

TC - 030.934/2015-0

Natureza: Tomada de Contas Especial (recurso de reconsideração)

Unidade Jurisdicionada: Universidade Federal da Paraíba - UFPB/Ministério da Educação

Recorrente: N Paes de Melo Júnior Comércio Eireli – EPP (05.938.234/0001-06)

Advogado: Thiago Litwak Rodrigues de Souza (OAB/PE 24.198); procuração à peça 37 e substabelecimento à peça 43

Sumário: Tomada de Contas Especial. Convênio 240/2007 entre a Universidade Federal da Paraíba e a Fundação José Américo. Citações. Revelia de dois responsáveis. Rejeição das alegações de outros três. Contas irregulares. Débito. Multa. Inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança. Solicitação do arresto de bens. Recurso de reconsideração. Legitimidade para a recorrente figurar na TCE advém do recebimento de recursos sem contraprestação. Prescrição. Não ocorrência. Considerações vis a vis o RE-STF 636.886. Teoria da Aparência. Inaplicabilidade. Não Provimento.

INTRODUÇÃO

Trata-se de recurso de reconsideração interposto por N Paes de Melo Júnior Comércio Eireli - EPP (peça 90), pelo qual contesta o Acórdão 194/2019-TCU-Plenário (Relatora Ministra Ana Arraes), prolatado na Sessão Ordinária realizada em 6/2/2019 (peça 85).

2. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

VISTA, relatada e discutida esta tomada de contas especial, instaurada pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB em razão da impugnação total das despesas do Convênio 240/2007, celebrado entre aquela universidade e a Fundação José Américo, que objetivou a execução do projeto denominado “Reuni - Programa de Reestruturação e Expansão das IFES”.

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pela relatora e com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 12, § 3º, 16, inciso III, alíneas “b” e “c” e §2º, 19, 23, inciso III, alínea “a”, 26, 28, inciso II, 57, 60 e 61 da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 202, § 6º, 214, inciso III, alínea “a”, 217, 270 e 275 do Regimento Interno, em:

9.1. julgar irregulares as contas de Eugênio Paccelli Trigueiro Pereira, Roberto Maia Cavalcanti, Fundação José Américo, Clóvis Araújo da Silva e N Paes de Melo Júnior Comércio Eireli - EPP;

9.2. condenar os responsáveis abaixo arrolados ao recolhimento aos cofres da Universidade Federal da Paraíba das quantias a seguir indicadas, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora calculados a partir de cada uma das datas até a data do pagamento:

VALOR (R\$)	DATA	Responsáveis
9.401.393,07	4/1/2008	Eugênio Paccelli Trigueiro Pereira, Roberto Maia Cavalcanti e Fundação José Américo

134.967,55	2/10/2010	Eugênio Paccelli Trigueiro Pereira, Roberto Maia Cavalcanti, Fundação José Américo e N Paes de Melo Júnior Comércio Eireli - EPP
186.614,48	1/9/2010	Eugênio Paccelli Trigueiro Pereira, Roberto Maia Cavalcanti, Fundação José Américo e Clóvis Araújo Silva

9.3. aplicar aos responsáveis abaixo indicados multas nos valores especificados, a serem recolhidas aos cofres do Tesouro Nacional, com incidência de encargos legais calculados da data deste acórdão até a data do pagamento, se este for efetuado após o vencimento do prazo a seguir estipulado:

Responsável	Valor (R\$)
Eugênio Paccelli Trigueiro Pereira	2.000.000,00
Roberto Maia Cavalcanti	2.000.000,00
Fundação José Américo	2.000.000,00
Clóvis Araújo da Silva	30.000,00
N Paes de Melo Júnior Comércio Eireli – EPP	22.000,00

9.4. fixar prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para comprovação, perante o Tribunal, do recolhimento das dívidas acima imputadas;

9.5. autorizar a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

9.6. autorizar o pagamento das dívidas em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais consecutivas, caso venha a ser solicitado pelos responsáveis antes do envio do processo para cobrança judicial;

9.7. fixar o vencimento da primeira parcela em 15 (quinze) dias, a contar do recebimento das notificações, e o das demais a cada 30 (trinta) dias, com incidência de encargos legais sobre o valor de cada parcela;

9.8. alertar aos responsáveis que a inadimplência de qualquer parcela acarretará vencimento antecipado do saldo devedor;

9.9. considerar grave a infração cometida por Eugênio Paccelli Trigueiro Pereira e Roberto Maia Cavalcanti e inabilitá-los, individualmente, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública, pelo prazo de 5 (cinco) anos;

9.10. solicitar à Advocacia-Geral da União, por intermédio do Ministério Público junto ao Tribunal, as medidas necessárias ao arresto dos bens da Fundação José Américo, de Eugênio Paccelli Trigueiro Pereira e de Roberto Maia Cavalcanti;

9.11. remeter cópia deste acórdão ao procurador-chefe da Procuradoria da República no Estado da Paraíba, nos termos do art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992;

9.12. orientar a Secretaria do TCU no Estado da Paraíba acerca da necessidade de observar, quando das instruções prévias às citações, a existência de outros eventuais débitos imputáveis a um mesmo responsável, a teor do art. 6º, § 1º, da Instrução Normativa TCU 71/2012.

HISTÓRICO

3. O presente processo cuidou originalmente de tomada de contas especial instaurada pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB em desfavor da Fundação José Américo/FJA - uma fundação de apoio àquela instituição de ensino -, além de Eugênio Paccelli Trigueiro Pereira, Diretor Executivo da FJA, Luiz Enok Gomes da Silva, seu antecessor no cargo, e Roberto Maia Cavalcanti, Diretor Adjunto.

4. A instauração foi motivada pela ocorrência de desvio de recursos, vindo a resultar em débito pelo valor total gerido no âmbito do Convênio 240/2007 (peça 3, p. 166-178), firmado por

IFPB e FJA. O ajuste teve por objetivo a execução do projeto intitulado "Reuni - Programa de Reestruturação e Expansão das IFES" (peça 3, p. 182-282). A vigência compreendeu o período entre 28/12/2007 e 31/12/2012, com valor pactuado de R\$ 9.722.974,80, creditados na conta específica em 04/01/2008 (peça 6, p. 332).

5. A TCE foi instaurada em atenção a recomendação do Controle Interno da UFPB, com a finalidade de apurar achados em auditoria realizada pelo TCU. No TC-044.058/2012-8, sobre Representação de iniciativa da Secex/PB, em consequência daquela auditoria, houve o proferimento do Acórdão 1.454/2014-TCU-Plenário (rel. Min. José Jorge), com determinação, entre outras, para a instauração de diversas TCE's.

6. Na fase interna das contas especiais objeto deste processo TC-030.934/2015-0 foi emitido um Relatório de TCE inicial (peça 9, p. 145-171) e outros complementares (peça 9, p. 209-233, 257-281, peça 11, p. 64-74) até o Relatório Final (peça 11, p. 119-123). A conclusão foi pela responsabilidade dos Srs. Eugênio Paccelli Trigueiro Pereira, Luiz Enok Gomes da Silva e Roberto Maia Cavalcanti.

7. O Relatório de Auditoria 1782/2015, da Controladoria Geral da União, concluiu pela responsabilidade solidária dos Srs. Eugênio, Roberto e da própria FJA, pelo valor total do Convênio 240/2007, e a responsabilidade do Sr. Luiz Enok por valor residual, relativo a despesas com tarifas bancárias (R\$ 32,00) e débito por bloqueio judicial (R\$ 305,30).

8. Analisando os autos, a Secex/PB concluiu (peça 23) pela necessidade de citação dos responsáveis acima, com exceção do Sr. Luiz Enok, mas, incluiu dentre os citados as empresas N Paes de Melo Júnior Comércio Eireli - EPP - ora recorrente - e Clóvis Araújo da Silva (Nutricarnes), por haverem recebido recursos do Convênio 240/2007 sem a entrega dos bens e serviços contratados, conforme constatado no supramencionado TC-044.058/2012-8.

9. Realizadas as citações (peças 25-52 e 60-79), as alegações de defesa trazidas aos autos (peças 53-59 e 81) foram analisadas pela unidade técnica (peças 82-83), o Ministério Público/TCU (peça 84) e o relator (peças 86-87), sendo proferido o Acórdão 194/2019-TCU-Plenário agora combatido (peça 85).

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

10. Em exame preliminar de admissibilidade essa secretaria propôs conhecer o recurso de N Paes de Melo Júnior Comércio Eireli - EPP (peças 113-115), suspendendo-se os efeitos dos itens 9.1, 9.2, 9.3, 9.4 e 9.5 do Acórdão 194/2019-TCU-Plenário, o que foi ratificado por Despacho do Ministro Benjamin Zymler (peça 118).

EXAME DE MÉRITO

11. Delimitação do recurso

11.1. Constitui objeto do recurso de N Paes de Melo Júnior Comércio Eireli – EPP (peça 90) definir se:

- a) foi ilegítima sua participação na TCE;
- b) cabe aplicar a Teoria da Aparência em seu benefício;
- c) houve a prescrição para a atuação do TCU.

12. Da Ilegitimidade

12.1. A recorrente argumenta que não participou da gestão da Fundação José Américo - FJA e não tem qualquer vínculo com o Convênio 240/2007. Por isso não poderia ser acusada de má gestão de recursos públicos, sendo parte ilegítima para figurar na TCE.

12.2. A empresa afirma que o “eventual recebimento de valores” ocorreu através da FJA e que não sabe a origem e a natureza dos recursos, se federais ou de outra fonte.

Análise

12.3. A N Paes de Melo Júnior Comércio Eireli - EPP figurou no polo passivo da TCE por haver recebido recursos relativos ao fornecimento de alimentos cuja efetiva entrega não restou comprovada.

12.4. Oportuno relembrar que no âmbito do TC 044.058/2012-8, sobre Representação da Secex/PB decorrente de achados na FJA relativos à gestão de convênios e contratos, constatou-se que a empresa ora recorrente recebeu R\$ 134.967,55 provenientes do Convênio 240/2007.

12.5. A empresa foi selecionada no Pregão Presencial 3/2009/FJA, no valor total de R\$ 681.044,69, para fornecer alimentos, e firmou o Contrato 021/2009 com a FJA. Os R\$ 134.967,55 foram pagos em 02/12/2010, sendo emitida a Nota Fiscal 7868, conforme documentos comprobatórios extraídos do supracitado TC-044.058/2012-8 (peça 7, p. 18 e peça 18).

12.6. A Nota Fiscal 7868 foi trazida aos autos pela N Paes de Melo Júnior Comércio Eireli - EPP quando da apresentação de suas alegações de defesa neste TC-030.934/2015-0 (peça 59, p. 127). O Sr. Saulo Lins Santos figura no documento fiscal como recebedor dos produtos supostamente entregues, entretanto, essa pessoa não pertence aos quadros da FJA ou mesmo da UFPB, sendo desconhecida nessas duas instituições.

12.7. Ademais, entrevistas realizadas na FJA e na UFPB revelaram, ainda, que nunca houve contrato entre essas entidades para o fornecimento de gêneros alimentícios, inclusive, a fundação também não atuava como fornecedora de alimentos a outras pessoas físicas ou jurídicas. Ainda, e principalmente, os alimentos pagos não foram entregues na FJA, que nem mesmo tem espaço destinado ao seu armazenamento (peça 72 do TC-044.058/2012-8). Por sinal, produtos dessa natureza não guardam relação com o objeto do Convênio 240/2007 (peça 13).

12.8. Portanto, não houve a comprovação da entrega dos gêneros alimentícios supostamente contratados à N Paes de Melo Júnior Comércio Eireli – EPP para destinação à UFPB, embora tenha sido com essa finalidade que a empresa recebeu recursos federais destinados originalmente ao Convênio 240/2007. Nesse passo, mostra-se indiferente a sua ciência, ou não, quanto à origem dos recursos que lhes foram pagos, conforme argumentado na peça recursal, pois de todo modo não houve a entrega dos itens pelos quais foi remunerada.

12.9. Assim, a legitimidade para responder pelo dano apurado advém inicialmente de comandos constitucionais (artigos 70 e 71, inciso II, da CF), além da Lei Orgânica/TCU (artigo 16, inciso II), uma vez que foi beneficiária de recursos federais sem a comprovação de haver entregue alguma contraprestação (v.g. Acórdãos 2.562/2007-TCU-1.^a Câmara, rel. Min. Augusto Nardes, 7.500/2017-TCU-1.^a Câmara, rel. Min. Vital do Rego, 29/2018-TCU-Plenário, rel. Min. Augusto Nardes e 368/2018-TCU-Plenário, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues).

12.10. Sobre tema traz-se a ementa do seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal (MS 24.379/DF, Relator Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJ de 08/06/2015) (grifo acrescido):

Mandado de segurança. Competência do Tribunal de Contas da União. Inclusão dos impetrantes em processo de tomada de contas especial. Responsabilidade solidária. Ressarcimento ao erário. Ilegalidade e abuso de poder não configurados. Denegação da segurança.

1. Ao auxiliar o Congresso Nacional no exercício do controle externo, compete ao Tribunal de Contas da União a relevante missão de julgar as contas dos administradores e dos demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário (art. 71, II, da Constituição Federal).

2. Compete à Corte de Contas da União aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelece, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao Erário (art. 71, VIII, da Constituição Federal).

3. Em decorrência da amplitude das competências fiscalizadoras da Corte de Contas, tem-se que **não é a natureza do ente envolvido na relação que permite, ou não, a incidência da fiscalização da Corte de Contas, mas sim a origem dos recursos envolvidos, conforme dispõe o art. 71, II, da Constituição Federal.**

4. Denegação da segurança.

13. **Da Teoria da Aparência**

13.1. A recorrente argumenta que foi escolhida em certame licitatório e firmou contrato administrativo, sobre os quais não há questionamentos.

13.2. Afirmar que não existe comprovação de dano algum ao erário e que haveria “presunção de legalidade no fornecimento” dos bens contratados. Afirmar, ainda, que emitiu as notas fiscais necessárias e as entregou a quem de direito, juntamente com as mercadorias, e não pode ser responsabilizada por atos “eventualmente praticados por terceiros”.

13.3. Defende, então, que deve ser aplicada a chamada Teoria da Aparência, pois houve licitação para a sua contratação, a posterior assinatura de contrato e a emissão de notas fiscais. Assevera que há prova de entrega das mercadorias, e que o TCU teria reconhecido a emissão de nota fiscal no valor do débito que lhe foi atribuído, além do atesto de recebimento.

13.4. Transcreve doutrina de Orlando Gomes e Arnaldo Rizzardo sobre o tema, além de decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (peça 90, p. 6-8) e do Tribunal de Justiça de São Paulo (peça 90, p. 10).

Análise

13.5. Nesta instrução já foi registrado que não houve a prova da efetiva entrega de gêneros alimentícios pela empresa recorrente, embora tenha recebido recursos federais com essa finalidade (itens 12.6 a 12.8). Nota-se que os atos inquinados dizem respeito a uma simulação na entrega de bens, portanto não se trata de atos “eventualmente praticados por terceiros”, pois necessariamente envolveria a participação da própria recorrente.

13.6. Sobre a afirmação de que foi reconhecida a emissão de nota fiscal pelo TCU, o fato não altera a conclusão pela não entrega dos produtos, pois um documento fiscal por si só não comprova inequivocamente o efetivo fornecimento dos bens ou serviços nele descritos, se há elementos outros a indicar o contrário.

13.7. Assim, quanto à aplicação da Teoria da Aparência, não resta claro o espectro de atos para o qual a recorrente pleiteia sua incidência. Segundo o recurso em exame, se afigura que o procedimento licitatório, o contrato e a nota fiscal emitida seriam os elementos a considerar para concluir pela correção do negócio jurídico em tela. E isso incluiria, em consequência, a entrega dos gêneros alimentícios, pois justamente a falta de comprovação de que isto efetivamente ocorreu é que ensejou a responsabilização da recorrente.

13.8. Ocorre que tais elementos não superam um pressuposto em especial para a conclusão pela simulação do negócio entre a empresa e a FJA, ou seja, o recebimento dos alimentos por pessoa não existente nos quadros da fundação e tampouco da UFPB. Nesse passo, caberia à recorrente procurar demonstrar a incorreção deste achado, seja porque haveria a errônea identidade da pessoa que teria efetivamente recebido os itens entregues - pois, segundo a empresa, houve a entrega -, ou porque o receptor identificado na nota fiscal de fato existe, ao contrário do que foi constatado em auditoria na FJA.

13.9. Em resumo, a aplicação da Teoria da Aparência nos moldes em que soa pretender a recorrente não se afigura possível. A interpretação conferida àquele conceito jurídico seria no sentido de o TCU considerar a licitação, o contrato e a nota fiscal emitida como suficientes a comprovar a entrega dos bens, mas tais elementos por si sós não têm o condão de assegurar a comprovação pretendida.

13.10. Porém, houvesse a empresa comprovado, por exemplo, que efetivamente entregou os itens contratados, embora o tenha feito a pessoa que em realidade não estava habilitada para essa tarefa, poder-se-ia concluir pela pertinência de se aplicar a teoria em seu benefício. Nesse caso, a empresa, de boa-fé, haveria entregue os gêneros alimentícios a pessoa que não poderia supor ser desprovida de legitimidade para esse mister.

13.11. A par a questão da efetiva entrega dos itens, também seria de utilidade se a recorrente houvesse trazido aos autos, por exemplo, a comprovação da origem dos alimentos que afirma haver entregue à FJA. Por sinal, houve relatos sobre a ausência de fornecimento usual de alimentos aos restaurantes da UFPB pela FJA, o que caracteriza como ao menos atípica a contratação, pela fundação, junto à recorrente, do fornecimento de gêneros alimentícios para os restaurantes da universidade.

13.12. A propósito, pesquisa a sistema da Receita Federal do Brasil informa que sua atividade está relacionada ao ‘comércio atacadista em geral, com predominância de gêneros alimentícios’, portanto, em princípio não envolvendo a própria produção desses gêneros.

13.13. Ainda a respeito do ponto, veja-se uma das decisões judiciais cuja ementa foi transcrita no recurso em exame, qual seja: a Apelação Cível 70038883161 (TJRS, Relator Victor Luiz Barcellos Uma, Julgado em 25/07/2013). A ementa do *decisum* (peça 90, p. 7) informa que a apresentação de duplicatas e notas fiscais pela parte é suficiente a comprovar seu direito ao crédito, mas desde que tenha provas do recebimento pelo réu, pressuposto ausente no presente processo, como visto.

13.14. Em conclusão, não se mostra plausível a aplicação da Teoria da Aparência como sugerido no recurso.

14. **Da Prescrição**

14.1. De início, a peça recursal defende que o valor do débito não pode ser objeto de novo pedido de ressarcimento por outro “órgão ou esfera”, para evitar a dupla punição. Alude à Ação Cível 000.3851-16.2013.815.2001, com trâmite na 3.^a Vara Cível de João Pessoa/PB.

14.2. Em seguida, a recorrente afirma que incidiu a prescrição, pois entre a ocorrência dos fatos e a instauração da TCE transcorreram mais de cinco anos, e também “entre o momento em que a parte está sendo citada”.

14.3. Argumenta que “haja vista não se tratar da análise do débito em si imputado”, o prazo prescricional incidente é o do artigo 1.^o, do Decreto-Lei 20.910/1932

Análise

14.4. A alegação de prescrição assume particular relevância, dado o recente julgamento, pelo STF, do RE 636.886 (tema 899 da repercussão geral). Os significativos impactos deste julgamento foram objeto de análise pela Serur nos autos do TC 027.624-2018-8. Por economia processual, juntou-se a estes autos (peça 133) cópia do exame e do pronunciamento da unidade emitidos pela Serur naquele processo, em que foram fundamentadas as seguintes premissas, que serão consideradas no presente exame:

a) pela jurisprudência até então vigente, a pretensão punitiva exercida pelo Tribunal de Contas estava sujeita à prescrição, regida pelos critérios fixados no Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário (rel. Min. Benjamin Zymler). Por sua vez, quanto ao débito, a ação de ressarcimento era considerada imprescritível, por expressa previsão do artigo 37, § 5º, da Constituição Federal. No

entanto, ao julgar o RE 636.886, o STF conferiu nova interpretação a esse dispositivo, fixando a tese de que “*é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas*”;

b) embora o RE 636.886 tenha por objeto a execução de acórdão condenatório proferido pelo TCU, a interpretação conferida pelo STF ao artigo 37, § 5º, da Constituição, afeta a ação de ressarcimento como um todo, abrangendo não só a execução, mas também a pretensão condenatória. E, ao contrário da decisão proferida no julgamento do tema 897 (RE 852.475), no tema 899, relativo à atuação do Tribunal de Contas, a conclusão de que a pretensão de ressarcimento é prescritível foi estabelecida de forma categórica, sem ressaltar as condutas dolosas;

c) as pretensões punitiva e de ressarcimento devem observar o mesmo regime na atividade de controle externo, dado o objetivo comum da prescrição, de fixar prazo para o Tribunal de Contas agir, buscando caracterizar o ilícito, identificar seu autor, dimensionar as consequências da conduta (em especial, a quantificação do dano) e impor as consequências legais, independentemente do fato de tais consequências terem natureza punitiva ou ressarcitória;

d) o Código Civil e a Lei 9.873/1999 constituem as duas alternativas que, de forma mais consistente, polarizam os debates acerca do regime de prescrição a ser observado no processo de controle externo. Não obstante a relevância dos fundamentos utilizados no supramencionado Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, favoráveis à aplicação do Código Civil, a Lei 9.873/1999 adota balizas usuais no âmbito do Direito público, prevê causas de interrupção em tudo compatíveis com o processo de controle externo e já vem sendo utilizada pelo STF para limitar o exercício da pretensão punitiva pelo TCU, em decisões posteriores ao Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário. Assim, até que sobrevenha norma específica, entende-se que a prescrição das medidas de ressarcimento a cargo do tribunal de contas deve observar o regime Lei 9.873/1999;

e) considerando, porém, que o acórdão proferido no RE 636.886 ainda está sujeito à oposição de embargos declaratórios, não é recomendável reconhecer a prescrição desde logo, ante a possibilidade de esclarecimento da decisão em sentido diverso do ora defendido (como, por exemplo, no que se refere aos atos dolosos) ou mesmo a modulação de seus efeitos, para preservar as ações de controle instauradas com base no entendimento jurisprudencial até então vigente;

f) assim, nos casos em que a prescrição não tenha ocorrido por nenhum dos dois regimes (Código Civil ou Lei 9.873/1999), o desfecho do processo não se alterará, qualquer que seja a premissa adotada (imprescritibilidade, prescritibilidade pelo Código Civil ou pela Lei 9.873/1999), viabilizando-se o imediato julgamento. Outrossim, nas situações em que a pretensão de ressarcimento esteja prescrita por algum dos dois regimes, ou por ambos, é recomendável avaliar a conveniência de que o julgamento do processo seja sobrestado, até ulterior deliberação do Tribunal.

14.5. Partindo-se dessas premissas, passa-se ao exame da prescrição no caso em exame.

Análise da prescrição segundo os critérios do Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário]

14.6. No que se refere à pretensão punitiva, o TCU tem tradicionalmente aplicado os critérios definidos no Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, que, em incidente de uniformização de jurisprudência, orientou-se pela aplicação do Código Civil. Por este acórdão, em linhas gerais, a prescrição subordina-se ao prazo geral de dez anos (CC, art. 205), contado a partir da data da ocorrência do fato e interrompido pelo ato que ordenar a citação, a audiência ou a oitiva da parte.

14.7. Entre outras razões que justificaram a adoção desse critério destaca-se a de que o citado dispositivo constitui uma cláusula geral a ser empregada sempre que a pretensão for prescritível, mas a lei não estabelecer um prazo específico, como na hipótese.

14.8. Aplicando essas balizas ao caso em exame, verifica-se, de início, que não houve o transcurso do prazo de dez anos, ou mais, entre a ocorrência do dano e a primeira notificação ao responsável, caso em que ficaria dispensada a instauração da TCE, nos termos do artigo 6º, inciso II,

da IN/TCU 71/2012. Note-se que não houve propriamente a notificação da empresa ora recorrente na fase interna da TCE, pois seu chamamento aos autos ocorreu somente com a proposta da Secex/PB pela sua citação (peças 23-24) e, ainda assim, não houve o lapso temporal de dez anos previsto na instrução normativa, conforme explanado a seguir.

14.9. Isso porque, com a rescisão do Convênio 240/2007 em 11/10/2012, o prazo para a prestação de contas expirou em 14/10/2012, conforme Relatório de TCE Complementar (peça 11, p. 119-123), sendo esse o início da contagem do prazo prescricional (v.g Acórdãos 3.749/2018-TCU-2.^a Câmara; rel. Min. Ana Arraes e 2.278/2019-TCU-1.^a Câmara; rel. Min. Subs. Augusto Sherman). Por sua vez, o Despacho autorizando a citação da N Paes de Melo Júnior Comércio Eireli - EPP ocorreu em 20/1/2017 (peça 24), caracterizando, então, a interrupção da contagem do prazo prescricional de dez anos do Código Civil.

14.10. Portanto, não operou a prescrição para a sanção de multa, uma vez que o acórdão recorrido foi proferido em 6/2/2019. E mesmo que fosse considerada a data do pagamento à empresa, em 2/10/2010, para o início da contagem do prazo prescricional, não haveria que falar em prescrição para a multa, segundo essa linha jurisprudencial no TCU, como visto.

14.11. Ainda, considerando a premissa de que as pretensões punitiva e de ressarcimento se submetem ao mesmo regime, conclui-se que também não estaria prescrita a possibilidade de condenação ao ressarcimento, caso fossem adotados, para ambos os fins, os parâmetros definidos no Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário.

Análise da prescrição pelo regime da Lei 9.873/1999

14.12. Adotando-se as premissas fixadas na Lei 9.873/1999 ao caso em exame, observa-se que teria ocorrido a prescrição, ao contrário do emprego das diretrizes do Código Civil, conforme acima exposto. Para tanto, é preciso considerar os seguintes parâmetros:

a) Termo inicial:

14.13. A Lei 9.873/1999, artigo 1º, traz previsão expressa a respeito do início do prazo prescricional contar da “data da prática do ato”, hipótese legal que se amolda ao presente processo. No caso, como visto acima nesta instrução, a jurisprudência do Tribunal considera a data em que expira o prazo para a prestação de contas como o início da contagem prescricional, correspondendo a 14/10/2012 no presente processo. Em se considerando a data do débito como da “prática do ato”, nos termos da Lei 9.873/1999, o termo inicial seria 2/10/2010.

b) Prazo:

14.14. A Lei 9.873/1999 apresenta um prazo geral, de cinco anos (art. 1º), e um prazo especial, previsto no art. 1º, § 2º, a saber: “quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se-á pelo prazo previsto na lei penal”. A irregularidade discutida nesta TCE, de pagamento irregular, se enquadra em hipótese que atrai o prazo geral da norma.

c) Interrupções por atos inequívocos de apuração dos fatos:

14.15. No regime da Lei 9.873/1999, a prescrição se interrompe “por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato” (artigo 2º, II). Assim, os seguintes atos que impulsionaram a apuração dos fatos foram identificados neste processo:

- instauração da TCE pela Portaria R/GR/157, de 9/11/2012 (peça 2, p. 5);
- expedição do Ofício/13/2014/Comissão/GR, de 5/5/2014, para a notificação do fiscal do Convênio 240/2077, solicitando apresentar razões de justificativa e documentação comprobatória quanto às ocorrências verificadas no processo de TCE (peça 9, p.51-67);

- expedição do Ofício/14/2014/Comissão/GR, de 5/5/2014, para a notificação do Diretor Executivo da Fundação José Américo para apresentar razões de justificativa e documentação comprobatória quanto às ocorrências verificadas no processo de TCE (peça 9, p.69-85);

- emissão de Relatório de TCE, de 16/07/2014 (peça 9, p.145-171);

- emissão de Relatório TCE Complementar, de 13/11/2014 (peça 9, p. 209-233);

- emissão de Relatório de TCE Complementar, de 27/11/2014 (peça 9, p. 257-281);

- emissão de Relatório de TCE Complementar, de 14/3/2015 (peça 11, p. 64-74);

- Despacho recomendando a reanálise do processo de TCE, de 30/04/2015 (peça 11, p. 84-90);

- Relatório de TCE Complementar (e Final), de 28/7/2015 (peça 11, p. 119-123);

- Ofício de Citação 0087/2017-TCU/Secex-PB, de 23/1/2017, foi recebido em 2/2/2017 (peças 30 e 35).

d) Interrupções pela citação dos responsáveis:

14.16. A prescrição também é interrompida “pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital”, nos termos do artigo 2º, I, da Lei 9.873/1999. E, no regime dessa lei, a interrupção se dá pela citação propriamente dita, e não pelo despacho que a ordena. Em vista desse fundamento, nota-se que o Ofício de Citação 0087/2017-TCU/Secex-PB, de 23/1/2017, foi recebido em 2/2/2017 (peças 30 e 35).

e) Interrupção pela decisão condenatória recorrível:

14.17. Por fim, a prescrição também se interrompe “pela decisão condenatória recorrível” (artigo 2º, III, da Lei 9.873/1999). Com esse fundamento, houve a interrupção em 6/2/2019, data da sessão em que foi proferido o acórdão condenatório (peça 85). Essa interrupção é relevante, por estabelecer prazo para julgamento do recurso.

f) Da prescrição intercorrente:

14.18. Nos termos do artigo 1º, § 1º, da Lei 9.873/1999, opera-se a prescrição intercorrente se o processo ficar paralisado por mais de três anos, aguardando “julgamento ou despacho”.

14.19. Note-se que há uma correlação entre essa hipótese e as causas de interrupção da prescrição do artigo 2º. Com efeito, uma vez interrompida a prescrição por alguma das hipóteses do art. 2º, o processo não pode ficar inativo, sem qualquer inovação processual relevante, por mais de três anos.

14.20. Trata-se de prazo específico, não se aplicando nem o prazo geral de cinco anos nem o prazo especial, da lei penal (§ 2º). A finalidade da prescrição intercorrente, com seu prazo próprio, é a de assegurar a eficiência e celeridade nas apurações administrativas. Seria contrário a essa finalidade a paralisação injustificada do processo por período maior que o triênio estabelecido para a hipótese.

14.21. A extrapolação do prazo de três anos, sem inovação relevante no processo, pode configurar negligência. Por isso, além de se operar a prescrição, deve-se promover a “apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso”.

14.22. Em muitas situações o exame da prescrição intercorrente pode ficar prejudicado nos processos já em tramitação no TCU. Como a ação de ressarcimento era considerada imprescritível, as peças que compõem a tomada de contas especial, elencadas no artigo 10 da Instrução Normativa-TCU 71/2012, não contemplam informações pormenorizadas quanto ao andamento do processo na fase interna, o que pode prejudicar a análise de eventual paralisação por mais de três anos.

14.23. Assim, caso o tribunal venha a adotar a sistemática da Lei 9.873/1999 para aferir a prescrição, convém avaliar, oportunamente, a possibilidade de ajustes na IN-TCU 71/2012, para que as tomadas de contas especiais encaminhadas ao tribunal contemplem informações sobre as interrupções ocorridas na fase interna do procedimento (como, por exemplo, declaração do órgão

instaurador da TCE, de que o processo não ficou paralisado por mais de três anos, na forma do art. 1º, § 1º, da citada lei).

14.24. Especificamente quanto a esta TCE, as causas de interrupção elencadas acima permitem evidenciar que o processo teve andamento regular de modo a evitar a incidência da prescrição, seja a intercorrente, seja pelo prazo geral da Lei 9.873/1999, pois entre a instauração da TCE, em 9/11/2012, e o acórdão ora recorrido, em 6/2/2019, não houve algum período sem algum ato relevante para a apuração dos fatos que chegasse, respectivamente, a três ou a cinco anos.

g) Conclusão:

14.25. Observa-se, pelos eventos indicados, que não transcorreu prazo suficiente para se operar a prescrição, tomando-se por referência a Lei 9.873/1999, tida pelo STF como norma regente da prescrição da pretensão punitiva pelo TCU.

14.26. Partindo-se da premissa de que a pretensão reparatória segue as mesmas balizas, enquanto não houver norma específica a respeito, a demonstração de que não operou a prescrição punitiva impõe, como consequência, a conclusão de que também é viável a condenação ao ressarcimento do prejuízo apurado nos autos.

Conclusão sobre a prescrição

14.27. Em vista das análises precedentes sobre a aplicação das regras sobre prescrição previstas no Código Civil e na Lei 9.873/1999, conclui-se que não operou a prescrição pelo Código Civil e tampouco pela Lei 9.873/1999.

14.28. Sobre o Decreto-Lei 20.910/1032, mencionado no recurso, a norma não é aplicada aos processos de controle externo com trâmite no TCU, por afrontar os princípios da igualdade e da autonomia dos entes da federação, conforme jurisprudência do Tribunal (v.g. Acórdãos 825/2014-TCU-2ª Câmara, rel. Min. José Jorge, 2.745/2016-TCU-2ª Câmara, rel. Min. Ana Arraes, 13.193/2016-TCU-2ª Câmara, rel. Min. Ana Arraes e 1.019/2018-TCU-1ª Câmara, rel. Min. Subs. Augusto Sherman). Ademais, a norma trata das dívidas passivas da União, Estados e Municípios, bem como do direito e das ações contra os entes da federação, não se confundindo com o caso em exame.

14.29. Por fim, cabe tecer alguns comentários em relação ao argumento de que a Ação Cível 000.3851-16.2013.815.2001, com trâmite na 3ª Vara Cível de João Pessoa/PB, faria despiendo o presente processo de TCE. A ação foi proposta pela FJA em face de alegados desvios de recursos geridos pela fundação, sendo deferida tão somente medida cautelar para o bloqueio de bens dos réus (peça 59, p. 142). Atualmente o processo continua em tramitação, sem decisão de mérito, conforme pesquisa ao site da Justiça Estadual em João Pessoa/PB.

14.30. Nesse passo, registra-se que o princípio da independência das instâncias autoriza a instauração de processo de controle externo pelo TCU, de previsão constitucional e natureza administrativa, portanto, diversa dos processos judiciais. Ainda, no tribunal de contas há a hipótese da sanção de multa, além do julgamento das contas, consequências para além da eventual condenação judicial. Porém, no caso de haver condenação relativa ao dano ao erário, nas esferas judicial e administrativa, a parte poderá adotar as providências cabíveis de modo a levar o fato ao conhecimento do órgão que melhor lhe aprouver, a fim de não arcar com um incabível duplo ressarcimento ao erário.

14.31. Segue julgado do STF a respeito do ponto: (MS 25.880/DF, Relator Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJ de 16/3/07) (grifos acrescidos):

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA. ART. 71, II, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E ART. 5º, II E VIII, DA LEI N. 8.443/92. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 148 A 182 DA LEI N. 8.112/90. INOCORRÊNCIA. PROCEDIMENTO DISCIPLINADO NA LEI N. 8.443/92. **AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PREJUDICIALIDADE DA**

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS CIVIL, PENAL E ADMINISTRATIVA. QUESTÃO FÁTICA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SEGURANÇA DENEGADA.

1. A competência do Tribunal de Contas da União para julgar contas abrange todos quantos derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário, devendo ser aplicadas aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, lei que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado aos cofres públicos [art. 71, II, da CB/88 e art. 5º, II e VIII, da Lei n. 8.443/92].

2. A tomada de contas especial não consubstancia procedimento administrativo disciplinar. Tem por escopo a defesa da coisa pública, buscando o ressarcimento do dano causado ao erário. Precedente [MS n. 24.961, Relator o Ministro CARLOS VELLOSO, DJ 04.03.2005].

3. Não se impõe a observância, pelo TCU, do disposto nos artigos 148 a 182 da Lei n. 8.112/90, já que o procedimento da tomada de contas especial está disciplinado na Lei n. 8.443/92.

4. O ajuizamento de ação civil pública não retira a competência do Tribunal de Contas da União para instaurar a tomada de contas especial e condenar o responsável a ressarcir ao erário os valores indevidamente percebidos. Independência entre as instâncias civil, administrativa e penal.

[...]

CONCLUSÃO

15. Das análises anteriores, conclui-se que:

a) a participação da recorrente na TCE não foi ilegítima, possui fundamentação legal com esteio na Constituição Federal e na Lei Orgânica/TCU, além de seu pressuposto de fato ser o recebimento de recursos federais sem qualquer contraprestação efetivamente comprovada;

b) não cabe aplicar a Teoria da Aparência em benefício da recorrente, uma vez que há circunstância objetiva que a desautoriza, qual seja; o atesto do recebimento de itens supostamente entregues por pessoa sem identificação;

c) em decorrência do sentido e alcance do artigo 37, § 5º, da Constituição Federal, definidos pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário 636.886, é prescritível a pretensão reparatória exercida pelo tribunal de contas. Os fundamentos da decisão e a ausência de ressalvas na enunciação da tese permitem concluir que a ação de ressarcimento pode se desenvolver a qualquer tempo, na hipótese de condutas dolosas, apenas no âmbito judicial, sujeitando-se à prescrição na esfera administrativa;

d) até que sobrevenha norma específica para disciplinar a prescrição relativa à atuação do tribunal de contas, entende-se aplicável o regime previsto na Lei 9.873/1999. Referida lei contempla parâmetros que preponderam no conjunto de normas de direito público e que são compatíveis com o rito do processo de controle externo, e já é utilizada pelo STF para estabelecer limitação temporal ao exercício da pretensão punitiva pelo TCU;

e) aplicando-se os parâmetros do Código Civil (Acórdão 1.141/2016-TCU-Plenário), bem como os ditames da Lei 9.873/1999 à situação em exame, verifica-se que não operou a prescrição;

DA PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

16. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise do recurso de reconsideração interposto por N Paes de Melo Júnior Comércio Eireli – EPP contra o Acórdão 194/2019-TCU-Plenário, propondo-se, com fundamento nos artigos 32, I e 33, da Lei 8.443/1992, e artigo 285, do RI/TCU:

a) conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento;



b) dar conhecimento da decisão que vier a ser proferida à recorrente e aos demais interessados.

TCU/Secretaria de Recursos, em 12/6/2020.

Roberto Orind
Auditor Federal de Controle-Externo, mat. 3833-4.