

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC 020.625/2004-2

Natureza(s): Tomada de Contas Especial.

Órgão/Entidade: não há.

Responsáveis: Ca Antunes da Silva (C A Comercio e Representações Ltda) (69.419.844/0001-78); Capri Distribuidora de Material de Consumo Ltda (69.385.011/0001-33); Copel W Silva Filho (11.025.327/0001-34); Hieron Barroso Maia (089.036.703-53); Joao Araujo da Silva Filho (128.676.753-91); Josiane Araujo de Oliveira (449.656.803-91); Pedro Esmeraldo Fernandes de Sousa (797.199.373-00); Sonia Maria de Carvalho Barroso (407.614.443-00).

Interessado: Secretaria de Controle Externo no MA (00.414.607/0008-94).

Representação legal: Marcos Paulo Sousa Campelo (OAB-PI 5.273) e outros representando Hieron Barroso Maia.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. IRREGULARIDADE. DÉBITO. MULTA. INABILITAÇÃO. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. NEGATIVA DE PROVIMENTO. CIÊNCIA AOS INTERESSADOS.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Reconsideração interposto pelo Sr. Hieron Barroso Maia, ex-Prefeito do Município de Pirapemas - MA em face do Acórdão n.º 1.779/2010-Plenário, cuja decisão transcrevo abaixo:

9.1. julgar irregulares as contas dos Srs. Hieron Barroso Maia, João Araujo da Silva Filho, Pedro Esmeraldo Fernandes de Sousa e das Sras. Josiane Araujo de Oliveira e Sonia Maria de Carvalho, com fundamento nos arts. 1º, inciso II, alíneas “b” e “c”, da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992, condenando-os solidariamente ao pagamento da importância de R\$ 9.000,00 (nove mil reais), atualizada monetariamente e acrescida de juros de mora, desde 21/9/1995 até a efetiva quitação do débito, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, para que comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento da referida quantia aos cofres do FNDE, nos termos do art. 23, inciso III, alínea “a”, da referida lei, c/c o art. 214, inciso III, alínea “a”, do RITCU;

9.2. aplicar individualmente multa aos Srs. Hieron Barroso Maia, João Araujo da Silva Filho, Pedro Esmeraldo Fernandes de Sousa, as Sras. Josiane Araujo de Oliveira e Sonia Maria de Carvalho Barroso e à empresa Capri Distribuidora de Material de Consumo Ltda., com fundamento no art. 57 da Lei 8.443, de 1992, no valor de R\$ 9.000,00 (nove mil reais), fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante este Tribunal, nos termos do art. 214, inciso II, alínea “a”, do RITCU, o recolhimento da referida quantia ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente na forma da legislação em vigor;

9.3. autorizar, desde já, caso requerido, o parcelamento das dívidas a que se referem os subitens 9.2 e 9.3 deste Acórdão em 24 (vinte e quatro) parcelas, nos termos do art. 26 da Lei nº 8.443, de 1992, c/c o art. 217, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do TCU, informando os responsáveis de que incidirão sobre cada parcela os correspondentes acréscimos legais e de que a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor;

9.4 autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443, a cobrança judicial das dívidas caso não atendida a notificação;

9.5 declara a inidoneidade da empresa Capri Distribuidora de Material de Consumo Ltda. para participar, por 5 (cinco) anos, de licitação da administração pública federal, nos termos do art. 46 da Lei nº 8.443, de 1992;

9.6. considerar grave, por maioria absoluta, com fundamento no art. 60 da Lei nº 8.443, de 1992, as infrações cometidas e inabilitar os Sr.s Hieron Barroso Maia, João Araujo da Silva Filho, Pedro Esmeraldo Fernandes de Sousa e as Sras. Josiane Araujo de Oliveira e Sonia Maria de Carvalho Barroso para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da administração pública federal, pelo período de 8 (oito) anos;

9.7. encaminhar cópia deste Acórdão, acompanhada do Relatório e da Proposta de Deliberação o que fundamenta, ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG e à Controladoria-Geral da União – CGU, para as providências ao cumprimento dos subitens 9.5 e 9.6, respectivamente, em especial no que diz respeito à inscrição no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas – CEIS, criado por meio da Portaria CGU nº 515, de 15 de março de 2010;

9.8. com fundamento no art. 16, § 3º da Lei 8.443, de 1992, c/c o § 6º, **in fine**, do art. 209 do Regimento Interno do TCU, remeter cópia integral dos presentes autos, inclusive da presente deliberação, acompanhada do Relatório e da Proposta de Deliberação que a fundamenta, à Procuradoria da República no Estado do Maranhão, para o ajuizamento das ações civis e penais que considerar cabíveis, especialmente no que se refere às evidências de fraude à Carta-Convite nº 26/1995 apuradas nestes autos.

2. O auditor da Secretaria de Recursos (Serur) propôs conhecer o Recurso de Reconsideração, negando-lhe provimento com parecer nos seguintes termos (peça 12, p.32-36):

“ Trata-se de recurso de reconsideração interposto pelo Sr. Hieron Barroso Maia, ex-Prefeito Municipal de Pirapemas/MA, contra o Acórdão 1.779/2010-Plenário (fls. 276-277, v.p.), por meio do qual este Tribunal julgou irregulares suas contas, imputou-se débito solidário e aplicou-lhe multa individual, em razão de irregularidades na aplicação de recursos federais repassados ao município de Pirapemas/MA mediante o Convênio 1701/1995, celebrado com o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, cuja finalidade era a aquisição de equipamentos para escolas municipais.

FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA

2. Conforme consignado no voto condutor do acórdão recorrido, foi detectada uma série de irregularidades em cerca de trinta convênios conduzidos no âmbito da Prefeitura Municipal de Pirapemas/MA:

a) pagamento de despesas mediante cheque nominativo a empresas contratadas, porém endossados e sacados diretamente do caixa por administradores do município de Pirapemas/MA;

b) simulação de procedimentos licitatórios;

c) inexecução dos objetos pactuados;

d) prestação de contas constituída por documentação forjada; e

e) suposta fraude na aprovação de emendas ao Orçamento Geral da União em benefício do município de Pirapemas/MA.

3. O objeto da TCE se restringiu ao Convênio 1701/1995, por força do qual foram transferidos R\$ 9.000,00 para o município, com vistas à aquisição de equipamentos para escolas municipais.

4. Não havia nos autos elementos que permitissem comprovar a boa e regular aplicação dos recursos federais transferidos. Apesar de os equipamentos escolares terem sido adquiridos, não há nexos de causalidade entre os recursos federais transferidos e as despesas efetivamente incorridas no

âmbito do convênio em questão, uma vez que os cheques emitidos à conta do referido ajuste foram sacados pessoalmente pelos gestores responsáveis, os quais se utilizaram de endosso de cheques originalmente nominativos ao fornecedor dos equipamentos.

5. Além disso, restou caracterizada fraude ao regular procedimento licitatório (Convite 26/1995), uma vez que a empresa contratada, Capri Distribuidora de Material de Consumo Ltda., alegou, em sede de citação, que não tinha conhecimento de sua efetiva participação no certame. Tais informações corroboraram os indícios de irregularidade que já haviam sido constatados pelo TCU mediante a prolação da Decisão 534/2002-Plenário, a qual deu origem à presente TCE.

6. As alegações de defesa da empresa Capri Ltda., vencedora do certame, dão notícia de que, ao término das aquisições, representantes dessa empresa foram chamados à Prefeitura para “legalizar” a licitação. Assim, entendeu o Ministro-Relator que se a empresa vencedora teve influência direta na consumação da fraude, fornecendo documentos à administração municipal com vistas à composição forjada da prestação de contas, tais circunstâncias, a despeito de afastarem a responsabilidade solidária da empresa sobre o débito, não a eximiam da responsabilização pela fraude, devendo, então, ser declarada a inidoneidade da empresa Capri para licitar e contratar com a Administração Federal, nos termos do art. 46 da Lei 8443/1992.

7. O ora Recorrente foi condenado na condição de pre feito municipal, em solidariedade com os membros da Comissão de Licitação do município e com o representante da empresa Capri Distribuidora de Material de Consumo Ltda.

ADMISSIBILIDADE

8. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade (fl. 28-29, anexo 4) – acolhido à fl. 32, anexo 4, pelo relator, Ministro Raimundo Carreiro –, que concluiu pelo conhecimento do recurso.

MÉRITO

Argumentos:

9. O Recorrente alega, em síntese:

- que, como já se passou mais de quinze anos desde os fatos em apreço, houve grave prejuízo à defesa, pela demora na conclusão da TCE, dificultando a obtenção dos documentos comprobatórios;
- que não se pode afirmar que o processo licitatório não ocorreu;
- que prestou contas ao FNDE da aplicação dos recursos;
- que o processo de licitação ocorreu e que o mesmo foi feito com correção;
- que a condenação do Recorrente levou em conta prova produzida sem o crivo do contraditório, pois toda a análise deste Tribunal se fundamentou no depoimento do responsável pela empresa Capri Ltda., o qual afirmou não ter participado de qualquer licitação;
- que, assim, se deveria proceder à acareação “entre o representante destas na licitação bem como do membro societário da empresa como forma de provar da documentação apresentada na licitação”;
- que a Administração Pública nada mais fez além daquilo que dela se esperava, isto é, promover a licitação e verificar a regularidade da documentação apresentada;
- que a declaração do responsável pela referida empresa possui indícios de irregularidade, pois contraria a documentação ora apresentada pelo Recorrente;
- que as decisões devem ser motivadas, e não fundamentadas em uma única evidência;
- que o que se quer manter é o espírito do princípio da legalidade;
- que a licitação foi efetivamente realizada de acordo com a legislação em vigor;

- após fazer extensa explanação a respeito da licitação na modalidade convite, alega que todos os procedimentos foram analisados, observados, comparados com o tipo previsto na lei, antes da tomada de qualquer providência legal;
- que o cumprimento do objeto do convênio em questão não provoca irregularidade das contas, devendo-se presumir a devida aplicação dos recursos, o que seria comprovado pelo fato de ter-se prestado contas;
- que neste Tribunal deve imperar a presunção de legalidade, devendo-se ter em mente o cumprimento das obrigações; e não partir do princípio contrário, pelo apontamento de irregularidades, devendo-se ainda observar o devido processo legal;
- que há a presunção de o ora Recorrente ter agido dentro da legalidade, uma vez que era agente político;
- que a ocorrência de irregularidades porventura cometidas deve ser verificada *in loco*;
- que, uma vez comprovado o pagamento pela execução do objeto do convênio, a ausência de apresentação de alguns documentos revela-se insuficiente para fundamentar uma condenação;
- que a condenação foi injusta, uma vez que a afirmação do responsável por uma das empresas derrotadas na licitação constitui prova que não foi produzida sob o crivo do contraditório.

Análise

10. Antes de quaisquer considerações, importa delinear o contexto em que ocorreu a condenação do Recorrente, em solidariedade com outros responsáveis (fls. 198-199, v.p.):

“2. A presente TCE é uma das mais de 30 (trinta) instauradas por conversão do TC-008.148/1999-0 (...). Por isso é importante anotar que as irregularidades apontadas nesta TCE e as responsabilidades que em correspondência são atribuídas, se inserem num enorme contexto de fraudes na aplicação dos recursos públicos constatado por auditoria deste Tribunal, em ações tipicamente de organização criminosa. (...)

3. A auditoria deste Tribunal constatou um esquema de fraudes na aplicação de recursos federais conveniados repassados à Prefeitura Municipal de Pirapemas-MA. Restou evidenciado que diversas pessoas atuaram concertadamente na concretização das fraudes. Tal qual uma organização, essas pessoas estavam agregadas por hierarquia de comando e de atribuições, no que foram evidenciados três níveis de operadores.

3.1 No primeiro nível da organização, situamos os que se encontravam na posição de comando, por deterem o controle dos meios, das condições e das oportunidades, sem os quais não haveria um ambiente propício à prática das fraudes. Nesse grupo estão o casal, senhor Eliseu Barroso de Carvalho Moura e senhora Carmina Carmen Lima Barroso Maia, bem como o senhor Hieron Barroso Maia.

(...)

3.1.3 Desse modo, o senhor Eliseu Moura, a senhora Carmina e o senhor Hieron eram detentores dos meios propícios à gestão do esquema detectado de aplicação irregular de recursos públicos. (...) Como Prefeitos Municipais, a senhora Carminha e o senhor Hieron, respectivamente esposa e primo do deputado, foram eleitos para garantir ao deputado o controle da Prefeitura, ou seja, foram as pessoas a quem o deputado, elegendo-as, com seu prestígio político, confiou a entrega e a guarda dos recursos que carrou aos cofres municipais a partir de sua atividade parlamentar. (...).”

11. O Recorrente alega que a razão para a sua condenação seria unicamente a não realização do processo licitatório. Neste sentido, sua argumentação possui duas vertentes principais: a) a decisão recorrida teria se baseado apenas na declaração do responsável por uma das empresas que supostamente teria participado da licitação, no sentido de que não participou de qualquer certame; b) efetiva realização do certame com a participação da empresa cujo responsável nega participação.

12. Em relação ao segundo ponto, alega que o certame de fato se realizou, o que seria comprovado pelos documentos juntados às fls. 15-25, anexo 4, os quais, com exceção dos de fls. 15-16, já se encontram nos autos, às fls. 59-66, anexo 1, o que infirma a alegação de dificuldade na obtenção de documentos. Além disso, não se trata de simplesmente comprovar a devida realização do certame licitatório, pois as acusações que pesam sobre o ora Recorrente e demais responsáveis solidários são bem mais graves: a licitação relativa ao convênio em questão foi forjada, e portanto fraudulenta, realizada após a suposta aquisição dos equipamentos objeto do convênio.

13. Não procede a alegação de que a condenação se fundamentou em prova produzida sem o crivo do contraditório. Seguindo o rito próprio dos processos de contas que tramitam neste Tribunal – que não prevê procedimento de acareação –, o ora Recorrente, juntamente com os demais responsáveis, foram citados para apresentarem alegações de defesa, momento em que o ora Recorrente deveria contraditar as afirmações do representante da empresa Capri Distribuidora de Material de Consumo Ltda., no sentido de que a licitação foi forjada e realizada posteriormente à aquisição dos equipamentos objeto do convênio. Naquele momento, o Recorrente optou por simplesmente aderir (fl. 142, v.p.) às alegações de defesa apresentadas por outra responsável (fl. 143-173, v.p.). Portanto, não se identifica qualquer ofensa ao direito ao contraditório e ampla defesa do Recorrente.

14. Também não procede a alegação de que a declaração do responsável pela empresa Capri Ltda. contraria a documentação apresentada pelo Recorrente. Ora, a documentação tende a comprovar a realização do certame licitatório, mas a declaração não diz respeito à não realização da licitação, e sim à ausência de lisura do procedimento, porquanto realizado posteriormente à aquisição dos equipamentos escolares. Portanto, a documentação ora encaminhada – a qual, aliás, já consta dos autos – não infirma no mais mínimo que seja a declaração do responsável pela empresa Capri Ltda., ao contrário do alegado pelo Recorrente.

15. Diferente do alegado pelo Recorrente, o fato de ser ele agente político não implica terem os recursos sido devidamente utilizados, nem a presunção de ter ele agido de boa-fé, nem dentro da legalidade. O que interessa a este Tribunal é que a devida utilização dos recursos e a observância das normas e princípios constitucionais e legais sejam devidamente comprovadas por meio de documentos idôneos. Ademais, segundo a jurisprudência deste Tribunal, prefeito municipal não se qualifica como agente político quando pratica ato de gestão ou quando concorre para a prática de irregularidades, ainda que por culpa *in eligendo* ou *in vigilando* (p. ex. acórdãos 921/2010-1ª Câmara; 2750/2010-Plenário; 5305/2010-2ª Câmara).

16. Quanto à alegação de que o objeto do convênio foi cumprido, importa ressaltar que a condenação do ora Recorrente não foi motivada pela inexecução do objeto, e sim pela ausência denexo causal entre a aquisição dos equipamentos e os recursos transferidos ao município, os quais foram sacados pelos responsáveis mediante cheques endossados pelo fornecedor dos equipamentos. Não há que se falar, também, em verificação *in loco*, pois compete ao gestor responsável a comprovação da boa e regular aplicação dos recursos, nos termos do art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, c/c art. 93 do Decreto-Lei 200/1967.

CONCLUSÃO

17. Ante o exposto, submete-se o assunto à consideração superior, propondo:

a) conhecer do recurso de reconsideração interposto pelo Sr. Hieron Barroso Maia, com fundamento nos artigos 32, inciso I, e 33 da Lei 8443/1992, para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se o Acórdão 1779/2010-Plenário em seus exatos termos;

b) dar ciência às partes e à Procuradoria da República no Estado do Maranhão.”

3. Por seu turno, o Diretor da Serur divergiu do parecer do auditor, entendeu haver ocorrido prescrição e propôs o provimento parcial do recurso para desconstituir os subitens 9.2, 9.5 e 9.6 do Acórdão recorrido, anotando as seguintes razões em seu parecer de subunidade:

Com as devidas vênias, dirirjo parcialmente da proposta de não provimento ao recurso do Sr.

Hieron Barroso Maia, presente na instrução do Auditor Federal Informante, tendo em vista a incidência dos efeitos da prescrição intercorrente sobre as penalidades aplicadas aos responsáveis envolvidos na Tomada de Contas Especial – TCE.

2. Primeiramente, é importante ressaltar que a prescrição é matéria de ordem pública e, portanto, deve ser identificada a qualquer tempo, grau de jurisdição e instância, independentemente de provocação das partes, conforme dispõe o art. 219, § 5.º, do CPC, com redação dada pela Lei 11.280/2006. Nesse sentido, cabe tecer alguns comentários sobre os prazos prescricionais no âmbito desta Corte e a aplicação desse conceito ao presente processo.

3. De pronto, destaco que é intocável a questão atinente ao débito de R\$ 9.000,00, imputado solidariamente aos responsáveis, por meio do subitem 9.1 do Acórdão recorrido. É amplamente majoritário o posicionamento desta Corte pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, em obediência ao art. 37, § 5.º, da Constituição Federal.

4. É nesse sentido que a jurisprudência do Tribunal caminha de forma coerente, inclusive manifestando-se por meio de incidente de uniformização (Acórdão 2.709/2008 - Plenário). As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis, ressalvando a possibilidade de dispensa de instauração de tomada de contas especial prevista no § 4º do art. 5º da IN TCU nº 56/2007 (Acórdãos 1185/2009 – Plenário e 5866/2009 - Primeira Câmara).

5. Todavia, a TCE não tem apenas a função de ressarcimento ao erário, cabendo a esse procedimento, também, a identificação e responsabilização dos gestores que deram causa ao débito, podendo o Tribunal aplicar sanções aos envolvidos. Quanto à última finalidade, ainda há controvérsia sobre a prescrição da pretensão punitiva estatal.

6. É necessário analisar se incide a prescrição sobre a capacidade de o Estado, por meio do Tribunal de Contas da União – TCU, punir administrativamente a conduta dos agentes responsáveis pelos desvios objetos das ações de ressarcimento ao erário. Permanece a dúvida se a Administração Pública, além de preservar o direito de ressarcir-se do dano por tempo indeterminado, poderia aplicar sanções como multas e inabilitação para o exercício de cargos em comissão e funções de confiança, dentre outras, também de forma indefinida.

7. Nesse diapasão, dispõe o § 5.º, do art. 37, da Constituição Federal, que “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”. Nota-se que, na parte inicial do dispositivo, aplica-se a prescrição; e no trecho final, destinado à devolução dos valores aos cofres públicos, vige a imprescritibilidade.

8. Em mais um episódio de inércia legislativa, o referido normativo não foi editado até o presente momento. Contudo, os ilícitos praticados pelos agentes causadores de prejuízos ao erário não podem ser cancelados como imprescritíveis, juntamente com as ações de ressarcimento. O legislador constituinte originário elencou as infrações atingidas pela imprescritibilidade, como o racismo, por exemplo. A regra no sistema é a prescritebilidade dos ilícitos, em homenagem à segurança jurídica.

9. Em não havendo dispositivo legal dispendo sobre a prescrição para ilícitos vinculados a danos ao erário, inseridos na atuação desta Corte, a aplicação analógica de normativos existentes é o único caminho para reconhecer os efeitos inexoráveis do tempo sobre a inércia do Estado em punir o agente envolvido.

10. Em manifestação anterior desta Secretaria, propôs-se a aplicação da Lei 9.873/1999, que estabelece normas sobre a prescrição para o exercício da ação punitiva pela Administração Pública Federal. Entretanto, o Tribunal, de maneira pacífica, entendeu que o referido instrumento não se amolda à atuação do Tribunal no controle externo das contas públicas, afastando-se essa opção, nos moldes do voto condutor do Acórdão 1.749/2010-TCU-Plenário.

11. Em regra, esta Corte historicamente não diferencia as duas hipóteses, tratando tanto o ressarcimento ao erário, quanto a pretensão punitiva do Tribunal como imprescritíveis, deixando de

distinguir as partes inicial e final do §5º do art. 37 da Constituição:

8. Tendo a Tomada de Contas Especial a finalidade precípua de apuração dos fatos, de identificação dos responsáveis e, após os devidos cálculos, de ressarcimento do dano ao erário, incide sobre ela a norma contida no artigo 37, § 5º, da Constituição Federal, que estabelece a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao patrimônio público. Nesse sentido, de forma emblemática, decidiu o STF no MS nº 26210/DF, in DJ de 10/10/2008. (Acórdão 4856/2010 TCU - Segunda Câmara).

12. Contudo, o Tribunal, por meio do Acórdão 1.749/2010-TCU-Plenário, citado acima, entendeu, em pronunciamento solitário nos últimos tempos, que, em relação à atividade punitiva da Corte, aplica-se analogicamente o prazo prescricional geral do Código Civil, previsto no art. 205, in verbis: “A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”.

13. De toda sorte, esse julgado é relevante, primeiramente, por reconhecer que a atuação do Tribunal tem duas facetas, que não podem ser tratadas igualmente: a punitiva e a de ressarcimento do dano ao erário. Essa posição retoma, inclusive, posicionamento do Exmo Sr. Ministro Marcos Bemquerer Costa, quando do julgamento do incidente de uniformização de jurisprudência que fixou as balizas da prescrição nesta Casa (TC 005.378/2000-2):

11. Vê-se, da leitura atenta do parágrafo 5o do art. 37, que foram estabelecidos dois gêneros de ações à disposição do poder público:

11.1 - a 1a parte do parágrafo -"prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário" - que estabelece as ações relativas às punições ao agente que cause dano ao erário;

11.2 - a 2a parte do parágrafo -"ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento" - que estabelece serem imprescritíveis as ações tendentes a determinar o ressarcimento dos danos causados pelos agentes a que alude o subitem anterior.

12. Nesse sentido preleciona José Afonso da Silva (in Curso de Direito de Constitucional Positivo, ed. Malheiros, 22a edição, 2003, página 653):

‘Se a Administração não toma providência à sua apuração e à responsabilização do agente, a sua inércia gera a perda do seu *ius persecuendi*. É o princípio do art. 37, § 5º, [da CF] que dispõe: (...). Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e a 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, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (*dormientibus non succurrit ius*). Deu-se assim à Administração inerte o prêmio da imprescritibilidade na hipótese considerada’. (Acórdão 2.709/2008-TCU-Plenário).

14. Por outro lado, na análise do Acórdão 2.709/2008-TCU-Plenário, percebe-se, talvez em razão do julgamento do Mandado de Segurança 26.210-9/STF, no Supremo Tribunal Federal, que o TCU não se debruçou sobre os dois pólos das decisões em Tomada de Contas Especial - TCE, passando a considerar tudo o que se decide nessa espécie como imprescritível, o que não se pode aceitar.

15. Destaque-se que o STF também não se pronunciou sobre a integralidade do que pode ser decidido em TCEs, como se depreende do trecho do voto vencedor do eminente Relator, Ricardo Lewandowski, no Mandado de Segurança citado:

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

(...)

Considerando ser a Tomada de Contas Especial um processo administrativo que visa a 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.

Nesse sentido é a lição do Professor José Afonso da Silva:

(...) ‘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’. 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. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (*dormientibus non succurrit ius*)’.

16. Ao contrário, ao citar a doutrina de José Afonso da Silva, o relator deixa claro que a pretensão punitiva estatal não poderá afrontar o tempo. Nesse ponto, a Constituição Federal deverá ser interpretada com a máxima efetividade, não podendo o Tribunal de Contas da União desconsiderar a questão.

17. Por conta disso, é relevante o novo caminho apontado por esta Corte no Acórdão 1.749/2010-TCU-Plenário. Entretanto, o Código Civil, apontado como solução, instrumento aplicável a ações de ressarcimento, indenização e causas de natureza cível, não é a opção mais viável analogicamente para reger a prescrição da pretensão punitiva estatal.

18. Nesse ponto, é importante destacar o Memorando Circular 002/2011, da Consultoria Jurídica desta Casa, em que o Consultor Jurídico alerta:

Encaminho, para conhecimento, inteiro teor de sentença proferida pelo Juízo da 16ª Vara Federal de São Paulo/SP (Processo n. 0013675-92.2010.403.6100), na qual é ressaltada a prescrição quinquenal da pretensão da União em executar os acórdãos do Tribunal de Contas da União que imputem multa a responsáveis, conforme jurisprudência citada na decisão. Dessa maneira, ante a possibilidade de consolidação de tal entendimento perante o Poder Judiciário, esta Consultoria Jurídica sugere a todas as unidades técnicas e gabinetes envolvidos nos procedimentos de formalização das cobranças executivas e encaminhamento à Advocacia-Geral da União atenção especial quanto à necessidade de celeridade de tais medidas, ante a possibilidade de ocorrência da referida prescrição quinquenal.

19. O julgado (Processo n. 0013675-92.2010.403.6100) a que se referiu o Consultor discute a prescrição da pretensão executória das multas aplicadas por esta Corte, nos seguintes termos, considerando a transcrição extensa pela importância do tema nos rumos dos julgamentos desta Casa:

Quanto ao tema de fundo, procede a alegação de prescrição. O acórdão do Tribunal de Contas da União que impôs ao executado o pagamento da multa transitou em julgado em 16/06/2005 e a presente ação foi ajuizada tão somente em 21/06/2010, ou seja, após o prazo quinquenal. Não há que se falar, como quer a exequente, na aplicação do disposto no artigo 37, parágrafo 5º, da Constituição Federal, que consagra a imprescritibilidade das ações que visem ressarcimento ao erário público, dado que na hipótese dos autos se trata de execução de multa aplicada em decorrência do dano causado ao erário e não de cobrança dos danos (ressarcimento) causados ao erário, caso em que se aplicaria a regra constitucional mencionada. Nesse sentido confira-se os seguintes julgados:(...) 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 8.443/92. Em relação à imposição da penalidade, incide, em regra o prazo quinquenal. 3. Recursos Especiais parcialmente providos para afastar a prescrição relativamente ao ressarcimento por danos causados ao Erário." (...). É que, enquanto o ressarcimento do dano possui natureza civil, a multa tem caráter punitivo, o que afasta a imprescritibilidade. (...) Isto posto, reconheço a prescrição e julgo EXTINTO O PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO, com fulcro no artigo 269, inciso IV, do Código de Processo Civil.

20. Não obstante tratar a sentença da pretensão executória, ou seja, da cobrança da multa imposta em julgado do TCU, as conclusões ali presentes aplicam-se integralmente à pretensão punitiva desta Corte, anteriormente aos julgamentos. A Lei 9.873/1999, que foi aplicada ao caso analogicamente, trata tanto da punição pela Administração Pública, em seu art. 1º, quanto da

execução do crédito, em seu art. 1º-A, sendo aplicável o prazo quinquenal para ambas as hipóteses.

21. Esse normativo prevê, também, em seu art. 1º, §1º, a figura da prescrição intercorrente, que incide sobre o procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho. A importância desse lapso temporal está descrita por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (Tribunais de Contas no Brasil: jurisdição e competência. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 640), nos seguintes termos:

Pode efetivamente ocorrer que, diante de uma irregularidade, a Administração Pública inicie a apuração, mas, posteriormente, abandone de tal modo a apuração, revelando tal descaso com o já manifestado interesse de punir, que decorra integralmente novo lapso prescricional.

22. De fato, como leciona Sílvio de Salvo Venosa, “a prescrição refere-se a todos os direitos indistintamente” (Direito Civil. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 575). Assim, seja para punir, seja para executar a penalidade de multa, ou seja para regular a inércia após o início da apuração dos fatos, a prescrição incidirá da mesma forma, podendo variar apenas o prazo e as formas de suspensão e interrupção.

23. Ressalte-se, ainda, que o julgado apresentado pela Conjur não é isolado, por isso a preocupação do órgão. Em consulta aos cinco Tribunais Regionais Federais – TRFs do país, verifica-se que, em pelo menos três deles, encontram-se decisões no mesmo sentido, julgadas em segunda instância. Nesse sentido, pode-se citar como exemplos, dentre os vários julgados encontrados:

- a) TRF Primeira Região: Apelação Cível – AC - 200340000012842 Relator: Juiz Tourinho Neto. Órgão julgador Terceira Turma Fonte: e-DJF1:07/05/2010 página:307;
- b) TRF Segunda Região: Agravo 2010.02.01.006367-6: Relator: Desembargador Reis Friede. Órgão julgador: Sétima Turma especializada. Fonte: DJE: 18/1/2011;
- c) TRF Quinta Região: AC 468630-PB 2008.82.00.002696-4, Relator: Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira. Órgão julgador: Primeira Turma. Fonte: DJE: 22/4/2010.

24. Destaque-se, também, que praticamente todos os julgados baseiam-se na manifestação do Ministro Herman Benjamin, do Superior Tribunal de Justiça, no RESP 894.539/PI, assim ementado:

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.

(...)

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

25. Logo, o Poder Judiciário não mais aceita a omissão legislativa ou a parte final do § 5.º do art. 37 da Constituição Federal como fundamento para que esta Corte tenha prazo indefinido para aplicar multas, declarar empresas inidôneas para licitar com a Administração Pública, dentre outras punições. Vê-se que é movimento sem retorno no que tange à interpretação pela prescribibilidade da pretensão punitiva deste Tribunal.

26. Por outro lado, a opção pela Lei 9.873/1999, de fato, é a mais acertada, pois a aplicação de penalidades pelo TCU tem caráter punitivo. O exercício dos julgadores nesse mister utiliza-se de institutos nitidamente penais, como dolo, culpa, nexos de causalidade e culpabilidade. Assim tem sido reconhecido pelos Tribunais. Dessa forma, esse normativo será utilizado para analisar a incidência da prescrição nos presentes autos.

27. O TC 008.148/1999-0, que deu origem à presente TCE, foi autuado nesta Corte em 24/6/1999, sendo que os recursos do Convênio em discussão foram repassados ao Município de Pirapemas/MA em 18/9/1995 (Anexo 1, fl. 29). O cheque irregular, que fundamenta a imputação do débito aos responsáveis, foi pago em 3/10/1995 (Anexo 1, fl. 74).

28. A auditoria realizada para apuração das irregularidades denunciadas nesse processo foi realizada apenas em 2000, com designação da equipe por meio da Portaria 001/2000, como relatado na Decisão 534/2002 – TCU - Plenário (Principal, fl. 2). Nesse julgado, prolatado em sessão de 15/5/2002, esta Corte determinou a conversão da denúncia em TCE (Principal, fls. 46-47).

29. Após medidas saneadoras propostas na decisão citada, confirmadas no Acórdão 105/2003-TCU-Plenário, os responsáveis foram citados ainda no TC 008.148/1999-6, no período de abril a julho de 2003 (Principal, fls. 68-137; 142, 181, 185-186 e 189). Chega-se à conclusão quanto ao período, analisando-se as datas dos ofícios e da defesa dos responsáveis (Principal, fls. 142-181).

30. Após as citações, foram autuadas TCEs em apartado, para as diversas irregularidades descritas no processo originário. Nessa conjuntura, encontra-se o presente processo, iniciado em 28/12/2004. Depois da autuação, o Tribunal ficou inerte até 17/3/2008, com a primeira apreciação pela Secretaria de Controle Externo do Estado do Maranhão – Secex/MA (Principal, fls. 198-228). Os autos ficaram mais de três anos sem qualquer despacho ou andamento.

31. Com isso, diante do que se expôs acima, incide a prescrição intercorrente prevista no § 1º do art. 1º da Lei 9.873/1999, *in verbis*:

§ 1º Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado **por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho**, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso. (Grifos nossos).

32. Após esse longo prazo de inércia, esta Corte prolatou o Acórdão recorrido em sessão realizada em 21/7/2010, mais de 14 anos após a ocorrência dos fatos. Dessa forma, qualquer ação punitiva deste Tribunal em relação aos responsáveis deve ser afastada pelos efeitos inexoráveis do tempo, reconhecidos na primeira parte do § 5.º do art. 37 da Constituição Federal e na Lei 9.873/1999.

33. Nesse sentido, afastam-se as multas aplicadas no subitem 9.2, a declaração de inidoneidade para licitar com a Administração Pública, imposta à empresa Capri Distribuidora de Material de Consumo Ltda., por meio do subitem 9.5; bem como as inabilitações para o exercício de cargos em comissão e funções de confiança, previstas no subitem 9.6, todos do Acórdão combatido.

34. Posto isso, proponho:

- a) conhecer do recurso de reconsideração interposto pelo Sr. Hieron Barroso Maia, contra o Acórdão 1.779/2010-TCU-Plenário, nos termos dos artigos 32, I, e 33 da Lei 8.443/1992;
- b) dar provimento parcial ao recurso interposto, para excluir os subitens 9.2, 9.5 e 9.6 do Acórdão recorrido, em razão da incidência da prescrição prevista nos artigos 37, § 5.º, primeira parte, da Constituição Federal, c/c o § 1.º do art. 1.º da Lei 9.873/1999;
- c) dar ciência da deliberação que vier a ser proferida por esta Corte ao recorrente e aos Srs. João Araújo da Silva Filho, Pedro Esmeraldo Fernandes de Sousa, Josiane Araújo de Oliveira e Sônia Maria de Carvalho Barroso, bem como à empresa Capri Distribuidora de Material de Consumo Ltda. e à Procuradoria da República no Estado do Maranhão.”

4. Em nome da unidade, o Secretário da Serur, ao concordar com o parecer do Diretor, adicionou-lhe os seguintes argumentos:

O Sr. Diretor discorda do encaminhamento proposto pelo Sr. Auditor, por entender possível a incidência da prescrição da atividade punitiva deste Tribunal – no caso concreto, da prescrição intercorrente –, aplicando-se por analogia o disposto na Lei 9.873/1999.

2. Não se pode relegar ao oblívio a seguinte resenha de jurisprudência sistematizada

assente no TCU:

RESENHA - área: PROCESSUAL; tema: PRAZO; subtema: Prescrição
--

Título	PRETENSÃO PUNITIVA EXERCIDA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
Origem	Resenha de Jurisprudência - elaborada pela Secretaria das Sessões
Situação	Consolidada
Texto	A prescrição quinquenal, prevista na Lei 9.873/1999 que regula a ação punitiva movida pela Administração Pública Federal, não atinge a atividade judicante desta Corte, cujo fundamento legal tem escopo no exercício do controle externo, constitucionalmente previsto, e não no exercício do poder de polícia.
Datas	Última alteração do texto: 29.10.2008
Controle	112 4 2 2 4.93 0

3. No entanto, antes de encetar a análise dessa *vexata quaestio*, é de mister ter presente a lição de José Afonso da Silva:

A prescribibilidade, 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, quer quanto às pretensões de interessados em face da Administração, quer 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, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento’. 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. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (*dormientibus non succurrit ius*). Deu-se assim à Administração inerte o prêmio da imprescritibilidade na hipótese considerada” (grifos acrescidos) (*in* Curso de Direito Constitucional Positivo, 10ª Ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 619).

4. Destarte, observa-se a incidência do princípio da prescribibilidade dos ilícitos administrativos, com a única exceção prevista no art. 37, § 5º, da Constituição Federal. Vale dizer, é imprescritível, tão-somente, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário.

5. Posta assim a questão, é de se entender que a possibilidade de este Tribunal aplicar punições está, também, sujeita à incidência do princípio da prescribibilidade dos ilícitos administrativos e que, por falta de regulamentação própria na Lei Orgânica do TCU, é de se aplicar analogicamente o disposto na Lei 9.873, de 23/11/1999, a qual “estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, e dá outras providências”.

6. A opção pela Lei 9.873/1999 é, de fato, a mais acertada, pois, conforme aduziu o Sr. Diretor,

[...] a aplicação de penalidades pelo TCU tem caráter punitivo. O exercício dos julgadores nesse mister utiliza-se de institutos nitidamente penais, como dolo, culpa, nexo de causalidade e culpabilidade. Assim tem sido reconhecido pelos tribunais. Dessa forma, esse normativo será utilizado para analisar a incidência da prescrição nos presentes autos.

7. É nesse mesmo diapasão a doutrina de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

Ocorrida a irregularidade em matéria de contas públicas, nasce para a sociedade, personalizada no Estado, por intermédio do tribunal de contas, a pretensão de punir os responsáveis.

Essa pretensão é consumida pela ação do tempo, observadas as normais causas de interrupção e de prescrição. Exaurindo-se o lapso temporal, sem que a administração pública procure apurar o fato de que tinha ciência, ocorre a chamada prescrição punitiva da Administração, em conformidade com a tradicional teoria do direito penal (...).

Denomina-se intercorrente a prescrição que se consuma pela superveniência do curso do lapso temporal, após a interrupção ou suspensão do processo. Pode efetivamente ocorrer que, diante de uma irregularidade, a administração pública inicie a apuração, mas posteriormente abandone de tal modo a apuração, revelando tal descaso com o já manifestado interesse de punir, que decorra integralmente novo lapso prescricional. (...)

Como visto, as normas são silentes sobre o tema, ressalvado o dever de ressarcir o erário que, por força da Constituição Federal, é imprescritível. À primeira vista, seria necessária legislação específica para regular o tema.

O recurso à analogia deve-se fazer, preferencialmente, entre normas de direito público, dentre essas, as de direito administrativo; na ausência dessas, as de direito tributário; depois penal, e só em último caso, ainda assim se for compatível, as normas de direito privado.

(...) Dentre as várias normas, a que guarda maior identidade com as situações do controle externo e com a matéria de direito público, notadamente administrativo, é a lei que estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta [Lei 9.873/1999], por regular norma bastante semelhante, pertinente à prescrição da ação punitiva diante do poder de polícia. Definiu esse diploma legal:

- a) o prazo geral de 5 anos;
- b) o prazo de três anos para a prescrição intercorrente;
- c) a interrupção da prescrição pela ocorrência de um dos seguintes motivos:
 - c1) citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital;
 - c2) qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato;
 - c3) decisão condenatória recorrível (*in* Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2003, p. 561-563).

8. Nessa vereda, transcreve-se a ementa do Recurso Especial 894.539-PI, apreciado no STJ:

ADMINISTRATIVO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. DANO AO ERÁRIO. RESSARCIMENTO. IMPRESCRITIBILIDADE. MULTA. PRESCRIÇÃO QUINQUÊNAL. 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.

3. Inaplicável à hipótese dos autos o disposto no art. 1º da Lei 9.873/1999, que estabelece que, nos casos em que o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se-á pelo prazo previsto na lei penal. Isso porque a instância de origem apenas consignou que as condutas imputadas ao gestor público não caracterizavam crime, sendo impossível depreender do acórdão recorrido a causa da aplicação da multa. Dessa forma, é inviável, em Recurso Especial, analisar as provas dos autos para verificar se a causa da imputação da multa também constitui crime (Súmula 7/STJ)” (grifos acrescidos).

4. Recursos Especiais parcialmente providos para afastar a prescrição relativamente ao ressarcimento por danos causados ao Erário.

9. Consoante ressaltado em linhas transatas, observa-se que o entendimento ora

apresentado disto da jurisprudência deste Tribunal, conforme ressaltado pelo Ministro Augusto Sherman Cavalcanti ao se referir ao precedente *supra* do STJ (Acórdão 545/2011 – 2ª Câmara):

De qualquer forma, em que pese esse entendimento do STJ quanto à prescrição quinquenal em relação à penalização do agente público, nas diversas oportunidades em que esta Corte de Contas foi confrontada com defesas em que se alegava tal julgado, os órgãos Colegiados do TCU não acolheram esse entendimento por considerar tratar-se de decisão isolada, sem repercussão sobre a jurisprudência desta Corte que vem se mantendo em conformidade com a regra prescrita no Código Civil. Naquelas ocasiões, os julgados deste Tribunal mantiveram o entendimento de que a prescrição para a punição de ilícitos praticados pelo agente público, de que não resulte dano, mas violação a normas e princípios, é a geral, prevista no Código Civil, atualmente, fixada em dez anos, conforme o art. 205 do Código Civil. Andaram nesse sentido os acórdãos 771/2010-Plenário, 1460/2010-Plenário, 4014/2010-2ª Câmara e 8348/2010-1ª Câmara.

10. Entrementes, considerando-se:
- a) o disposto no § 5º do art. 37 da Constituição Federal;
 - b) a doutrina de José Afonso da Silva;
 - c) a doutrina de Jorge Ulisses Jacoby;
 - d) o entendimento do STJ ao apreciar o Resp 894.539-PI;
 - e) o bem elaborado arrazoado do Sr. Diretor (fls. 37-42 do Anexo 4);

propõe-se que, no caso concreto, seja reconhecida a incidência da prescrição intercorrente com relação à atividade punitiva deste Tribunal. Isto porque os responsáveis foram citados no ano de 2003 e, somente em 17/3/2008, houve a primeira instrução da Secex/MA (fls. 198-228 do Volume Principal), o que atrai a incidência do disposto no § 1º do art. 1º da Lei 9.873/1999:

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.

§ 1º **Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho**, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso (grifos acrescidos).

11. Diante do exposto, é de se concordar com o posicionamento do Sr. Diretor, acolhendo-se, *in totum*, sua proposta de encaminhamento de fl. 42 do Anexo 4.

5. Em sua primeira participação, o Ministério Público junto ao TCU, representado pela Subprocuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva, anuiu aos pareceres do Diretor e do Secretário da Serur, nos seguintes termos:

“Trata-se de Recurso de Reconsideração interposto pelo Senhor Hieron Barroso Maia contra o Acórdão n.º 1.779/2010 – Plenário, por meio do qual o Tribunal julgou irregulares as suas contas atinentes ao Convênio n.º 1.701/1995, imputou-lhe débito solidário e aplicou-lhe multa, ante irregularidades na aplicação dos valores federais que lhe foram confiados.

2. No âmbito da Serur, os pareceres divergem fundamentalmente em razão do reconhecimento, por parte do Diretor e da Secretária em substituição, da ocorrência da prescrição intercorrente de que trata a Lei n.º 9.873/1999 no caso concreto.

3. Transcrevemos, por oportuno, o parecer que apresentamos no TC-020.635/2004-9, no qual enfrentamos a matéria da prescrição em autos semelhantes a estes, inclusive com a coincidência dos responsáveis:

“Inicialmente, esclarecemos que o pedido de vista destes autos prende-se ao fato de estarmos analisando outra Tomada de Contas Especial similar a esta (TC-020.625/2004-2), instaurada contra o Senhor Hieron Barroso Maia e outros responsáveis do Município de Pirapemas/MA, também em fase recursal, na qual, porém, foi suscitada pela Secretaria de Recursos a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do TCU, matéria de alta relevância e que deve ser igualmente considerada no julgamento em tela, dadas as circunstâncias fáticas semelhantes que envolvem os referidos processos.

2. No bojo do TC-020.625/2004-2, o Diretor Técnico, Maycon Ronald Henneberg, com o endosso da Secretária em substituição, ressalta que o art. 37, § 5.º, da Constituição Federal encerra dois comandos, o primeiro no sentido da prescribibilidade dos ilícitos cometidos contra a Administração Pública, e o segundo, situado na parte final do dispositivo, pela inoccorrência da prescrição no tocante à devolução de valores aos cofres públicos, salientando não haver, até o momento, normativo que regulamente a primeira parte deste preceito.

3. Aduz ainda que, conquanto reconheça não ter sido a prescrição da Lei n.º 9.873/1999 acolhida pelo TCU ao prolatar o Acórdão n.º 1.749/2010 – Plenário, o Poder Judiciário pátrio tem se inclinado para a utilização da prescrição quinquenal às penalidades administrativas, inclusive aquelas emanadas das Cortes de Contas, citando diversos julgados de Tribunais Regionais Federais e, especialmente, o RESP 894.539/PI, do Superior Tribunal de Justiça, vazado nos seguintes termos:

“ADMINISTRATIVO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. DANO AO ERÁRIO. RESSARCIMENTO. IMPRESCRITIBILIDADE. MULTA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ART. 1.º 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.

(...)

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

4. Em linha de consonância com o entendimento supra, cita o encaminhamento do Memorando Circular n.º 002/2011, da Consultoria Jurídica do TCU, no qual se alerta para a existência de sentença no Juízo Federal da 16.ª Vara reconhecendo a prescrição quinquenal da pretensão da União em executar os acórdãos do TCU que imputem multas aos responsáveis (prescrição da pretensão executória), instando as unidades a formalizarem as cobranças executivas com maior celeridade.

5. Assevera que a opção pela Lei n.º 9.873/1999 é a mais acertada por terem as penalidades aplicadas pelo TCU um caráter punitivo, valendo-se o Tribunal de institutos nitidamente penais, tais como dolo, culpa, nexos de causalidade e culpabilidade, circunstância essa que não recomenda a aplicação analógica do Código Civil.

6. Por fim, aponta a ocorrência da prescrição intercorrente naquele feito, consistente na paralisação do processo no TCU por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, nos termos do art. 1.º, § 1.º, da Lei n.º 9.873/1999, havendo a necessidade de afastar a sanção então cominada aos responsáveis.

- II -

7. Registre-se que a questão acerca do prazo prescricional da pretensão punitiva exercida pelo TCU está sendo tratada também no âmbito do TC-006.415/2008-8, sob a relatoria do eminente Ministro Augusto Nardes, até o presente momento sem apreciação definitiva.

8. Naqueles autos, o eminente Relator expõe com o brilhantismo que lhe é peculiar a aridez do tema e também as diversas correntes que vêm se formando no âmbito do TCU a fim de suprir a lacuna normativa que paira sobre a matéria.

9. Em apertada síntese, o Ministro esclarece a existência de alguns posicionamentos ou mesmo tendências em relação ao tratamento a ser conferido à prescrição, a saber.

10. O douto Procurador-Geral do Ministério Público, Dr. Lucas Rocha Furtado, em parecer exarado no TC-018.404/2007-9, defende a aplicabilidade da Lei n.º 9.873/1999, ao tempo em que rechaça a integração com normas advindas do Código Civil, trazendo em prol de sua tese diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça.

11. A Consultoria Jurídica do TCU, por sua vez, ao dar início à representação constante do TC-021.540/2010-1 e após colacionar precedentes jurisprudenciais do STJ sufragando a prescrição quinquenal às relações de Direito Público para as quais não haja normativos específicos, conclui pela necessidade do Tribunal veicular tais entendimentos do Poder Judiciário para fins de verificar a incidência da extinção da pretensão punitiva nos processos de controle externo.

12. O preclaro Subprocurador-Geral, Dr. Paulo Soares Bugarin, ao se pronunciar no mencionado TC-021.540/2010-1, conclui pela manutenção do prazo decenal do Código Civil, em prestígio à iterativa jurisprudência do TCU.

13. Por fim, o nobre Relator, Ministro Augusto Nardes, sustenta a adoção do aludido prazo prescricional de 5 anos, previsto em vários diplomas normativos e defendido pelos Administrativistas e Tribunais pátrios, valendo-se, por outro lado, do termo inicial constante do art. 142, § 1.º, da Lei n.º 8.112/1990 (a partir da ciência do fato pela Administração) e, ainda, das causas interruptivas previstas no Projeto de Lei n.º 6.826/2010.

- III -

14. Acerca do tema central acima exposto em linhas gerais, é preciso primeiramente assentar a nossa compreensão de que a prescrição deve incidir sobre a atuação punitiva do TCU, impossibilitando a cominação de sanções aos responsáveis a qualquer tempo, conforme vêm reconhecendo os Tribunais Judiciários e sobretudo diante da clareza da Lei Maior, que consagrou a incidência desse instrumento de pacificação social pelo decurso do tempo como regra geral para os ilícitos administrativos e penais, salvo raras exceções previstas taxativamente na própria Constituição.

15. Com efeito, na seara administrativa o art. 37, § 5.º, da Norma Fundamental é eloquente ao dispor que a lei estabelecerá prazos de prescrição para os ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

16. A primeira parte desse dispositivo remete ao Poder Legislativo a atribuição de fixar os prazos dentro dos quais os órgãos estatais deverão agir para não deixar perecer a pretensão punitiva contra os agentes que causem dano ao patrimônio público.

17. Quanto à parte final, o TCU, ao apreciar incidente de uniformização de jurisprudência sobre o mencionado preceito constitucional, consolidou a exegese de que as ações que visam à recomposição dos cofres públicos, da qual é exemplo a Tomada de Contas Especial, são imprescritíveis (Acórdão n.º 2.709/2008 – Plenário).

18. A deliberação retro, contudo, nada mencionou a respeito da prescrição aplicável às condutas ilícitas praticadas por quaisquer agentes, de que trata a primeira parte do § 5.º do art. 37 da Lei Maior. Nada obstante, a interpretação a contrário sensu deixa evidente que os demais procedimentos do Tribunal alheios à busca do ressarcimento ao erário devem ser atingidos pela passagem do tempo conjugada à inércia do titular do direito, com o conseqüente perecimento da pretensão punitiva.

19. Há, no entanto, consoante salientado pela Serur, uma omissão legislativa específica em relação ao tema prescrição no que toca a atuação do TCU, valendo dizer que a primeira parte do art. 37, § 5.º, não está devidamente regulamentada pelo legislador pátrio quanto à matéria de controle externo. Essa circunstância, todavia, não invalida a necessidade de se atribuir um prazo prescricional às sanções atribuídas pelo TCU, suprindo-se o vácuo legislativo pela atuação do intérprete e por meio das técnicas de hermenêutica.

- IV -

20. Conquanto a matéria da prescrição seja objeto do TC-006.415/2008-8, ainda sem apreciação definitiva, não é recomendável sobrestar todos os demais feitos que envolvam a questão, até mesmo ante a dificuldade prática que essa medida traria e o impacto negativo na atividade jurisdicional da Corte.

21. Desse modo, consideramos que a matéria está em condições de receber um pronunciamento definitivo, sendo suficiente, para tanto, preencher a lacuna legislativa relativa à prescrição com o emprego dos métodos integrativos, em especial, a analogia legis.

22. Apenas para contextualizar o instituto jurídico mencionado, a doutrina costuma conceituar a analogia como técnica de integração na qual o intérprete resolve uma situação fática não prevista em lei valendo-se de disposição normativa aplicável a um caso semelhante. Em outras palavras, aplica-se uma norma legal direcionada a uma determinada situação a um fato similar ocorrido, para o qual não haja regulamentação.

23. Socorrendo-se da técnica supra, o TCU tem utilizado a regra plasmada no art. 205 do Código Civil, afastando a incidência de outros prazos prescricionais, tais como os previstos nas Leis n.ºs 9.873/1999 e 8.429/1992, dentre outros normativos que tratam do tema.

24. Diferentemente da tese esposada pelo Tribunal, e trilhando o mesmo caminho percorrido pelo ilustre Procurador-Geral do Ministério Público, Dr. Lucas Rocha Furtado, parece-nos que o escopo daquele diploma legal apresenta pouquíssimas semelhanças com os processos administrativos de Controle Externo, a desaconselhar a sua adoção analógica.

25. Sob um primeiro prisma, percebe-se que a utilização da norma geral de prescrição consagrada no art. 205 do Código Civil não preenche satisfatoriamente os requisitos para o uso escorreito da analogia legis, uma vez a disposição legal não descrever ocorrências fáticas do cotidiano dos particulares passíveis de ser confrontadas com as situações específicas vivenciadas pelo Controle Externo, a ponto de detectar nelas similitude tal que recomende o suprimento da lacuna legislativa com a norma cível.

26. Não há, portanto, acontecimentos próprios da esfera cível que, dada a extrema proximidade/afinidade com o que se verifica nos processos conduzidos pelo TCU, possuam natureza semelhante a destes e, por isso, devam receber o mesmo tratamento jurídico.

27. Ao contrário, é difícil contestar que a prescrição, na seara cível, assume peculiaridades não identificadas nos processos de controle externo, uma delas, por exemplo, é a existência de ao menos duas partes com interesses contrapostos, o que traz consequências distanciadoras entre os referidos processos, como a impossibilidade de reconhecimento da prescrição intercorrente, o que não ocorre no seio dos procedimentos de contas, em que não há partes litigando entre si.

28. Essa diferença em relação à prescrição intercorrente tem sua razão de ser no processo civil, porque uma vez intentada a ação dentro do tempo admitido pela lei, o seu andamento pode perdurar por anos a fio perante o Poder Judiciário, sem que se cogite da prescrição durante esse período, e a lógica que suporta essa compreensão é a de que o direito de qualquer das partes envolvidas na demanda não pode ser violentado/frustrado pela inércia ou morosidade do Estado-Juiz em apreciar e resolver as lides que lhe são submetidas.

29. Diferentemente ocorre no processo penal e no direito público em geral, no qual o Estado, em regra, detém o jus persecuendi, ou seja, possui a titularidade da ação penal e litiga contra os acusados em geral. Nessa esfera não é bastante que a ação seja protocolizada no prazo legal, eis que a demora na entrega da jurisdição ou no exercício do jus puniendi – igualmente de responsabilidade estatal, diga-se de passagem – também é causa prescricional, por meio do que se denomina de prescrição intercorrente. O Estado, nessas hipóteses, tem o dever legal de agir tempestivamente, sob pena de deixar perecer a pretensão punitiva em face do transcurso do tempo.

30. Essa distinção entre os processos cíveis e penais em matéria de prescrição é de absoluta importância para o deslinde deste feito, visto que no exercício do Controle Externo a atuação do TCU mais se assemelha à da área penal, não só pela ausência de partes contrapostas, mas sobretudo pela concentração do jus persecuendi e jus puniendi em um órgão estatal, o qual não pode, seja por morosidade ou por inércia, perseguir e punir indefinidamente os seus jurisdicionados, eternizando situações não consolidadas e trazendo, com isso, insegurança jurídica e instabilidade social.

31. Outra significativa característica que distancia o Controle Externo do direito civil se refere aos bens jurídicos protegidos. Neste, via de regra, são tutelados bens privados, disponíveis, enquanto naquele a proteção jurídica recai sobre bens indisponíveis, materiais e imateriais, como a probidade na gestão pública, a necessidade de observância às leis estatais, o zelo para com a coisa pública, a moralidade administrativa, enfim, valores cuja violação pode ensejar a punição administrativa disciplinar e também das Cortes de Contas, independentemente da existência de prejuízo ao erário.

32. As dessemelhanças são tantas que seria mais fácil listar os pontos de proximidade eventualmente existentes do que as diferenças entre os processos de Controle Externo e os processos albergados pelo Código Civil.

33. Calha lembrar, a propósito, o escólio de Carlos Maximiliano (in *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 206), de que a analogia “se baseia na presunção de que duas coisas que têm entre si um certo número de pontos de semelhança possam conseqüentemente assemelhar-se quanto a um outro mais”, não sendo exagerado se consagrar a percepção de que a quase absoluta ausência de pontos de conexão entre as situações fáticas previstas no Código Civil, com os seus conseqüentes prazos prescricionais, e a atuação punitiva da Corte de Contas obsta o uso analógico daquele para suprir a ausência de norma específica para este.

34. De qualquer sorte, a preferência pelo prazo prescricional de 10 anos para o exercício da pretensão punitiva do TCU parece ser defensiva, por ser aquela que amplia, sobremaneira, as possibilidades de ação do Tribunal, sem, contudo, preencher os pressupostos necessários para a utilização da analogia, em especial, a similitude das situações fáticas. Se inexistente a reclamada semelhança entre os fatos, não há como se

admitir o emprego da analogia, por faltar-lhe o requisito essencial e intrínseco mesmo à essa técnica de integração.

35. Aliás, tratando-se o Controle Externo de matéria de direito público, a preferência para a supressão de lacunas legislativas deveria recair preferencialmente sobre normas de direito administrativo, tributário, penal e, por último, de direito privado, conforme leciona o professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (in *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência*).

36. Também o Procurador-Geral do MP/TCU, Dr. Lucas Rocha Furtado, nos ensina que as normas de direito privado não podem ser utilizadas discricionariamente pela Administração Pública, consoante trecho abaixo (in *Curso de Direito Administrativo*, 2007, p. 55):

“É importante observar, todavia, que a utilização do Direito Privado pela Administração Pública não constitui mera opção discricionária do gestor público. Caso haja norma de Direito Público para regular determinado ato, o Direito Privado assume função meramente suplementar”.

37. No caso sub examine não há como deixar de reconhecer a existência de diversas normas de direito público versando sobre a prescrição – a exemplo das Leis n.ºs 9.873/1999 e 8.429/1992 –, a contraindicar o uso analógico do Código Civil.

38. Não vislumbramos, portanto, fundamentos jurídicos sólidos para a adoção do Código Civil como referencial analógico a ser utilizado pelo Tribunal de Contas da União em matéria de prescrição, senão apenas uma aparente escolha conservadora pelo prazo mais dilatado para o exercício da jurisdição de Controle Externo.

- V -

39. Afastada a incidência da prescrição prevista no Código Civil resta saber qual dos normativos de Direito Público deve ser eleito como o referencial analógico mais adequado à seara jurisdicional do TCU.

40. Cabe pontuar, contudo, que o Tribunal não é legislador positivo, vale dizer, ele não detém competência para criar normas legais, mas apenas para aplicá-las nos casos concretos submetidos à sua apreciação.

41. Esse alerta tem fundamental importância no desfecho desta intrincada questão jurídica, sobretudo porque não é dado ao TCU selecionar de várias leis administrativas existentes as partes que mais lhe convêm para, então, conferir à prescrição completude normativa, pois, assim agindo, estaria ele atuando como legislador positivo.

42. Com efeito, essa prática, similar àquela descrita no âmbito do Direito do Trabalho como teoria da acumulação ou atomista, consiste em colher de cada um dos normativos aplicáveis a determinado instituto a parte mais favorável, obtendo-se, ao final, um conjunto de regras que não existe na prática, mas que reuniria o que cada normativo tem de melhor para determinada situação. Tal teoria, contudo, não é aceita pela jurisprudência nacional.

43. De se concluir, inevitavelmente, que a supressão da lacuna normativa acerca da prescrição por meio da analogia deve se dar in totum, integralmente, de forma global, e não por partes, sob pena de se extrair de cada lei determinado conteúdo mais conveniente aos propósitos almejados pelo intérprete, recaindo na chamada teoria atomista, e, mais ainda, tendo como resultado um diploma legal absolutamente novo, não oriundo do Poder Legislativo, mas composto pelo aplicador do direito, que, em síntese, estaria criando uma norma a partir de trechos ou porções de outras.

44. Nesse sentir, a opção pelo prazo prescricional quinquenal previsto na Lei n.º 9.873/1999 parece ser a mais consentânea com o Controle Externo, por dispor expressamente sobre o exercício da ação punitiva pela Administração Pública Federal,

direta e indireta, como também por prever o lustro como o prazo para o perecimento do direito de agir da Administração Pública, em sintonia com os julgados mais recentes do STJ. O art. 1.º está vazado nos seguintes termos:

“Art. 1.º 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.

§ 1º Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.

§ 2.º Quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se pelo prazo previsto na lei penal”.

45. De fato, a despeito de o Controle Externo ser matéria de índole constitucional, como rotineiramente enunciado para justificar a não adoção do prazo quinquenal da Lei n.º 9.873/1999, a imputação de penalidades pela Corte de Contas nada mais representa do que a expressão da ação punitiva do Estado quanto a ilícitos administrativos cometidos pelos gestores e ordenadores de despesas, não havendo razão para se adotar um prazo prescricional civil quando existente um outro mais específico e aplicável ao direito administrativo, ramo no qual inserido o Controle Externo.

46. Embora se possa contrapor ao uso da lei retromencionada sob o argumento de que o TCU, em sua atividade finalística, não se sujeita ao mencionado diploma, por exercer atos de controle e não atos meramente administrativos; de outra sorte, é inevitável eleger um diploma legal tecnicamente capaz de suprir a lacuna normativa existente, sendo a Lei n.º 9.873/1999 a que dispõe sobre o tema com a completude necessária para conferir plena aplicabilidade ao instituto da prescrição pelo Tribunal, sem a necessidade posterior de novas complementações normativas quanto ao termo inicial da contagem do prazo prescricional, causas interruptivas e suspensivas etc.

47. Apenas a título de esclarecimento, tais matérias estão contempladas na lei da seguinte forma:

“Art. 2.º Interrompe-se a prescrição da ação punitiva: (Redação dada pela Lei n.º 11.941, de 2009)

I – pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital; (Redação dada pela Lei n.º 11.941, de 2009)

II - por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato;

III - pela decisão condenatória recorrível.

IV – por qualquer ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da administração pública federal. (Incluído pela Lei n.º 11.941, de 2009)

Art. 2.º-A. Interrompe-se o prazo prescricional da ação executória: (Incluído pela Lei n.º 11.941, de 2009)

I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; (Incluído pela Lei n.º 11.941, de 2009)

II – pelo protesto judicial; (Incluído pela Lei n.º 11.941, de 2009)

III – por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; (Incluído pela Lei n.º 11.941, de 2009)

IV – por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor; (Incluído pela Lei n.º 11.941, de 2009)

V – por qualquer ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da administração pública federal. (Incluído pela Lei n.º 11.941, de 2009)

Art. 3.º Suspende-se a prescrição durante a vigência:

I - dos compromissos de cessação ou de desempenho, respectivamente, previstos nos arts. 53 e 58 da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994;

II - do termo de compromisso de que trata o § 5.º do art. 11 da Lei no 6.385, de 7 de dezembro de 1976, com a redação dada pela Lei no 9.457, de 5 de maio de 1997”. (grifos acrescidos)

48. Outrossim, o argumento de que o TCU não se insere na Administração Pública Federal para fins da Lei n.º 9.873/1999 não se presta, isoladamente, para afastar a utilização analógica do referido normativo, pois com muito mais razão se pode afirmar que ele não está abrangido pelo conceito de ente privado ou particular, a distanciá-lo do campo de abrangência do Código Civil, bem como não é Tribunal integrante do Poder Judiciário, a obstar a utilização da Lei n.º 8.429/1992, assim como também não exerce poder disciplinar sobre os seus jurisdicionados, frustrando o uso da Lei n.º 8.112/1990.

49. Quanto à alegação de que a pretensão punitiva do Tribunal não retrata o exercício do poder de polícia mencionado no art. 1.º do diploma legal supra, há que se reconhecer que, de fato, o controle externo não é exercido com respaldo no aludido poder de polícia, contudo, a atuação punitiva de ambos apresenta mais similaridades do que diferenças, autorizando o uso da analogia, conforme defendido pela Serur.

50. Uma das semelhanças, como dito linhas atrás, é a inexistência de partes em ambos os processos administrativos, tanto o punitivo derivado do poder de polícia quanto aquele exercido pelo TCU, nos quais, também, o órgão estatal exerce independentemente de provocação de outrem o direito de perseguir e de punir (jus perseguendi e jus puniendi), aproximando as duas esferas de atuação sobremaneira.

51. Também a previsão da prescrição intercorrente é medida harmônica com o exercício do Controle Externo, como forma de evitar que a inércia e morosidade do Poder Público se estendam indefinidamente, constituindo importante instrumento de segurança jurídica e de estabilidade das relações jurídicas, a recomendar, mais uma vez, a integração analógica por meio da Lei n.º 9.873/1999.

52. Embora não seja comumente suscitada como referencial prescricional no âmbito do TCU, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/1992) apresenta algumas incompatibilidades que, em nosso sentir, inviabilizam o seu uso supletivo. O instituto da prescrição está nela consignado de forma singela no art. 23, cujo conteúdo reproduzimos abaixo:

“Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego”.

53. Como se vê da leitura acima, a Lei n.º 8.429/1999 falha, para fins de referencial analógico, por não dispor sobre causas interruptivas e suspensivas, bem como por prever prazos prescricionais variáveis de acordo com as condutas irregulares.

54. Impende observar que a lei lista, com minúcias, as hipóteses fáticas concretas que autorizam a ação de improbidade administrativa, o que conduziria à necessidade de se comparar, a cada caso apreciado pelo Tribunal de Contas, a ocorrência, cuja punibilidade se busca no processo de contas, para fins de considerá-la similar à hipótese legal e, aí sim, poder se cogitar do uso da analogia.

55. De mais a mais, ter-se-ia que perquirir o vínculo do responsável com o Poder Público, com vistas a enquadrá-lo no inciso I do art. 23 (prazo quinquenal a partir do término do mandato) ou no prazo do inciso II (prazo previsto para as faltas disciplinares).

56. A propósito, esta última situação traria enorme dificuldade de aplicação do direito no âmbito do TCU, uma vez que a punição de membros da CPL e outros responsáveis detentores de cargos efetivos nos municípios, por exemplo, far-se-ia de acordo com leis específicas municipais que regulassem o vínculo estatutário entre esses servidores e o município empregador. Fácil compreender que haveria uma multiplicidade de leis e de prazos prescricionais sem qualquer controle da Administração Federal.

57. Não bastassem os obstáculos acima expostos, o mesmo argumento utilizado pelos defensores da analogia com a Lei n.º 8.429/1992, de que a atuação do TCU não se confunde com o poder de polícia de que trata a Lei n.º 9.873/1999, é válido também para obstar a própria Lei de Improbidade Administrativa, visto que o Tribunal também não aprecia as condutas dos agentes sob o prisma da improbidade, a qual apresenta escopo mais restrito do que o da pena promovida pela prática de atos de gestão irregulares e, mais ainda, cuja aplicação é direcionada ao Poder Judiciário por meio de ações próprias.

58. Quanto à utilização da Lei n.º 8.112/1990 como paradigma legal para a analogia, cremos que esta incorre no problema que nos referimos alhures, acerca da impossibilidade de se coletar desse regramento apenas uma parte, para, junto com outras partes selecionadas de outros diplomas legais, formar o conjunto normativo aplicável em termos de prescrição pelo TCU. Estar-se-ia criando uma lei nova, com nítida atuação de legislador positivo por parte do Tribunal, atividade veementemente rechaçada pelos Tribunais Superiores.

59. Mais uma vez, transcrevemos os dispositivos que regulam a matéria para conhecimento e ponderações posteriores:

“Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;

II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;

III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência.

§ 1.º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.

§ 2.º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.

§ 3.º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente.

§ 4.º Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção”.

60. Caso se opte pela prescrição delineada no Estatuto dos Servidores Públicos Federais, há que se observar que a prescrição ali prevista tem prazos, em regra, mais

exíguos para a Administração Pública, de 5 anos para condutas punidas com demissão, 2 anos para aquelas apenadas com a suspensão e 180 dias quanto à advertência.

61. Em consonância com a premissa anteriormente assentada, acerca da impossibilidade de se escolher de cada lei uma parte específica para compor o regramento sobre a prescrição, é indubitoso que, a se adotar a Lei n.º 8.112/1990, deve ela ser acolhida integralmente, o que demandaria do Tribunal, ao apreciar cada processo de Controle Externo, cotejar as circunstâncias fáticas detectadas com as condutas administrativas disciplinares vedadas naquela lei, enquadrando-as nas hipóteses de demissão, suspensão e advertência, para somente então decidir qual seria o prazo prescricional aplicável ao caso concreto.

62. Do contrário, frise-se, incorrer-se-ia na criação de um “normativo especial”, inexistente no mundo jurídico, formado a partir de dispositivos pertencentes a vários diplomas legais, o que, repita-se, é vedado à qualquer Tribunal, judiciário ou não.

63. Impende rememorar que a Lei n.º 9.873/1999 disciplina a prescrição em sua integralidade, estabelecendo um prazo geral de 5 anos, incidente sobre todo e qualquer fato que enseja a pretensão punitiva da União, havendo disposições sobre termo inicial de contagem do prazo, interrupção e suspensão, sendo desnecessário, portanto, acorrer a outras leis para suprir novas lacunas.

64. Em suma, entendemos que a opção mais consentânea com o escopo do processo de Controle Externo é a utilização do prazo prescricional estabelecido na Lei n.º 9.873/1999, consoante fundamentos acima aduzidos, que não só demonstram a viabilidade dela, mas também obstaculizam a incidência de outros normativos.

- VI -

65. A partir das conclusões supra, acerca da regra prescricional às sanções imputadas pelo TCU, cumpre então avaliar se ocorreu ou não no caso em tela o decurso do prazo inviabilizador da imputação de multa aos responsáveis.

66. A exemplo do que constatado no bojo do TC-020.625/2004-2, também neste feito houve a citação dos responsáveis no ano de 2003 (fls. 145/151 do vol. principal), tendo as partes apresentado suas defesas em 04/07/2003 (fls. 156/187 do vol. principal). Contudo, após o despacho de 22/08/2005 encaminhando os autos para exame e instrução (fl. 190 do vol. principal), estes só receberam novo pronunciamento em 04/05/2009 (fls. 191/199 do vol. principal), mais de 3 anos após o último ato do processo, fazendo incidir, na espécie, o disposto no art. 1.º, § 1.º, da Lei n.º 9.873/1999, in verbis:

“§ 1.º Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso”.

67. Ainda que não se reconheça a prescrição intercorrente, mister destacar a ocorrência da prescrição quinquenal, seja da Lei n.º 9.783/1999, seja da Lei n.º 8.429/1992.

68. É que os recursos federais em tela foram repassados por meio do Convênio n.º 964/1993, em 05/10/1993, ao passo em que a primeira citação do Senhor Hieron Barroso Maia e demais responsáveis somente foi autorizada mediante o Acórdão n.º 105/2003 – Plenário, prolatado na Sessão de 12/02/2003, com a sua efetivação em maio de 2003 – à míngua da ausência do AR/MP (fls. 152/156, vol. principal), denotando o transcurso de mais de 5 anos da ocorrência do fato ou mesmo do término do mandato, que se encerrou em 31/12/1996, sem que se operasse, nesse ínterim, causa interruptiva ou suspensiva.

69. Com essas considerações, constatada a prescrição no caso em tela, sob a perspectiva retro, esta representante do Ministério Público se manifesta pelo provimento parcial do recurso apresentado pelas partes, com a consequente insubsistência das penalidades constantes dos subitens 9.3 a 9.5 do Acórdão n.º 1.571/2010 – Plenário.”

4. Tratando-se a prescrição de matéria de natureza pública e tendo em vista ter ela se operado em relação a todos os responsáveis condenados mediante o Acórdão n.º 1.779/2010 – Plenário, conforme amplamente demonstrado pelo Senhor Diretor (fl. 41, do anexo 4), cabe estender a eles os efeitos deste recurso, nos termos do art. 281 do RI/TCU.

5. No tocante aos argumentos atinentes ao débito imputado ao ex-gestor, importa relembrar que, quanto a este, o entendimento do TCU é no sentido de que as ações que visam à recomposição dos cofres públicos, da qual é exemplo a Tomada de Contas Especial, são imprescritíveis (Acórdão n.º 2.709/2008 – Plenário).

6. Outrossim, não foram trazidos elementos que comprovassem o necessário nexos de causalidade entre os recursos federais repassados e os equipamentos escolares adquiridos supostamente à conta do convênio.

7. Com efeito, o saque direto da conta corrente específica, efetivado pelos próprios gestores após o endosso pela empresa contratada, cumulado com os elementos probatórios de simulação de licitação, impedem a convicção de que os recursos atingiram a finalidade pública almejada, fatos esses não infirmados pelas razões recursais, consoante exame desenvolvido pelo Auditor da Serur, às fls. 33/36 do anexo 4.

8. Firme nos fundamentos acima expendidos, esta representante do Ministério Público manifesta-se favoravelmente ao reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva de que trata a Lei n.º 9.873/1999, na linha dos pareceres do escalão dirigente da Serur, com o consequente provimento parcial do recurso em tela, para fins de se excluir os subitens 9.2, 9.5 e 9.6 da deliberação recorrida (fls. 37/42 e 43/46 do anexo 4), mantendo-se a condenação em débito.”

6. Considerando que este Tribunal decidiu posteriormente sobre incidente de uniformização de jurisprudência acerca da prescrição da pretensão punitiva por meio do Acórdão n.º 1.441/2016-Plenário, o então Relator, Ministro Raimundo Carreiro, decidiu ouvir novamente o Ministério Público junto ao TCU por meio do Despacho colacionado à Peça 14.

7. Em novo pronunciamento (peça 15), a Subprocuradora Cristina Machado da Costa e Silva, em nome do Ministério Público junto ao TCU, reviu seu entendimento anterior, manifestando concordância com a proposta do auditor da Serur (peça 12, p. 33-36):

“Em atenção à nova oitiva propiciada pelo eminente Relator, Ministro Raimundo Carreiro, cumpre registrar a superveniência, em relação a nossa manifestação pretérita, de 13/06/2012 (peça n.º 12, pp. 48/56), do Acórdão n.º 1.441/2016 – Plenário, o qual veio a uniformizar o entendimento do TCU acerca da prescrição da pretensão punitiva, assentando-o no sentido da aplicabilidade do prazo geral previsto no art. 205 do Código Civil, contado a partir da data de ocorrência da irregularidade sancionada e interrompido por ato que ordenar a citação, audiência ou oitiva.

2. Reanalisando os contornos fáticos do caso em tela em relação a esse ponto específico, observa-se que as irregularidades imputadas aos responsáveis foram cometidas na execução do Convênio n.º 1.701/1995, tendo o Tribunal estabelecido o dia 21/9/1995 como marco inicial para a atualização monetária e incidência do juro de mora. Portanto, tal data deve ser adotada, também, como data de ocorrência da irregularidade, para fins de início da contagem do prazo prescricional, nos termos do *decisum supra*.

3. Por outro lado, observa-se que a citação dos responsáveis se deu no ano de 2003, antes do transcurso da metade do prazo de 20 anos previsto pelo Código Civil em vigor à época, razão pela

qual se conclui que o prazo prescricional voltou a correr por 10 anos a partir da entrada do novo Código Civil, em 11/01/2003, consoante regra de transição prevista no art. 2.028 do diploma civil.

4. Desse modo, tendo em vista que o prazo prescricional começou a correr por 10 anos a partir de 11/01/2003, que as citações se aperfeiçoaram em maio de 2003 e que a decisão ora recorrida foi prolatada em 2010, não se vislumbra a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva no caso em concreto, à luz da orientação jurisprudencial emanada do Acórdão n.º 1.441/2016 – Plenário.

5. Com essas breves considerações, ante a alteração do entendimento do TCU acerca da prescrição da pretensão punitiva, esta representante do Ministério Público se manifesta em concordância com a proposta do auditor da Serur (peça n.º 12, pp. 33/36), no sentido de se conhecer do Recurso de Reconsideração interposto pelo Senhor Hieron Barroso Maia para, no mérito, negar-lhe provimento.”

É o Relatório.