a movimentação bancária (não basta comprovar a execução do objeto, mas que esta decorreu da utilização dos recursos federais transferidos: Acórdãos 734/2014-1ª Câmara, 3882/2014-2ª Câmara e 95/2013-Plenário).

15. Como bem colocou a Unidade Técnica, o “dano está materialmente demonstrado no pagamento de cheques nominais a pessoas não pertencentes à empresa contratada, conforme apontado pela CGU no Relatório de Demandas Especiais 00190.001935/2006-17 no município de Icapuí/CE (peça 2, p. 140). Algumas dessas pessoas eram servidores da própria prefeitura, a exemplo de Carlos Augusto M. Rebouças, então membro da comissão de licitação (cheque 850012 – peça 2, p. 148).” A despeito desses dados concretos, na prestação de contas consta que é a empresa Multi Construções e Prestação de Serviços Ltda. a favorecida dos cheques 850001, 850003, 850007, 850010, 850012 e 850020 (peça 1, p. 193 e 195).

16. Nesses termos, considerando que os entendimentos da Unidade Técnica e do Ministério Público junto ao TCU apontam para a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, embora sob fundamentos diferenciados aos que coloquei no presente Voto; considerando que quando constatados prejuízos aos cofres públicos a ação de ressarcimento pode ser movida a qualquer tempo, diante da imprescritibilidade do ressarcimento de danos prevista no art. 37, §5º, *in fine*, da CF/88, ratificada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do MS 26.210-DF (Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgamento proferido em 4/9/2008); considerando que a imputação de débito não se afigura medida extrema no caso concreto, tampouco desarrazoada, vez que não restou comprovado o necessário nexo de causalidade, além de ter ocorrido a execução parcial da avença; entendo que deva ser dado provimento parcial ao Recurso de Reconsideração, para fins de exclusão da multa outrora aplicada ao recorrente no item 9.3 do Acórdão 3691/2014-TCU-2ª Câmara.

17. Diante das considerações aqui alinhadas, Voto por que seja adotado o Acórdão que ora submeto à apreciação da Segunda Câmara deste Tribunal.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 27 de outubro de 2015.

RAIMUNDO CARREIRO
Relator