

Proc. TC-019.574/2015-0
Tomada de Contas Especial
Recurso de Revisão

Parecer

Trata-se de Recurso de Revisão interposto pelo Senhor Sandoval José de Luna, prefeito de Cupira/PE nos mandatos 2009/2012 e 2013/2016, contra o Acórdão n.º 5.502/2017-TCU-2.ª Câmara, que julgou irregulares suas contas e condenou-o em débito e multa, devido à ausência de funcionalidade do objeto executado no âmbito do Contrato de Repasse n.º 198.111-07/2006, que visou à implantação de salas de inclusão digital no centro de treinamento poliesportivo do município em questão.

2. Embora a Caixa Econômica Federal, em vistoria ao local em 16/08/2010, tenha atestado a execução de 95,41% das metas previstas, vistoria realizada posteriormente, em 12/08/2014, ainda na vigência do segundo mandato do Senhor Sandoval José de Luna, indicou problemas de degradação, inundação, infiltração e umidade nas salas de inclusão digital, inclusive no local em que os equipamentos adquiridos estavam armazenados e sem condições de utilização (peça 1, p. 173).

3. A condenação do responsável decorreu, portanto, da ausência de evidências ou indícios de que, no interregno das duas vistorias (período de 2010 a 2014), as salas de informática tivessem servido às atividades previstas, beneficiando a população local.

4. Em sede de Recurso de Revisão ora em exame, o responsável, no intuito de comprovar a regular execução do ajuste, traz aos autos cópias de fotografias da suposta inauguração das salas de informática e certificados de conclusão de cursos que teriam sido ministrados em 2010 (peça 47, p. 3-5 e peça 48).

5. A propósito da visita *in loco* pela Caixa em 2014, o ex-prefeito reconhece que as aulas estiveram paralisadas devido a uma infiltração nas salas e, por conta disso, os equipamentos haviam sido retirados da sala para preservação. Mas, segundo alega o recorrente, o núcleo tecnológico teria ficado desativado somente por determinado período, em razão do caso fortuito (peça 47, p. 5-7).

6. Bem assim, sustenta que sua boa-fé na execução do contrato de repasse foi reconhecida em sentença judicial que julgou improcedente ação de improbidade administrativa movida na Justiça Federal de Pernambuco, por ausência de dolo (peça 47, p. 6-7 e peça 49).

7. A Secretaria de Recursos considerou que os novos documentos não se prestam para alterar a decisão de mérito consubstanciada no acórdão contestado, com exceção de erro de cálculo no valor do débito que fora imputado ao responsável, do qual não se deduziu o montante de R\$ 26.188,93 devolvido aos cofres federais em 20/5/2014 (peça 1, p. 143, e peça 50). Em virtude disso, a Unidade Técnica propõe conhecer do recurso para, no mérito, dar-lhe provimento parcial, no sentido de reduzir o valor do débito e, proporcionalmente, da multa aplicada ao Senhor Sandoval José de Luna (peças 70 a 72).

8. Anuímos ao encaminhamento de mérito sugerido pela Unidade Técnica. De fato, os documentos trazidos aos autos nesta etapa recursal, em confronto com os que já constavam da instrução processual, não permitem concluir que as salas equipadas com recursos do contrato de repasse tenham sido utilizadas em benefício da comunidade. Tampouco vislumbramos ter havido qualquer prejuízo ao pleno exercício do direito de defesa por parte do responsável.

9. Os poucos certificados acostados à peça 48, além de fazerem referência a cursos realizados em 2010, anteriormente à data da suposta inauguração das salas de aula em 2011, não mencionam a carga horária dos treinamentos e o local em que foram realizados. Bem assim, não há cópia do contrato firmado pela Prefeitura Municipal com a empresa responsável por prestar os referidos serviços, nem a respectiva documentação fiscal.

10. Outrossim, afora a baixa eficácia probatória de evidências baseadas em registros fotográficos, as fotografias ora anexadas, relativas à pretensa inauguração das salas de aula em 2011, não se prestam para comprovar o alegado pelo recorrente. Isso porque, além de não registrarem a data em que foram feitas, os elementos retratados nas fotos em questão são nitidamente diferentes dos constantes dos registros fotográficos das vistorias realizadas pela Caixa Econômica Federal em outubro de 2009 e em agosto/2014

(peça 1, pp. 111-117, 173-177), no tocante ao tipo de mesas, cadeiras e luminárias, e à ausência de aparelhos de ar condicionado, e armários. Tal incongruência, mais do que mera formalidade, constitui indício de que as fotos agora trazidas à colação pelo Senhor Sandoval José de Luna se referem à inauguração de instalações distintas das que foram implantadas no âmbito do Contrato de Repasse n.º 198.111-07/2006.

11. Portanto, subsiste a irregularidade que ensejou a condenação do responsável em débito e multa, atinente à não comprovação de que o objeto executado tenha de fato servido às necessidades da população, ainda que por algum tempo, até a ocorrência da inundação e a subsequente desativação das instalações. Deve-se, contudo, dar provimento parcial ao recurso para reduzir os valores do débito e da multa indicados no Acórdão n.º 5.502/2017-TCU-2.^a Câmara, conforme proposto pela Secretaria de Recursos.

12. Dito isso, e tendo em conta a improcedência da ação judicial de improbidade administrativa movida contra o ex-prefeito, cumpre-nos registrar a inoccorrência da prescrição da pretensão ressarcitória e punitiva da Corte de Contas no caso vertente. Inobstante não tenha sido suscitado expressamente pelo recorrente em sua peça recursal, assim procedemos por dever de ofício, visto que a prescrição constitui matéria de ordem pública que foi objeto de repercussão geral admitida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 636.886 (tema 899), cujo recente julgamento veio complementar a tese, também fixada com repercussão geral, extraída do Recurso Extraordinário 852.475 (tema 897).

Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento fundada em decisão de Tribunal de Contas

13. Como mencionado, a matéria foi objeto de repercussão geral admitida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 636.886 (tema 899). Por ocasião do julgamento desse RE, foi fixado o entendimento de que *“é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”*.

14. Para melhor compreensão do alcance dessa tese, cumpre-nos transcrever trecho do voto condutor daquele julgamento, da lavra do Ministro Relator Alexandre de Moraes:

“Em conclusão, nos termos das fundamentações e decisões Plenárias do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa Lei 8.429/1992 (TEMA 897). Em relação a todos os demais atos ilícitos, inclusive àqueles atentatórios à probidade da administração não dolosos e aos anteriores à edição da Lei 8.429/1992, aplica-se o TEMA 666, sendo prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública.

Entendo que, as razões que levaram a maioria da CORTE a estabelecer excepcional hipótese de imprescritibilidade, no tema 897, não estão presentes em relação as decisões do Tribunal de Contas que resultem imputação de débito ou multa, e, que, nos termos do §3º, do artigo 71 da CF, tem eficácia de título executivo; sendo, portanto, prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada nessas decisões; uma vez que, (a) a Corte de Contas, em momento algum, analisa a existência ou não de ato doloso de improbidade administrativa; (b) não há decisão judicial caracterizando a existência de ato ilícito doloso, inexistindo contraditório e ampla defesa plenos, pois não é possível ao imputado defender-se no sentido da ausência de elemento subjetivo.

Ressalte-se, ainda, que, com base nas decisões do Tribunal de Contas, paralelamente à ação de execução, será possível o ajuizamento de ação civil de improbidade administrativa para, garantido o devido processo legal, ampla defesa e contraditório, eventualmente, condenar-se o imputado, inclusive a ressarcimento ao erário, que, nos termos da tese fixada no TEMA 897, será imprescritível.”

15. Não resta dúvida, portanto, que o STF sedimentou o entendimento de que são prescritíveis as pretensões de ressarcimento fundadas em decisões do TCU, excepcionando apenas aquelas ações que configurem atos de improbidade administrativa dolosos tipificados na Lei n.º 8.429/1992.

16. Impende salientar que o instituto da repercussão geral apresenta o chamado efeito multiplicador, ou seja, o de possibilitar que o Supremo Tribunal Federal decida uma única vez e que, a partir dessa decisão, os processos idênticos sejam atingidos. No regime da repercussão geral introduzido pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, o STF divulga previamente a conclusão sobre a questão

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Gabinete da Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva

constitucional controversa exatamente para possibilitar sua utilização imediata como orientação aos demais órgãos julgadores, sendo certo que esse efeito *erga omnes* também atinge o TCU na apreciação das matérias de sua competência.

17. Não se olvide ainda do entendimento consolidado da Suprema Corte no sentido de que a existência de precedente firmado pelo Plenário autoriza o **juízo imediato** de causas que versem sobre o mesmo tema, independentemente da publicação ou do trânsito em julgado do “*leading case*” (ARE 673.256-AgR, rel. Min. Rosa Weber; ARE 930.647-AgR/PR, rel. Min. Roberto Barroso; RE 611.683-AgR/DF, rel. Min. Dias Toffoli, entre outros).

18. Adicionalmente, deve ser considerado que a prescrição e a decadência são matérias de ordem pública que podem ser arguidas em qualquer tempo e grau de jurisdição e, inclusive, ser reconhecidas de ofício pelo julgador, o que nos leva à convicção de que o novo entendimento veiculado pelo RE 636.886 (tema 899) tem aplicação imediata a todos os processos em curso no TCU, independentemente da época da ocorrência dos fatos.

Prescritibilidade das pretensões reparatória e executória

19. Embora a controvérsia dirimida no RE 636.886 tenha sido circunscrita à prescrição ocorrida no curso da execução, quando o dano ao erário já havia sido objeto de acertamento, materializado em acórdão condenatório proferido pelo TCU, é necessário considerar as razões essenciais da decisão, para identificar seus reflexos também no que diz respeito à prescrição reparatória.

20. Observa-se que, para resolver a lide, o STF concluiu que a ressalva constante da parte final do art. 37, § 5.º, da Constituição Federal (“ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”) não criou uma hipótese de imprescritibilidade apta a alcançar as decisões dos Tribunais de Contas. É o que se depreende do seguinte trecho do Voto do Ministro Alexandre de Moraes:

“A ressalva que permaneceu no § 5º do art. 37 da CF (ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento), mesmo após a retirada da expressão QUE SERÃO IMPRESCRITÍVEIS [expressão excluída por emenda do Plenário quando da apresentação do Projeto de Constituição da Comissão de Sistematização], teve por finalidade evitar, principalmente, uma anomia em relação à possibilidade de ressarcimento ao erário em face de responsabilização pela prática de eventuais atos ilícitos, enquanto ainda não tipificados pela lei exigida no § 4º do art. 37 da CF como atos de improbidade administrativa.

A ressalva prevista no § 5º do art. 37 da CF não pretendeu estabelecer uma exceção implícita de imprescritibilidade, mas obrigar constitucionalmente a recepção das normas legais definidoras dos instrumentos processuais e dos prazos prescricionais para as ações de ressarcimento do erário, inclusive referentes a condutas ímprobas, mesmo antes da tipificação legal de elementares do denominado ato de improbidade (Decreto 20.910/1932, Lei 3.164/1957, Lei 3.502/1958, Lei 4.717/1965, Lei 7.347/1985, Decreto-Lei 2.300/1986); mantendo, dessa maneira, até a edição da futura lei e para todos os atos pretéritos, a ampla possibilidade de ajuizamentos de ações de ressarcimento.”

21. Ocorre que, no âmbito do processo perante o TCU, a proteção do art. 37, § 5.º, da CF, era a fonte utilizada na defesa da imprescritibilidade tanto na fase condenatória como no curso da execução dos títulos extrajudiciais consubstanciados nos seus acórdãos.

22. Nesse diapasão, é forçoso concluir que também é prescritível a pretensão de ressarcimento exercida pelo TCU com o fim de apurar a ocorrência de prejuízo ao erário e condenar o agente que lhe deu causa. Essa conclusão resulta das razões de decidir utilizadas na paradigmática decisão da Corte Suprema, que delimitaram o sentido e o alcance da ressalva contida no art. 37, § 5.º, da Constituição Federal.

Regras prescricionais aplicáveis

23. Na situação específica do RE 636.886, que tratou da prescrição da pretensão ressarcitória na fase de execução de julgado do TCU, o STF aplicou as regras de prescrição contidas na Lei de Execução Fiscal (conjugada com os dispositivos pertinentes do Código Tributário Nacional).

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Gabinete da Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva

24. As regras da Lei de Execução Fiscal, no entanto, não se prestam a disciplinar a prescrição da pretensão reparatória do TCU na fase anterior à formação do respectivo título executivo extrajudicial consubstanciado em seu acórdão condenatório.

25. Ocorre que não há norma legal específica que discipline a prescrição no processo de controle externo, o que faz necessária a utilização da analogia para suprir essa lacuna, buscando-se um sistema normativo já existente que seja mais compatível com as atividades de identificação de dano e de imputação de responsabilidades levadas a efeito pelo TCU.

26. Aqui defendemos que deva ser aplicado o mesmo marco normativo prescricional tanto para a pretensão punitiva do Tribunal quanto para a sua pretensão de ressarcimento do dano ao erário. Isso se justifica na medida em que o instituto da prescrição busca indicar se ainda é possível ao Tribunal de Contas exercer a apuração e julgamento dos fatos, independentemente do desfecho do processo (imputação de débito ou aplicação de sanções). Ademais, sob a perspectiva do tempo como vetor da segurança jurídica e da própria prescrição como elemento indissociável do devido processo legal, a fixação de um prazo prescricional também objetiva não comprometer a possibilidade de defesa do responsável. E sua defesa normalmente se refere a fatos em relação aos quais teve participação ou conhecimento, independentemente de, após a apuração, as consequências de sua responsabilidade se situarem no âmbito do ressarcimento ou da sanção.

27. Cabe pontuar que houve ampla discussão acerca da prescrição da pretensão punitiva no Tribunal, que culminou com a adoção do prazo de dez anos do Código Civil (Acórdão n.º 1.441/2016-TCU-Plenário), em detrimento do regime de prescrição quinquenal da Lei n.º 9.873/1999, o qual então nos parecia mais adequado, conforme expusemos detalhadamente em manifestação exarada nos autos do TC 020.635/2004-9.

28. Naquela oportunidade, já não vislumbrávamos 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.

29. Parecia-nos que a opção pelo prazo prescricional quinquenal previsto na Lei n.º 9.873/1999 era a mais consentânea com a atuação estatal de 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.

30. Com efeito, embora o controle externo não seja exercido com respaldo no poder de polícia mencionado no art. 1.º do diploma legal *supra*, a atuação punitiva de ambos apresenta mais similaridades do que diferenças, autorizando o uso da analogia. Uma das semelhanças 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 persequendi* e *jus puniendi*), aproximando as duas esferas de atuação sobremaneira.

31. Ademais, observávamos que a Lei n.º 9.873/1999 disciplinava 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, com disposições sobre termo inicial de contagem do prazo, interrupção e suspensão.

32. Também a previsão da prescrição intercorrente no prazo de 3 (três) anos (art. 1.º, § 1.º, da lei) se afigura 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, que recomendava a integração analógica por meio da Lei n.º 9.873/1999.

33. De todo modo, o Tribunal perfilhou entendimento diverso, tendo uniformizado sua jurisprudência quanto à prescrição da pretensão punitiva com a adoção do prazo decenal geral do Código Civil (Acórdão n.º 1.441/2016-TCU-Plenário).

34. No entanto, entendemos que, com o recente reconhecimento da prescritibilidade do débito pelo STF, faz-se necessário revisitar toda a matéria.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Gabinete da Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva

35. Em situações que versavam sobre sanções aplicadas pelo TCU, a prescrição foi discutida pelo STF em julgamentos posteriores ao Acórdão n.º 1.441/2016-TCU-Plenário. Houve decisões colegiadas de ambas as turmas do STF no sentido de que a pretensão punitiva no processo de controle externo é regida pela Lei n.º 9.873/1999 (1.ª Turma: MS 32.201, DJe-173, 4/8/2017; 2.ª Turma: MS 35.512-AgR, DJe-135, 19/6/2019 e MS 36.067, DJe-234, 28/10/2019).

36. A matéria foi objeto de detalhada análise no MS 32.201. Nesse julgamento, após examinar os fundamentos do Acórdão n.º 1441/2016-TCU-Plenário, o STF manifestou-se em sentido diverso, nos termos da seguinte ementa:

“Direito administrativo. Mandado de segurança. Multas aplicadas pelo TCU. Prescrição da pretensão punitiva. Exame de legalidade.

1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada integralmente pela Lei n.º 9.873/1999, seja em razão da interpretação correta e da aplicação direta desta lei, seja por analogia. (...).”

37. O critério utilizado pelo STF no exame da prescrição punitiva pode ter aplicação mais ampla, para ser utilizado como fonte de integração também no que diz respeito à pretensão reparatória, até que haja a edição de norma específica.

38. Cabe destacar que o prazo de cinco anos fixado na Lei n.º 9.873/1999 é compatível com a diretriz de que a ação e a execução prescrevem no mesmo prazo (Súmula 150 do STF), e o prazo quinquenal foi adotado pelo STF para a execução do acórdão condenatório do TCU (RE 636.886).

39. Ressalte-se, ainda, que, na ausência de norma em contrário, o princípio da simetria orienta que o Poder Público tenha, para agir, o mesmo prazo que a lei estabelece para a pretensão inversa, ou seja, para quando o Estado é demandado, sendo certo que a pretensão de ressarcimento exercida pelo particular contra o Estado observa o prazo quinquenal fixado pelo Decreto n.º 20.910/1932.

40. Além disso, a Lei n.º 9.873/1999 apresenta hipóteses detalhadas quanto aos outros aspectos da regulação da prescrição (termo inicial e causas interruptivas), compatíveis com as peculiaridades do processo de controle externo como um todo (e não apenas quando tal processo se destina à aplicação de sanções).

41. No que toca às causas interruptivas, vale ressaltar que, nos julgamentos dos Mandados de Segurança 32.201 e 36.067, o Supremo Tribunal Federal descortinou diversos procedimentos de controle que se enquadrariam analogicamente às hipóteses previstas no art. 2.º da Lei n.º 9.873/1999, a exemplo de lavratura de relatório de auditoria, certamente um ato inequívoco que importa a apuração do fato (art. 2.º, II), instauração de tomada de contas especial, também um ato inequívoco que importa a apuração do fato (art. 2.º, II), autuação da TCE no Tribunal, do mesmo modo (art. 2.º, II), citação do responsável (art. 2.º, I), e exercício do poder punitivo por meio da prolação de acórdão condenatório (art. 2.º, III).

42. Por fim, cumpre transcrever trecho do Voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do RE 636.886, em que justifica a adoção supletiva do art. 1.º da Lei n.º 9.873/1999 para o deslinde da questão:

“Considerando que a atividade de controle externo, a cargo do Poder Legislativo e auxiliado pelo Tribunal de Contas, é exercida, mutatis mutandis, como poder de polícia administrativa lato sensu, cujo objeto é agir preventiva ou repressivamente em face da ocorrência de ilícito que possa causar ou cause prejuízo ao erário, entendendo aplicável o prazo quinquenal punitivo para os casos de ressarcimento aos cofres públicos, salvo em se tratando de fato que também constitua crime, ocasião em que a prescrição rege-se-á pelo prazo previsto na lei penal. Até porque, como garantia fundamental do cidadão fiscalizado, conforme visto, é etapa obrigatória a efetivação do contraditório e da ampla defesa no processo de tomada de contas para que, após o regular processo administrativo, culmine-se com o título executivo extrajudicial que enseje a cobrança judicial visando ao ressarcimento ao erário.”

43. Isto posto, até que sobrevenha norma específica, entendemos que a adoção do regime previsto na Lei n.º 9.873/1999 apresenta-se como solução adequada para regular a prescrição para a atuação do Tribunal, tanto por observar os parâmetros que preponderam no conjunto de normas do direito público, como por ser, também, a norma que já vem sendo utilizada pelo STF para reger a limitação temporal ao poder sancionador do TCU.

Exame da prescrição no caso concreto

44. O ajuste, com as diversas prorrogações de prazo efetuadas, vigeu no período de 29/12/2006 a 30/12/2011. A implantação do empreendimento teve início em junho de 2008, e a execução física de 95,41% foi atestada pela Caixa em vistoria realizada em agosto/2010. A pendência relativa à comprovação de funcionalidade foi informada ao então prefeito em setembro/2011 e posteriormente em janeiro e abril/2013 (peça 1, pp.3-19, 149, 157). A última vistoria *in loco* foi realizada em agosto de 2014, com vistas a compor a documentação da Tomada de Contas Especial instaurada pela Caixa Econômica Federal (peça 1, p. 169-177). O processo, remetido para apreciação da Corte de Contas em agosto/2015, foi regularmente instruído, tendo-se facultado ao responsável oportunidade para se manifestar acerca das irregularidades a ele imputadas, mediante citação efetivada em junho/2016. Finalmente, em junho/2017, foi prolatado o acórdão condenatório, ora recorrido.

45. Portanto, a sucessão dos eventos interruptivos acima descritos, consoante aplicação analógica do regime previsto na Lei n.º 9.873/1999, sem que tenha havido o decurso do prazo prescricional fixado em seu art. 1.º, revela a inoccorrência de prescrição no caso concreto.

46. Com essas considerações, esta representante do Ministério Público de Contas manifesta-se de acordo com a proposta de se conhecer do Recurso de Revisão interposto pelo Senhor Sandoval José de Luna contra o Acórdão n.º 5.502/2017-TCU-2.ª Câmara para, no mérito, dar-lhe provimento parcial, nos moldes propostos pela Secretaria de Recursos às peças 70-72.

Ministério Público de Contas, 15 de outubro de 2020.

Cristina Machado da Costa e Silva
Procuradora-Geral