

## VOTO

Como visto no relatório precedente, examina-se recurso de reconsideração manejado por Varley Gonçalves Ferreira e Genailzo Alves Chalegra contra o Acórdão 2.652/2015 – TCU – 2ª Câmara, por meio do qual esta Corte julgou irregulares as contas desses responsáveis, bem assim de Nadelson de Carvalho, Edvan Alves Miranda, Fidelcino Benedito da Silva, e da Construtora Conedi Ltda., condenou a todos em débito solidário e aplicou-lhes multas individuais, em razão da ocorrência de ilegalidades e da prática de superfaturamento na execução do convênio 748/1996, celebrado entre o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) e o Município de Novo Horizonte do Oeste/RO, visando expandir a rede física municipal para melhoria das condições ambientais das unidades de ensino.

2. Em preliminar, à vista do preenchimento dos requisitos de admissibilidade contidos nos artigos 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/92, c/c o art. 285 do Regimento Interno do TCU (RITCU), ratifico o exame precário efetuado anteriormente e conheço dos recursos de reconsideração interpostos.

3. Quanto ao mérito, e sem prejuízo de tecer, a seguir, algumas considerações a respeito da matéria, anoto, desde já, que, na linha dos bem lançados argumentos aduzidos pela Serur e pelo Representante do *Parquet* especializado, os quais acolho como parte das minhas razões de decidir, deve-se dar provimento parcial aos apelos aviados.

4. Primeiro, não prospera a alegação de prescrição do débito sob o fundamento de que o disciplinamento do ordenamento jurídico prevê como regra a prescritibilidade, sendo a imprescritibilidade exceção, bem assim que leis especiais, a exemplo das Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) e Lei complementar nº 64/90 (Lei das Inelegibilidades), expressamente disciplinam o prazo prescricional para o direito de ação como o de 5 (cinco) anos.

5. Isso porque, na linha do que aduziu a unidade especializada em recursos, resta pacificado que as ações de ressarcimento de débito em favor do erário são imprescritíveis, nos exatos termos art. 37, § 5º, da Constituição, entendimento esse sufragado pelo e. Supremo Tribunal Federal (STF) no MS 26.210-DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski (Pleno, julg. 4/9/2008). Naquela oportunidade, Sua Excelência assim se pronunciou no seu voto:

“(…)

*No que tange à alegada ocorrência de prescrição, incide, na espécie, o disposto no art. 37, § 5º, da Constituição de 1988, segundo o qual:*

*“§ 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”*

*Considerando ser a Tomada de Contas Especial um processo administrativo que visa identificar responsáveis por danos causados ao erário, e determinar o ressarcimento do prejuízo apurado, entendo aplicável ao caso sob exame a parte final do referido dispositivo constitucional.*

(…)”

6. Referido entendimento acerca da imprescritibilidade das medidas destinadas ao ressarcimento dos cofres públicos foi, posteriormente, ratificado pelo STF em outros julgados (v.g. RE 608.831/SP-AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 26/6/10; RE 578.428/RS-AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/11/11; AI 712.435/SP-AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 12/4/12; e decisões monocráticas nos RE 632.512/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 14/4/11; e

AI nº 834.949/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 9/11/11). A propósito, de se registrar que a intelecção declinada no citado MS 26.210-DF foi posteriormente ratificada por esta Corte no Acórdão 2.709/2008-Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler e, depois, aqui sumulado, como também anotado pela especializada em recursos (Enunciado de Súmula 282).

7. Isso posto, a persecução sobre o débito não sofre qualquer reparo, razão porque refuto o argumento.

8. Segundo, no que respeita ao argumento de impossibilidade de defesa ante o longo lapso temporal decorrido entre os fatos objeto da apuração na tomada de contas especial e o chamamento dos responsáveis aos autos para se defenderem, tal tese também não socorre aos recorrentes no caso vertente.

9. É que, na esteira do aduzido pela unidade instrutiva, conquanto a jurisprudência do TCU contenha diversos julgados nessa direção - isto é, em que os relatores consideraram, em outras oportunidades, restar fragilizado o direito de defesa pelo transcurso de mais de dez anos entre os fatos irregulares geradores da persecução a cargo do Tribunal e as primeiras notificações dos responsáveis, razão suficiente para proporem o arquivamento dos respectivos processos, tendo inclusive tal intelecção sido erigida a orientação normativa (art. 5º, §4º, da IN/TCU 56/2007, e art. 6º, II, da IN/TCU 71/2012) - o fato é que essa interpretação não tem sido absoluta ou mesmo majoritária no âmbito desta Corte, ao contrário.

10. Isso se deve ao fato de que, de um lado, a intelecção que já vinha sendo emprestada era que o arquivamento em face do longo lapso temporal detém um caráter apenas autorizativo, restando resguardada ao Tribunal a possibilidade de prosseguir exame da TCE em razão da natureza da irregularidade envolvida, ou quando julgar necessário por outros motivos de interesse público.

11. Esse, portanto, o melhor sentido das disposições pertinentes da IN/TCU 56/2007 (vigente ao tempo da instauração da TCE em exame no âmbito do FNDE e da sua entrada nesta Corte), bem assim da IN/TCU 71/2012, em vigor ao tempo das citações válidas (efetivadas entre 4/8/2014 e 26/8/2014, conforme peças 32 a 44 e 51 a 56), a seguir reproduzidas:

*“IN/TCU 56/2007*

*Art. 5º (...)*

*§ 4º Salvo determinação em contrário do Tribunal, fica dispensada a instauração de tomada de contas especial após transcorridos dez anos desde o fato gerador, sem prejuízo de apuração da responsabilidade daqueles que tiverem dado causa ao atraso, nos termos do art. 1º, § 1º.*

*(...)*

*Art. 10. Aplicam-se as disposições constantes do art. 5º aos processos já constituídos que se encontrem no Tribunal, nos órgãos de controle interno ou nos órgãos ou entidades de origem.*

*IN/TCU 71/2012*

*Art. 6º Salvo determinação em contrário do Tribunal de Contas da União, fica dispensada a instauração da tomada de contas especial, nas seguintes hipóteses:*

*(...)*

*II - houver transcorrido prazo superior a dez anos entre a data provável de ocorrência do dano e a primeira notificação dos responsáveis pela autoridade administrativa competente;*

*(...)*

*Art. 19. Aplicam-se as disposições constantes do art. 6º desta Instrução Normativa às tomadas de contas especiais, ainda pendentes de citação válida, que se encontram em tramitação no Tribunal de Contas da União.” (destaquei)*

12. E, de outro, em razão de que o entendimento jurisprudencial sobre a matéria evoluiu ao longo do tempo, prevalecendo hoje, a despeito das disposições da vigente IN/TCU 71/2012, a tese consubstanciada no Enunciado integrante da ferramenta “Jurisprudência Seleccionada” da base de julgados desta Corte de que é

*cabível o arquivamento de processos de tomada de contas especial nas hipóteses em que o transcurso de lapso temporal superior a dez anos entre a ocorrência dos fatos e a citação dos responsáveis comprovadamente importe obstáculos intransponíveis ao exercício do direito de defesa, competindo às partes aduzir os elementos objetivos que demonstrem o real prejuízo para suas defesas.*

(destaquei)

13. Representativos dessa tese - consentânea com a inteligência mencionada nos itens 5 e 6 retro que o egrégio STF e o TCU têm sobre a imprescritibilidade do ressarcimento ao erário -, que impõe às partes o ônus de aduzirem os elementos objetivos necessários a comprovarem que o transcurso do prazo de dez anos implica a ocorrência de eventual impedimento ou mesmo dificuldade à efetivação da plenitude do exercício de defesa, são os Acórdãos 1.673/2015, Rel. Min. Bruno Dantas, e 2.511/2015, Rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, do Plenário; 67/2014, Rel. Min. Ana Arraes, da 1ª Câmara; e 6.974/2014, Rel. Min-Subst. Augusto Sherman, 2.630/2015, 3.535/2015, 5.659/2015 e 9.570/2015, da minha relatoria, e 4.372/2016, Rel. Min. André Luís de Carvalho, da 2ª Câmara.

14. Aliás, como já afirmei em julgados anteriores (v.g. Acórdão 444/2016, da 2ª Câmara), entender de modo diverso, ou seja, de que basta estar presente o requisito temporal (mais de dez anos) referido na IN/TCU 71/2012 para que se archive a TCE, seria o mesmo que abandonar a imprescritibilidade das ações de ressarcimento, sem qualquer análise das circunstâncias do caso concreto que poderia, em tese, resultar em conclusão diferente, e implicaria fazer letra morta à vontade expressamente inserida pelo legislador constitucional e ratificada pela interpretação conferida pela Corte Suprema e por este Tribunal.

15. Nessa linha, portanto, foi o juízo feito pela Exma. Relatora *a quo*, que entendeu por afastar a regra geral de arquivamento do feito quando decorridos os dez anos, como se depreende da leitura dos seguintes trechos do voto condutor da deliberação recorrida:

*“24. É fato que as irregularidades foram praticadas em 1996, há quase 20 anos. Todavia, não cabe arquivar o processo, na forma do art. 6º, inciso II, da IN TCU 71/2012. Como consta dos autos, a perícia realizada pelo MP/RO foi realizada em 1996, quando os responsáveis ainda eram administradores municipais e também tinham ciência de que a matéria estava sendo apurada pelo TCE/RO. Ademais não foi solicitado qualquer documento cuja ausência impedisse o exercício da ampla defesa.*

*25. Após reexaminar o processo, não verifiquei irregularidades que justificassem a citação ou a condenação do município, não obstante sua revelia. Na verdade, o ente municipal foi vítima dos atos praticados por seus administradores à época.” (destaquei)*

16. Isso posto, rejeito o argumento manejado pelos recorrentes da prescrição do débito.

17. Todavia, no que respeita às penas de multa aplicadas pelo aresto atacado, e com vênias ao posicionamento do douto Ministério Público junto ao TCU (MPTCU), acolho o encaminhamento propugnado pela unidade instrutiva, no sentido de que incide, no caso em tela, a prescrição decenal da pretensão punitiva disposta no art. 205 do Código Civil, com regramento intertemporal no art. 2.028 do mesmo Códex Civilista, em razão de o entendimento prevalente neste Tribunal ser exatamente

nessa linha, ou seja, de que a prescrição que se opera sobre a pretensão punitiva é aquela fundada no Código Civil brasileiro.

18. Essa matéria, aliás, foi recentemente pacificada quando da apreciação do Processo TC-030.926/2015-7 (incidente de uniformização de jurisprudência), sob a relatoria do Ministro Benjamin Zymler, oportunidade em que o TCU ratificou, em definitivo, a tese do prazo prescricional de 10 anos da pretensão punitiva contido na legislação civilista (Acórdão 1.441-2016-Plenário, sessão de 8/6/2016), afastando, de vez, outras linhas de inteligência anteriormente defendidas no âmbito desta Casa.

19. Nesse sentido, quanto ao caso concreto, à vista de a irregularidade motivadora das sanções de multa (pagamento das notas fiscais) ter ocorrido no ano 1996 (peça 13, p. 11-13), portanto ainda na vigência do revogado Código Civil de 1916, cabe a contagem a partir de 11/1/2003, data da entrada em vigor da Lei Civil atual. Nesse sentido, tendo o chamamento aos autos dos responsáveis se dado mediante as citações válidas, efetivadas, como já anotado no item 11 retro, entre 4/8/2014 e 26/8/2014, transcorreram mais de dez anos, tendo-se, assim, operando a prescrição acerca da pretensão punitiva desta Corte.

20. Por essa razão, cabe o provimento, neste ponto, do recurso, com a consequente exclusão das sanções pecuniárias aplicadas anteriormente pelo acórdão atacado.

21. Terceiro, no que se refere às responsabilidades atribuídas quanto ao não cumprimento do objeto e, também, da ocorrência do dano a ser ressarcido ao erário, comungo do entendimento da unidade instrutiva, secundada pelo *Parquet* especializado, quanto a, de um lado, não caber responsabilizar os membros da Comissão de Licitação por atos diversos dos estritamente constantes das atribuições a ela deferidas, e, de outro, manter a responsabilidade atribuída ao ex-prefeito, Sr. Varley Gonçalves Ferreira.

22. Como anotado pela Serur, apoiada em entendimentos doutrinários por ela citados e em precedente desta Corte (Acórdão 3.947/2009 – 1ª Câmara), a responsabilidade dos membros de Comissão de Licitação, estabelecida no art. 51, § 3º, da Lei de Licitações, de forma solidária, se limita às falhas decorrentes do exercício das atribuições contidas naquele diploma legal, quais sejam:

- i. decidir sobre a habilitação preliminar dos interessados na participação em cada certame licitatório (arts. 27 a 31 e 43);
- ii. tomar decisões inerentes a pedidos de inscrição, alteração ou cancelamento no registro cadastral (cf. o art. 34);
- iii. julgar e classificar as propostas dos licitantes habilitados (cf. os arts. 43 a 45).

23. Dado isso, em razão de o pagamento superfaturado ter decorrido, como visto no relatório, de projeto básico mal elaborado, atribuição que, nos termos da legislação, se encontra fora do escopo das funções da Comissão, não cabe a imputação de responsabilidade por esse fato aos seus membros. Corroboram essa inteligência outros julgados além *decisum* mencionado pela unidade instrutiva, sendo exemplo os Acórdãos 1.190/2009, 1.005/2011, 1.532/2011, 184/2012, 870/2013, e 702/2016, todos do Plenário; 2.429/2008, da 1ª Câmara; e 3.338/2008 e 3.182/2012, estes da 2ª Câmara.

24. Ainda, na esteira do que aduziu o MPTCU, e consoante a jurisprudência desta Casa (v.g. Acórdãos 1.751/2008-Plenário; 8.678/2011, da 1ª Câmara; e 1.711/2008 e 1.952/2012, estes da 2ª Câmara), cabe a incidência do disposto no art. 161 do Regimento Interno ao caso concreto, de modo a estender tais circunstâncias de ordem objetiva aos demais integrantes da Comissão de Licitação - Nadelson de Carvalho e Fidelcino Benedito da Silva - e não apenas ao recorrente Genailzo Alves Chalegra.

25. Isso posto, afasto a responsabilidade pelo débito atribuída aos integrantes da Comissão de Licitação.

26. Quanto ao ex-prefeito, Varley Gonçalves Ferreira, acompanho a Serur e o *Parquet* no sentido de que suas razões recursais não são aptas a afastar sua responsabilidade.

27. Com efeito, o recorrente em questão foi o gestor dos recursos federais postos à disposição da municipalidade e responsável pela homologação do certame licitatório. Nesse contexto, resta claro o liame entre sua conduta e a inexecução do objeto avençado e o superfaturamento imputado no presente feito, tudo decorrente da aceitação de um projeto básico deficiente e da contratação de uma empresa que, como visto, não possuía qualificação suficiente para executar as obras.

28. Além disso, como bem pontuado pela Serur, não se exige a ocorrência de má-fé ou dolo de qualquer natureza por parte do gestor para fins de atribuição de responsabilidade, mas, tão-só, a verificação de culpa, sendo exemplos, além do Acórdão 243/2010, do Plenário, e 3.874/2014-2ª Câmara, mencionados pela unidade, os seguintes arestos: Acórdãos 1.427/2015, 1.512/2015, 2.067/2015, 2.367/2015, 2.420/2015 e 185/2016, do Plenário; 1.517/2012, 5.297/2013 e 6.943/2015, da 1ª Câmara; e 3.694/2014, 6.479/2014 e 6.660/2015, estes da 2ª Câmara.

29. Impõe-se, assim, negar provimento ao recurso aviado por Varley Gonçalves Ferreira e, por consequência, manter-se a sua responsabilidade quanto ao débito a ser ressarcido aos cofres públicos.

30. Por fim, com renovadas vênias ao douto Representante do Ministério Público especializado, entendo pertinente manter-se o julgamento das contas da Construtora Conedi Ltda. pela irregularidade, na forma como conduzido no acórdão recorrido, vez que a mencionada empresa se beneficiou dos valores pagos em razão do superfaturamento identificado.

31. Tal encaminhamento se amolda à jurisprudência mais recente desta Corte, consoante o Enunciado, também integrante da ferramenta “Jurisprudência Seleccionada” da nossa base de deliberações, afirmando que “é juridicamente possível o TCU julgar as contas de pessoas jurídicas privadas responsáveis por danos cometidos ao erário”, lastreado em interpretação sistemática das disposições dos arts. 70 e 71, inciso II, da Constituição Federal c/c os arts. 5º, inciso II, e 16, § 2º, da Lei 8.443/1992.

32. São representativos dessa tese, a título de exemplos, os seguintes precedentes: Acórdãos 2.763/2011, 730/2012, 946/2013, 1.680/2013, 2.545/2013 e 301/2015, do Plenário; 8.650/2013, 2.791/2016 e 3.512/2016, prolatados pela 1ª Câmara; e 2.465/2014, 7.778/2015, 2.177/2015, 6.862/2016 e 7.437/2016, estes oriundos da 2ª Câmara.

*Ex positis*, VOTO no sentido de que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 5 de julho de 2016.

Ministro JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES  
Relator