

Processo 030.934/2015-0
Tomada de Contas Especial
Recurso de Reconsideração

Parecer

Cuidam os autos de recurso de reconsideração interposto pela empresa N Paes de Melo Júnior Comércio Eireli (peça 90) contra o Acórdão 194/2019-TCU-Plenário (relatora: Ministra Ana Arraes – peça 85).

2. Por meio da deliberação recorrida, o TCU julgou irregulares as contas da recorrente, com a condenação, em solidariedade com outros responsáveis, ao pagamento do débito no valor de R\$ 134.967,55, com data de ocorrência em 2/10/2010. Além disso, à empresa N Paes de Melo Júnior foi aplicada multa no montante de R\$ 22.000,00, com fundamento no art. 57 da Lei 8.443/1992.

3. Transcrevem-se, a seguir, os principais trechos do voto proferido pela Ministra Ana Arraes no Acórdão 194/2019-TCU-Plenário (peça 86), nos quais restaram evidenciados o contexto no qual foram perpetradas as irregularidades atribuídas à recorrente e os motivos que justificaram sua condenação pelo Tribunal:

4. (...) as empresas N Paes de Melo Júnior Comércio Eireli - EPP e Clóvis Araújo da Silva [foram arroladas como responsáveis nesta TCE] devido aos pagamentos irregulares a elas feitos com recursos do Convênio 240/2007 por suposto fornecimento de produtos alimentícios à Fundação José Américo [conveniente], fato que não possuía qualquer relação com o objeto conveniado e que nunca se concretizou (...).

(...)

15. Relembro que esta tomada de contas especial foi instaurada em atendimento ao subitem 9.2 do Acórdão 1.454/2014-Plenário, prolatado no processo de representação formulada pela Secex/PB acerca de irregularidades ocorridas na Fundação José Américo - FJA, fundação de apoio à Universidade Federal da Paraíba – UFPB [concedente], relacionadas à gestão de convênios e contratos firmados com a universidade e com outros entes federais.

(...)

49. (...) a única documentação apresentada agora pela empresa N Paes de Melo Júnior [em sede de alegações de defesa] mereceu a seguinte análise da unidade técnica:

“15.3.7. A única documentação apresentada foi a cópia da Ação 0003851-16.2013.815.2001, movida pela FJA contra a N Paes de Melo Júnior Comércio Eireli – EPP e outros. No âmbito daquele processo, encontra-se, à peça 59, p. 127, uma Nota Fiscal de vários produtos alimentícios emitida em favor da Fundação José Américo, com data de emissão ilegível e no valor total de R\$ 134.967,55.

15.3.8. Embora a referida Nota Fiscal contenha um carimbo de recebimento dos produtos, o suposto recebedor, Saulo Lins Santos, não é empregado da Fundação José Américo ou da UFPB e não é conhecido, conforme relatado no item 31 da instrução de peça 23, p. 6:

‘a fundação nunca teve com a UFPB contrato para fornecimento de gêneros alimentícios; não aconteceu falta de alimentos nos almoxarifados dos restaurantes universitários, nem fornecimento, pela Fundação, aos restaurantes; a fundação não fornece alimentos a pessoa

jurídica ou física; os gêneros alimentícios pagos não foram entregues na sede da fundação, endereço de destino; a fundação não tem condições de armazenamento de alimentos”

50. Em conclusão, **a referida empresa não logrou êxito em comprovar a entrega das mercadorias, apesar de ter recebido recursos federais para tanto.**

(grifo nosso)

4. Após examinar o recurso de reconsideração, o Auditor Federal de Controle Externo (AUFC) da Secretaria de Recursos do Tribunal (Serur), nos termos da instrução à peça 135 (parecer concordante do diretor à peça 136), sugeriu o conhecimento do recurso e, no mérito, a negativa de provimento.

5. As conclusões que levaram o AUFC a consignar o mencionado desfecho no encaminhamento de sua instrução (parágrafo 16 – peça 135, p. 11-12) foram as seguintes:

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**;

(peça 135, p. 11 – grifos nossos)

6. O titular da unidade técnica, no pronunciamento à peça 137, promoveu ajuste apenas em relação ao marco inicial utilizado pelo AUFC para a contagem do marco prescricional¹, efetuado com base na Lei 9.873/1999, sem que houvesse alteração quanto à proposta de encaminhamento consignada ao final da instrução à peça 135:

3. Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) retratado no voto do ministro Roberto Barroso, no MS 32.201, assim como no voto do ministro Gilmar Mendes, no RE

¹ Instrução à peça 135 (p. 8), na qual o AUFC não deixou claro se o seu posicionamento seguia a “jurisprudência do Tribunal” ou corresponderia à “data da prática do ato”, indicada no art. 1º, *caput*, da Lei 9.873/1999:

“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, (...) 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.” (grifos nossos)

636.886 (tema 899 da repercussão geral do STF, que discutiu prescrição relativa ao débito), no caso de convênios e instrumentos congêneres, o prazo prescricional inicia-se quando da prestação das contas. No entanto, dos elementos disponíveis nos autos, percebo que as contas [finais] não foram prestadas.

4. Adicionalmente, ressalto que, de acordo com o art. 1º da referida lei, no caso de infração permanente, a contagem do prazo tem início no dia em que esta tiver cessado.

5. Por consequência, tendo em vista que a omissão é conduta permanente por excelência, a rigor, ela ainda não cessa, mesmo quando ocorre o primeiro ato de apuração dos fatos. Entretanto, em situações como essa, esse primeiro ato representa, inequivocamente, o momento em que a Administração constatou a omissão e começou a agir. Desse modo, é razoável que comece a correr um prazo prescricional a partir dessa ocasião.

6. Assim sendo, adoto como termo inicial para a contagem do prazo [prescricional] a data da instauração da TCE, 9/11/2012 (peça 2, p. 5). (...)

(...)

7. A par das considerações, verifico que **não transcorreu o prazo quinquenal geral prescricional para a pretensão punitiva ou ressarcitória**. Além disso, não observo a incidência da prescrição intercorrente, eis que o processo não se deteve paralisado por mais de três anos (art. 1º, §1º, da Lei 9.873/1999).

8. Ao final, a retificação proposta em nada altera as conclusões do exame procedido.

(grifos nossos e do original)

7. O Ministério Público concorda com a proposta de encaminhamento da Serur, sem prejuízo de tecer considerações quanto ao tema da **prescrição da pretensão de ressarcimento**, tendo em vista as seguintes alegações da recorrente:

(...) há que ser analisada novamente a questão da **prescrição**, pois entre a data dos fatos geradores e o momento de instauração da Tomada de Contas Especial (e, ainda, entre o momento em que a parte está sendo citada para apresentação de defesa), **decorreu mais de 05 (cinco) anos**, de modo que efetivada está a prescrição. (...)

E, principalmente, **a prescrição quanto à eventual aplicação de multa à empresa recorrente**.

(peça 90, p. 11 – grifos do original)

8. Ao julgar o mérito do Tema 899 de repercussão geral, tendo como *leading case* o RE 636.886, no qual se discutia o alcance da regra estabelecida no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, relativamente a pretensões executórias fundadas em decisões condenatórias de Tribunal de Contas, foi fixada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) a seguinte tese, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, relator do RE: “**É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas**”.

9. A partir da leitura do voto proferido pelo Ministro Alexandre de Moraes, este membro do Ministério Público compreende que a decisão do STF não trata diretamente do andamento de TCEs no âmbito da Corte de Contas. Há que se diferenciar o âmbito de atuação do TCU dos demais órgãos estatais que, após a formação do título executivo extrajudicial, exercerão a pretensão executória em juízo, como a Advocacia-Geral da União (AGU) (responsável pela cobrança de multas e débitos a serem recolhidos aos cofres da União, bem como de autarquias e fundações públicas federais) e os órgãos jurídicos próprios de entidades da Administração indireta que deles dispõem (a exemplo das sociedades de economia mista, empresas públicas e conselhos de classe).

10. De todo modo, é possível constatar, à vista dos votos consignados no referido julgamento, que a interpretação conferida pela Corte Suprema à matéria constitucional, quanto à inteligência do art. 37, § 5º, da Constituição Federal², é a da **prescritibilidade, como regra, da pretensão de ressarcimento ao erário**. Segundo constou do item 2 da ementa do acórdão, somente seriam 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*” (grifo nosso), conforme tese anteriormente definida na apreciação do Tema 897³.

11. O prazo prescricional quinquenal adotado pelo Ministro Alexandre de Moraes, no julgamento do RE 636.886, por sua vez, guarda relação mais específica com a execução judicial de dívida ativa e decorre da aplicação da legislação federal infraconstitucional ao caso concreto sob análise pelo STF, extrapolando, assim, a matéria constitucional ali apreciada sob a sistemática da repercussão geral, não se revestindo do mesmo alcance *ultra partes*. Ademais, à vista dos demais votos lançados, observa-se que não há sequer uma opinião jurídica uníssona entre os ministros daquela Corte a respeito do cômputo do prazo de prescrição no âmbito do controle externo.

12. O processo de contas, de caráter não judicial, não se confunde com a execução judicial que pode ser deflagrada a partir do título executivo extrajudicial caracterizado pela decisão proferida pelo Tribunal de Contas, não podendo lhe ser transpostas, sem qualquer ponderação, as regras de prescrição que se aplicam à segunda.

13. Nesse sentido, ainda que nos pareça necessária a adequação da jurisprudência do TCU à tese fixada pelo STF no Tema 899, no sentido de incorporar o entendimento da prescritibilidade da pretensão ressarcitória, em revisão do entendimento consagrado na Súmula TCU 282⁴, não se mostra adequada a pronta transposição do prazo prescricional aplicado pelo Ministro Alexandre de Moraes naquele caso concreto à execução judicial para a pretensão condenatória exercida por meio do processo de contas.

14. Assim, em coerência com o entendimento consolidado da Corte de Contas quanto à incidência do prazo geral de prescrição do art. 205 do Código Civil⁵, de dez anos às sanções de sua competência, à falta de norma específica, entendemos que o mesmo deve ser estendido, por iguais razões, para a pretensão condenatória de fins ressarcitórios exercida no âmbito do processo de contas.

15. No caso em exame, considerando que a data da ocorrência irregular é o dia **14/10/2012**, quando deveria ter sido apresentada a prestação de contas do Convênio 240/2007⁶ (ou mesmo data posterior, como defende a unidade técnica), e que o ato que ordenou a citação dos responsáveis foi emitido em **20/1/2017** (peça 24), verifica-se que não decorreram dez anos entre as datas mencionadas. Portanto, com a interrupção do curso do prazo prescricional, conclui-se pela **não**

² Constituição Federal:

“Art. 37 *omissis*

(...)”

§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.” (grifo nosso)

³ “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.”

⁴ “As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são [*em quaisquer casos*] imprescritíveis.”

⁵ Acórdão 1.441/2016-Plenário (relator: Ministro Benjamin Zymler; redator: Ministro Walton Alencar Rodrigues).

⁶ Relatório do Tomador de Contas Especial Complementar, de 28/7/2015 (peça 11, p. 119-123): “O convênio foi rescindido em 11/10/2012 e conforme contrato de rescisão, em fls. 670-671, deveria ter sido prestado contas e ocorrido a devolução dos recursos não utilizados, até a data de **14/10/2012**, ainda no período de gestão do Sr. Eugênio Paccelli. (...)” (peça 11, p. 121 – grifos nossos).

ocorrência da prescrição da pretensão de ressarcimento. Nos termos do Acórdão 1.441/2016-Plenário, verifica-se, também, a **não ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.**

16. Diante do exposto, este representante do Ministério Público de Contas da União reitera sua concordância com a proposta da Serur, no sentido de que o recurso de reconsideração interposto pela empresa N Paes de Melo Júnior Comércio Eireli contra o Acórdão 194/2019-TCU-Plenário seja conhecido e, no mérito, tenha seu provimento negado.

Ministério Público, em 24 de Novembro de 2020.

RODRIGO MEDEIROS DE LIMA
Procurador