

GRUPO I – CLASSE I – Primeira Câmara
TC 017.338/2016-6.

Natureza: Recurso de Reconsideração (Tomada de Contas Especial).

Recorrente: Eunélio Macedo Mendonça (509.185.833-49).

Representação legal: Enéas Garcia Fernandes Neto (OAB/MA 6.756).

SUMÁRIO: RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. OMISSÃO NO DEVER DE PRESTAR CONTAS. ALEGAÇÕES INSUFICIENTES PARA ALTERAÇÃO DO MÉRITO DO JULGADO. NÃO PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de reconsideração interposto por Eunélio Macedo Mendonça, ex-prefeito de Santo Antônio dos Lopes/MA, contra o Acórdão 3.873/2019-TCU-1ª Câmara (peça 42), com o seguinte teor no que respeita ao recorrente:

VISTA, relatada e discutida essa tomada de contas especial, instaurada pelo Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS), em desfavor de Raimundo Quinco de Lima Filho e Eunélio Macedo Mendonça, ex-prefeitos, em razão da omissão no dever de prestar contas dos recursos repassados ao Município de Santo Antônio dos Lopes/MA, no exercício de 2008, na modalidade fundo a fundo, para a execução dos programas de Proteção Social Básica (PSB) e de Proteção Social Especial (PSE), no âmbito de ações continuadas de competência do então Ministério do Desenvolvimento Social e de Combate à Fome (MDS);

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da 1ª Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. considerar revéis (...) Eunélio Macedo Mendonça, para todos os efeitos, com fundamento no art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992, dando-se prosseguimento ao processo;

9.2. (...);

9.3. (...);

9.4. julgar irregulares as contas de Eunélio Macedo Mendonça com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, III, “a”, e 23, III, da Lei 8.443/1992;

9.5. aplicar a Eunélio Macedo Mendonça a multa individual prevista no artigo 58, inciso I, da Lei 8.443/1992, no valor de R\$ 30.000,00, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar da notificação, para comprovar, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno), o recolhimento da dívida ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente, desde a data do presente acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.6. autorizar a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações, nos termos do art. 28, II, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 219, inciso II, do Regimento Interno do TCU;

9.7. encaminhar cópia desta deliberação ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado do Maranhão, nos termos do art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 209, § 7º, do Regimento Interno do TCU, para adoção das medidas que entender cabíveis;

9.8. dar ciência desta deliberação ao Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS).

2. No âmbito da Secretaria de Recursos (Serur), foi elaborada a instrução à peça 91, a seguir transcrita com os ajustes de forma pertinentes, cujo encaminhamento foi encampado pelos dirigentes da unidade (peça 92/93):

HISTÓRICO

4. De acordo com relatório da TCE, em 28/9/2009, o recorrente, então prefeito do Município de Santo Antônio dos Lopes/MA, e os membros do Conselho Municipal de Assistência Social foram notificados para enviar a prestação de contas dos recursos repassados, haja vista que o prazo fatal havia expirado em 30/7/2009 (peça 1, p. 28-30, p. 32-34 e p. 156).

5. Em 21/12/2009, o recorrente encaminhou, por meio de ofício, cópia de ação judicial em desfavor de seu antecessor, Sr. Raimundo Quinco de Lima Filho, que atuou como prefeito entre 2005 e 2008. Além disso, informou acerca da impossibilidade de prestar contas dos recursos repassados por não dispor da documentação do exercício de 2008 (peça 1, p. 158).

6. Novos ofícios foram remetidos em 3/11/2014 para os dois gestores municipais e para o Conselho. Nesses expedientes, informou-se acerca da não apresentação da prestação de contas e da abertura de procedimentos para instauração de TCE. Especificamente ao recorrente, foi solicitado o encaminhamento de certidão atualizada da ação judicial supracitada com o objetivo de comprovar sua continuidade (peça 1, p. 58-64, 156 e 158).

7. Diante do não saneamento das irregularidades apontadas, da não devolução dos recursos e do silêncio dos responsáveis, a TCE foi autuada em 17/12/2016. No relatório, concluiu-se que o prejuízo importava no valor total dos recursos repassados, imputando-se a responsabilidade ao Sr. Raimundo Quinco de Lima Filho, ex-prefeito, gestão 2005-2008, em razão da omissão no dever de prestar contas (peça 1, p. 152-160).

8. Técnicos da Controladoria-Geral da União (CGU), mediante relatório de auditoria de 30/3/2016, chegaram às mesmas conclusões do relatório de TCE. Após emitidos o Certificado de Auditoria, o Parecer do Dirigente do Órgão de Controle Interno e o Pronunciamento Ministerial, o processo foi enviado a este Tribunal (peça 1, p. 174-179 e 184-185).

9. Em instrução inicial de 5/9/2017, verificou-se que os recursos foram repassados na gestão do Sr. Raimundo Quinco de Lima Filho, mas a obrigação de apresentar a prestação de contas recaiu sobre o seu sucessor, o recorrente. Na ocasião, entendeu-se pertinente a realização de diligência ao Banco do Brasil (BB) para obter cópias dos extratos bancários das contas correntes da prefeitura, utilizadas na movimentação dos recursos no período de 1/1/2008 a 31/7/2009 (peça 4).

10. Realizada a providência, os extratos bancários enviados pelo BB foram anexados aos autos e analisados em nova instrução datada de 27/4/2018, na qual se verificou que a movimentação bancária divergia da relação das ordens bancárias. Assim, na apuração do débito, levou-se em consideração os valores efetivamente realizados no exercício de 2008, que importou no montante de R\$ 153.882,97 (peças 9, 1, p. 22, e 16, p. 3-7 e 11).

11. Na precitada instrução, concluiu-se que os recursos foram quase integralmente gastos na gestão do Sr. Raimundo, razão pela qual se propôs sua citação pela não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos. Quanto ao saldo de R\$ 10.050,00, transferido para o exercício de 2009, entendeu-se que seria da responsabilidade de seu sucessor, o recorrente (peça 16, p. 8).

12. Constatou-se, ainda na mesma instrução, que o prazo para a prestação de contas havia findado na gestão do recorrente. Por isso, foi proposta sua audiência por não enviar, até o último dia do mês de fevereiro de 2009, a documentação exigida, configurando omissão no dever de prestar contas (peça 16, p. 8 e 11).

13. Efetivadas as comunicações, os responsáveis permaneceram silentes e foram considerados

revéis, conforme registrado em instrução de 17/12/2018. Na oportunidade, constatou-se a inexistência de elementos para concluir pela ocorrência excludentes de culpabilidade em suas condutas. Em consequência, foi proposta a condenação em débito do Sr. Raimundo, além de irregularidade nas contas e aplicação de multa para ambos os gestores municipais (peça 38, p. 3, 7 e 10).

14.A proposta contou com a anuência dos dirigentes da unidade, do representante do Ministério Público junto ao TCU (MP/TCU) e do relator do processo. No seu voto, o relator consignou que o recorrente encaminhou documentos comprobatórios de ajuizamento de ação contra seu antecessor, mas solicitou sua desistência. Por isso, entendeu que ele não conseguiu comprovar a adoção de medidas para demonstrar sua falta de capacidade para prestar contas (peças 38-41 e 43).

15.Em sessão de 21/5/2019, a 1ª Câmara do TCU ratificou o encaminhamento proposto por meio do acórdão ora recorrido. Irresignados com a decisão, ambos os gestores apresentaram recursos. Quanto ao recorrente, seu recurso foi admitido pelo relator, mediante despacho de 12/11/2019, e enviado para análise de mérito na Secretaria de Recursos (Serur), conforme determinado no expediente (peça 42, 58, 59 e 65).

16.O Sr. Raimundo também entrou com recurso de reconsideração contra a decisão supracitada. Em exame de admissibilidade de 21/1/2020, foi proposto o não conhecimento do recurso, por ser intempestivo e por não apresentar fatos novos, opinião compartilhada pelo representante do MP/TCU e pelo relator do processo. A proposta foi confirmada mediante Acórdão 3789/2020-TCU-1ª Câmara, proferido em sessão virtual de 31/3/2020 (peças 64, 80, 81 e 82).

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

17.Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade constante à peça 61, ratificado pelo relator, Exmo. Ministro Vital do Rêgo, com fundamento nos artigos 32, inciso I, e 33, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 285 do Regimento Interno do TCU, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.4, 9.5 e 9.6 do Acórdão 3.873/2019-TCU-1ª Câmara, em relação ao recorrente (peça 65).

EXAME TÉCNICO

18.Esta instrução se destina a formular juízo acerca do recurso interposto pelo Sr. Eunélio Macedo Mendonça contra o Acórdão 3.873/2019-TCU-1ª Câmara. A análise possui a seguinte abrangência: prescrição, prescrição segundo os parâmetros do Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, prescrição pela Lei 9.873/1999 e medida adotada pelo recorrente para resguardar o patrimônio público.

Argumentos do Sr. Eunélio Macedo Mendonça (peça 59)

19.De início, o recorrente destaca a tempestividade do recurso e relata que foi notificado do teor do acórdão recorrido acerca da irregularidade de suas contas, além de aplicação de multa. Explica que, na fase interna da TCE, foi constatada, durante sua gestão, entre 2009 e 2012, a adoção de medidas para ressarcimento dos prejuízos ao erário, e, consequentemente, a elisão de sua responsabilidade. Aduz que sequer foi incluído no rol de responsáveis (peça 59, p. 1-2).

20.Todavia, de acordo com o recorrente, verificou-se, no âmbito do TCU, a desistência da ação judicial perpetrada para ressarcir o erário. Dessa forma, entendeu-se que ele não conseguiu comprovar sua falta de capacidade de prestar contas dos recursos transferidos, conforme prevê o Enunciado 230 deste Tribunal. Por esse motivo, foi penalizado (peça 59, p. 2).

21.Para o recorrente, houve prescrição da pretensão punitiva do TCU, raciocínio que ele defende com a argumentação abaixo resumida (peça 59, p. 3-4):

a) O convênio foi celebrado em 2008, com prazo final de 2009 para prestação de contas. A TCE foi proposta e instaurada em 2016, após o transcurso de cinco anos, configurando prescrição.

b) A Lei 8.443/1992, fonte das penalidades aplicadas pelo TCU, não apresenta qualquer disposição sobre o instituto da prescrição, o que tem levado o órgão a interpretar no sentido da imprescritibilidade das sanções, como no presente caso.

c) Outra justificativa para a imprescritibilidade das sanções aplicadas pelo TCU está na interpretação ampla do disposto no art. 37, parágrafo quinto, da Constituição Federal (CF) de 1988.

d) Em sentido contrário, o Supremo Tribunal Federal (STF) não aceita a tese de imprescritibilidade ou, mesmo, aplicação do prazo de dez anos para prescrição sancionatória, conforme tese de repercussão fixada pela corte.

e) No caso concreto, resta evidente a prescrição da pretensão punitiva do TCU, tendo em vista o decurso de mais de oito anos entre a data do firmamento do convênio, em 2008, e data da abertura da TCE, em 2016.

22. Acerca do mérito da questão, são apresentados os seguintes argumentos, em suma (peça 59, p. 4-6):

a) Em virtude da Súmula 230 do TCU, o prefeito sucessor deve apresentar as contas dos recursos federais recebidos por seu antecessor ou adotar medidas legais para resguardar o patrimônio público, no caso de impossibilidade de prestar contas.

b) O recorrente, na fase interna da TCE, demonstrou a adoção de medidas legais, de forma a elidir sua responsabilidade, com a ação judicial impetrada. No entanto, o relator do processo entendeu de forma diferente, diante da desistência da ação judicial que objetivava resguardar o erário.

c) O relator indicou que a desistência explicaria seu silêncio quando o órgão repassador solicitou a certidão atualizada do andamento do processo. De fato, não houve o encaminhamento de resposta à solicitação, mas ele não foi incluído no rol dos responsáveis, haja vista que todos os recursos foram geridos por seu antecessor.

d) Não tem o condão de desnaturar a medida anteriormente adotada pelo recorrente a indicação de que houve a baixa do processo com a respectiva sentença extinguindo o feito sem resolução de mérito. Os elementos comprobatórios e evidências foram extraídos do sítio do Tribunal de Justiça do Maranhão (TJ/MA), ou seja, são informações de cunho meramente informativo, sem valor oficial.

e) Ao prolatar o acórdão, o TCU considerou, como fator determinante para condenação e imputação da multa, apenas a desistência da ação judicial, sem atentar para o fato de que foi o recorrente quem impetrou a representação criminal junto ao Ministério Público Federal (MPF), conforme noticiam os próprios autos (peça 1, p. 36-48).

f) Embora não tenha encaminhado a prestação de contas ao final do período legalmente concedido, ante a ausência do acervo de responsabilidade da gestão anterior, o recorrente diligenciou, por meio da representação supracitada, de forma a cumprir os comandos normativos do TCU.

g) Não obstante a vigência do convênio ter adentrado em seu mandato, o recorrente não geriu qualquer das parcelas dos recursos que foram transferidos. Conforme Acórdão 598/2010-TCU-2ª Câmara, não existe dúvida quanto à responsabilidade pela gestão dos recursos transferidos ao município, quando restar demonstrado que os pagamentos foram realizados na gestão anterior.

h) A decisão que impôs a responsabilidade ao recorrente mostra-se desarrazoada, pois vai de encontro aos entendimentos firmados neste tribunal. O recorrente não usou os recursos financeiros transferidos e seus atos não deram causa a prejuízos ao erário.

23. São formulados dois pedidos: preliminarmente, que seja reconhecida a prescrição; no mérito, que seja ratificada a preliminar e acolhidas as razões recursais do recorrente, para reconsiderar as sanções impostas pelo acórdão combatido. Lembra que o STF irá se pronunciar, em sede de repercussão geral, especificamente sobre a prescrição da pretensão de ressarcimento fundada em decisão de tribunal de contas (peça 59, p. 6-8).

24. Acredita que os ministros do STF vêm assumindo posições favoráveis à prescrição por meio da concessão de liminares, esboçando entendimento oposto ao defendido pelo TCU. Informa que determinado ministro da corte já concedeu liminar em março de 2018 para suspender débitos imputados pelo TCU em processo de TCE (peça 59, p. 7).

25. Na ocasião, este ministro ponderou que não se deve admitir a imprescritibilidade da atuação do TCU voltada a recompor dano ao erário. Para ele, essa admissão implicaria em obrigar o cidadão a guardar documentos indefinidamente para sua defesa. Por isso, entendeu que o TCU deve adotar o prazo de cinco anos para proceder à notificação de responsável por dano ao erário (peça 59, p. 7).

26. Relata que a 1ª Turma do STF já seguiu a mesma linha de raciocínio e possui precedente indicando a aplicação do prescricional prazo de cinco anos para o exercício da pretensão punitiva do TCU. Na ocasião, entendeu-se pela aplicação deste prazo, previsto na Lei 9.873/1999, para o exercício de ação punitiva da Administração Pública Federal (peça 59, p. 7).

Análise

27. A abrangência da análise corresponde aos seguintes assuntos: prescrição, prescrição segundo os parâmetros do Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, prescrição pela Lei 9.873/1999 e medida adotada pelo recorrente para resguardar o patrimônio público.

Da prescrição

28. Nestes autos, o recorrente defende que houve prescrição da pretensão punitiva do TCU. De acordo com seu raciocínio, o convênio foi celebrado em 2008, com prazo final de 2009 para prestação de contas. Como a TCE foi proposta e instaurada em 2016, após o transcurso de cinco anos, haveria ocorrido a prescrição.

29. A questão da prescrição assume particular relevância em função de recente julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), do Recurso Extraordinário 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 88) 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 TCU estava sujeita à prescrição regida pelos critérios fixados no Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário. Já quanto ao débito, a ação de ressarcimento era considerada imprescritível, por expressa previsão do art. 37, § 5º, da CF/1988. 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 art. 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 qualificáveis como ato de improbidade;

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 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 da Lei 9.873/1999;

e) considerando, porém, que já foram opostos embargos ao acórdão proferido no RE 636.886, porém ainda não julgados, não é recomendável reconhecer a prescrição desde logo, ante a possibilidade de esclarecimento da decisão em sentido diverso do ora defendido (notadamente quanto 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. Já nas situações em que a pretensão de ressarcimento esteja prescrita por algum dos dois regimes, ou por ambos, é recomendável que o julgamento do processo seja sobrestado, até ulterior deliberação do Tribunal.

30. As manifestações da Serur juntadas à peça 88 foram elaboradas quando ainda não estava disponível o inteiro teor do acórdão do RE 636.886. Em nova análise após a publicação da decisão no Diário de Justiça Eletrônico (DJE) de 24/6/2020, inclusive mediante o cotejo com os demais votos proferidos no julgamento, conclui-se pela subsistência das premissas indicadas acima, cabendo destacar dois aspectos relevantes.

31.O primeiro diz respeito à ressalva aos atos dolosos de improbidade. Observa-se que, tanto na manifestação do TCU, como *amicus curiae* (peça 35 do RE 636.886), como na manifestação do Ministério Público Federal (MPF) na condição de fiscal da ordem jurídica (peça 38), o tema 897 foi invocado com o fim de preservar a atuação dos Tribunais de Contas no caso de prejuízos causados dolosamente, mediante condutas típicas de improbidade administrativa.

32.Todavia, o pedido não foi acolhido. No ponto, não houve divergência quanto ao entendimento do relator, de que “as razões que levaram a maioria da Corte a estabelecer excepcional hipótese de imprescritibilidade, no tema 897, não estão presentes em relação às decisões do Tribunal de Contas que resultem imputação de débito ou multa”.

33. O segundo aspecto diz respeito à não incidência do Código Civil no regime de prescrição do ressarcimento. Nos votos em que a questão do prazo prescricional foi abordada, a referência foi sempre ao prazo quinquenal, usualmente adotado pelas normas de direito público.

34. Com essas explicações adicionais, passa-se à análise da prescrição no caso em exame, considerando-se as premissas indicadas anteriormente.

Da prescrição segundo os parâmetros do Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário

35.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 (Código Civil, 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.

36.O citado dispositivo constitui uma cláusula geral a ser empregada sempre que a pretensão for prescritível, mas a lei não estabelecer prazo específico. Esta é uma das razões que justifica a adoção desse critério em processos de controle externo, conforme preconizado no Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário.

37. De acordo com o item 9.1.2 deste acórdão, a prescrição deve ser contada a partir da data de ocorrência da irregularidade sancionada, nos termos do art. 189 do Código Civil. Necessário, portanto, identificar qual a irregularidade que deu causa à responsabilização do recorrente. Recorde-se que o recorrente foi apenado por não prestar contas e não demonstrar a impossibilidade de fazê-lo, conforme consignado no voto do relator (peça 43, p. 2).

38. Ele foi multado por praticar ato com grave infração à norma legal ou regulamentar, com fundamento no art. 58, inciso I, da mesma lei. A infração praticada foi a omissão no dever de prestar contas. Por isso, entende-se que a data de ocorrência da irregularidade, no caso do recorrente, remete ao prazo final da prestação de contas.

39. Conforme ofício enviado ao recorrente pelo MDS em 28/9/2009, o prazo fatal para a apresentação das contas expirou em 30/7/2009 (peça 1, p. 32). Conclui-se, portanto, que a prescrição não alcançou a punição aplicada ao recorrente, caso sejam adotados os critérios do Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário.

Da prescrição pela Lei 9.873/1999

40. A Lei 9.873/1999, art. 1º, parte final, traz previsão expressa a respeito do início do prazo em se tratando de infração de caráter permanente ou continuado. Nesta hipótese, a prescrição começa a correr não da data de cada fato, e sim “do dia em que tiver cessado” a permanência ou a continuidade.

41. No regime da Lei 9.873/1999, a prescrição punitiva, no caso de convênios e instrumentos congêneres, só começa a fluir do momento em que forem prestadas as contas ou a partir da data da primeira medida de apuração dos fatos. Essa foi a ênfase dos votos dos Ministros Roberto Barroso, no MS 32.201, e Gilmar Mendes, no RE 636.886, já que a omissão no dever de prestar contas é conduta omissiva e, como tal, permanente por excelência.

42. Conforme já mencionado, o prazo fatal para a apresentação das contas expirou em 30/7/2009 e o MDS enviou ofício ao recorrente em 28/9/2009, para cobrar o envio da documentação comprobatória da regularidade dos gastos. Logo, esta última data deve ser considerada como termo inicial para contagem do prazo de prescrição, pois se trata da primeira medida de cobrança da prestação de contas.

43. Quanto ao prazo propriamente dito, entende-se que deve ser aplicado o prazo geral de cinco anos, previsto no art. 1º da Lei 9.873/1999. Já as causas de interrupção da prescrição são definidas no art. 2º da mesma lei. A partir do relatório de TCE, após 28/9/2009, data inicial de contagem de prazo da prescrição, somente há notícia de atuação do MDS em 28/10/2014, data da nota técnica onde se ratificou o não envio da prestação de contas (peça 1, p. 154).

44. Dessa forma, poderiam ter decorridos mais de cinco anos sem movimentação da administração pública com o objetivo de adotar medidas para averiguar a regularidade dos gastos. Com base somente nesses dados, verificar-se-ia a ocorrência da prescrição da punição punitiva do TCU de acordo com os parâmetros da Lei 9.873/1999.

45. Contudo é preciso notar que o TCU não exige, do jurisdicionado, o envio da íntegra do processo de TCE. Assim, não é possível afirmar categoricamente que ocorreu a prescrição. Contudo, não cabe ao TCU demonstrar essa condição, pois se trata de matéria pertinente à defesa.

Da medida adotada pelo recorrente para resguardar o patrimônio público

46. O cerne da argumentação do recorrente gira em torno da interpretação da Súmula 230 do TCU, abaixo transcrita:

Compete ao prefeito sucessor apresentar a prestação de contas referente aos recursos federais recebidos por seu antecessor, quando este não o tiver feito e o prazo para adimplemento dessa

obrigação vencer ou estiver vencido no período de gestão do próprio mandatário sucessor, ou, na impossibilidade de fazê-lo, adotar as medidas legais visando ao resguardo do patrimônio público.

47. De acordo com o recorrente, houve demonstração da adoção de medidas legais, pois foi impetrada ação judicial para obter o ressarcimento ao erário. De fato, consta nos autos a referida ação, com data de 18/6/2009, isto é, ela foi impetrada durante a gestão do recorrente (peça 1, p. 38-48).

48. Constatou-se, contudo, que, em 10/7/2009, foi solicitada a desistência da ação judicial com a respectiva baixa na distribuição. Em 6/8/2014, foi proferida a sentença extinguindo o processo sem resolução do mérito, em razão da desistência do autor (peça 12 p. 8-9).

49. Ou seja, o recorrente entrou com a ação, mas, cerca de um mês depois, solicitou a desistência. Em função deste cenário, o relator entendeu que o recorrente não conseguiu comprovar a adoção de medidas para ressarcir o erário, ou seja, sua falta de capacidade para prestar contas dos recursos transferidos, conforme prevê a Súmula 230.

50. Com razão, o relator.

51. Não procede a argumentação de que o TCU considerou apenas a desistência da ação judicial, sem atentar para o fato de que foi o recorrente quem impetrou a representação criminal. Entrar com a ação e depois desistir equivale a não entrar. Também não se aproveita o fato de não ter gerido os recursos, pois sua multa não se deve ao débito, conforme exposto nos parágrafos 37 e 38 desta instrução.

CONCLUSÃO

52. Diante da análise da questão prescricional, conclui-se que a prescrição não alcançou a punição aplicada ao recorrente, caso sejam adotados os critérios do Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário. Se adotados os parâmetros da Lei 9.873/1999, não é possível afirmar categoricamente que ocorreu a prescrição (parágrafos 28 a 45).

53. No mérito, propõe-se negar provimento, pois não há o que reconsiderar (parágrafos 46 a 51).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

54. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise do recurso de reconsideração interposto por Eunélio Macedo Mendonça contra o Acórdão 3.873/2019-TCU-1ª Câmara, propondo-se, com fundamento nos artigos 32, inciso I, e 33, da Lei 8.443/1992:

- a) conhecer do recurso e, no mérito, negar provimento;
- b) dar ciência do acórdão que vier a ser proferido ao recorrente e demais interessados.

3. O titular da unidade técnica, ratificando o desfecho proposto, teceu algumas considerações sobre a prescrição, nos seguintes termos (peça 93):

(...)

Dada a relevância do tema e a necessidade de uniformizar os entendimentos no âmbito interno, esta unidade técnica desenvolveu estudo sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a prescrição no processo de controle externo (“Texto para Discussão 1/2021”, anexado ao final deste pronunciamento).

5. Foram analisadas decisões proferidas pelo STF após o julgamento do Mandado de Segurança 32.201, relativo à pretensão punitiva, e, em especial, as decisões adotadas após o julgamento do Recurso Extraordinário 636.886 (tema 899 da repercussão geral), referente à pretensão de ressarcimento.

6. Quanto à pretensão punitiva, observa-se que já há orientação jurisprudencial sedimentada no STF. A partir do julgamento do MS 32.201, em 4/8/2017, várias decisões se seguiram, reafirmando a conclusão de que a prescrição da pretensão punitiva, no processo de controle externo, é regida pela Lei 9.873/1999.

7. Nessa linha há várias decisões recentes (MS 37424, DJe 14/10/2020; MS 36111, DJe 19/5/2020; MS 36799, DJe 05/10/2020; MS 36800, DJe 12/05/2020, entre outros), expressando o seguinte entendimento:

Na esteira de precedentes deste Supremo Tribunal, a regência da prescrição da pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União decorre da interpretação sistemática dos arts. 1º e 2º da Lei n. 9.873/1999. Norma específica definidora da atuação sancionatória da Administração Pública federal, afasta-se, nestes casos, a disposição genérica da prescrição decenal prevista no Código Civil (fundamentação da decisão do MS 36274. Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 19/11/2020).

A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada pela Lei 9.873/1999, descabendo a aplicação do prazo decenal previsto na legislação civil (art. 205 do Código Civil). Ao revés, incide o prazo quinquenal previsto na Lei 9.873/1999 (MS 32201, Rel. Min. Roberto Barroso, PRIMEIRA TURMA, DJe 7/8/2017; MS 35.512-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, SEGUNDA TURMA, DJe 21/6/2019). (ementa do acórdão do MS 35.940, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 14/07/2020)

8. Relativamente à pretensão de ressarcimento, no julgamento do RE 636.886 (tema 899 da repercussão geral), em 20/04/2020, o STF fixou a tese de que “é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”.

9. A primeira manifestação da Secretaria sobre as implicações desse julgamento ocorreu em 17/06/2020, em exame de recurso interposto no TC 027.624/2018-8. Na oportunidade, ainda não havia sido publicado o inteiro teor do acórdão paradigma, muito embora já fosse conhecido o voto do relator, Ministro Alexandre de Moraes, e já estivesse divulgada a tese fixada na repercussão geral.

10. Considerando o tempo decorrido desde então, esta unidade técnica desenvolveu o estudo em anexo, para discussão interna, em que foram analisadas as decisões do STF proferidas após o julgamento do RE 636.886. O objetivo foi o de verificar se as conclusões defendidas pela secretaria desde a manifestação originária, no TC 027.624/2018-8, estão em conformidade com o que o STF passou a decidir após a fixação da tese do Tema 899. Com isso, se fosse o caso, a secretaria poderia reajustar suas manifestações, até que sobrevenha orientação específica do TCU.

11. No estudo em questão foi analisado o inteiro teor de um número representativo de precedentes, com uma variabilidade relevante de relatores. As conclusões que se seguem reafirmam, no geral, os entendimentos contidos nas manifestações anteriores desta unidade, muito embora evidenciem a necessidade de modificações pontuais nas propostas, no que se refere à unificação do regime prescricional para ambas as pretensões (punitiva e de ressarcimento) e à desnecessidade do sobrestamento dos processos em que se verificar a prescrição.

12. Com efeito, a partir da revisão da recente jurisprudência do STF observa-se que não tem ocorrido o sobrestamento de processos, mesmo estando pendente o trânsito em julgado do RE 636.886. O STF vem realizando normalmente o julgamento dos casos concretos, até mesmo em função do entendimento de que a tese fixada em sede de repercussão geral tem aplicabilidade imediata, não requerendo o trânsito em julgado do processo paradigma.

13. Observa-se, também, que os processos já estão sendo julgados monocraticamente, o que evidencia a força da orientação fixada no julgamento do Tema 899. Como se sabe, pelo regimento interno do STF (art. 205), o mandado de segurança pode ser julgado monocraticamente “quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal”. De igual modo, no recurso extraordinário poderá haver julgamento monocrático se a decisão recorrida, de instância inferior, for contrária à orientação firmada pelo STF em sede de repercussão geral (RISTF, art. 21, § 1º). O fato de as decisões de mérito estarem sendo proferidas por esta sistemática, de julgamento

monocrático, é indicativo da inexistência de hesitação quanto à orientação firmada no RE 636.886. Outra evidência nesse sentido é a constatação de que, nos agravos internos interpostos até o momento, em todos os casos houve a confirmação da decisão monocrática (vide os casos indicados no estudo).

14.No exame das decisões do STF observou-se, ainda, que a tese fixada no Tema 899 aplica-se não só à execução, mas também à fase de constituição do título executivo pelo TCU. Uma defesa comum nas informações prestadas ao STF, nos mandados de segurança, é a de que a prescrição do ressarcimento se operaria apenas na fase de execução do acórdão do TCU, tal como na situação que embasou o julgamento do RE 636.886. Essa defesa, contudo, não tem sido acolhida, como evidenciam, por exemplo, as decisões proferidas na Reclamação 39497 e nas medidas cautelares no MS 37089 e no MS 37292.

15.Outra conclusão relevante é a de que a ressalva aos atos dolosos de improbidade não tem sido estendida ao processo de controle externo. É igualmente usual, nas informações prestadas ao STF nos mandados de segurança, a defesa de que a atuação do TCU estaria preservada na hipótese dos atos dolosos de improbidade, objeto do Tema 897 da repercussão geral (RE 852.475). No entanto, em nenhum dos precedentes pesquisados essa ressalva foi aplicada a processos do tribunal de contas. Tem sido pacífico o entendimento de que a tese relativa ao Tema 897 restringe-se ao “ressarcimento de valores perseguidos na esfera judicial decorrentes da ilegalidade ou da irregularidade de contas” (MS 37089, Rcl 39497 e MS 37292 MC, entre outros), na linha do que também constou no voto do relator, no RE 636.886, de 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”.

16.Por fim, o STF tem aplicado um mesmo regime para a prescrição, tratando as pretensões punitiva e de ressarcimento de modo uniforme. Mesmo nos processos que tratam do ressarcimento propriamente dito, é usual o STF referir-se unicamente a “pretensão punitiva”, a indicar que, inobstante algumas variações terminológicas, o prazo de prescrição tem sido tratado de modo uniforme, constituindo um lapso temporal para o órgão de controle externo agir e impor as consequências cabíveis no caso concreto, independentemente de tais consequências terem natureza punitiva ou ressarcitória. Em nenhum dos precedentes pesquisados houve a aplicação, pelo STF, de regimes distintos, uma para o débito, outro para a multa ou demais sanções.

17.Ademais, no exame da prescrição o STF não tem aplicado o prazo decenal previsto no Código Civil, embora essa seja outra defesa comum nas informações prestadas nos mandados de segurança, como pedido subsidiário. É certo que, em sede de medida cautelar, foram encontrados dois casos em que se aplicou o prazo decenal (MS 37310 e MS 37427), diferenciando-se “pretensão de ressarcimento” e “pretensão de exigir contas”. Nesses dois casos, contudo, a própria relatora ressaltou que a questão seria mais bem examinada quando do julgamento de mérito dos mandados de segurança. Ademais, esse entendimento não foi acompanhado nas demais decisões cautelares objeto do estudo e, mais relevante, não foi aplicado nas decisões de mérito. No julgamento de mérito, em todos os casos pesquisados foi afastada a incidência do prazo decenal previsto no Código Civil, adotando-se o prazo quinquenal e as causas interruptivas da Lei 9.873/1999.

18.Apresentado esse contexto, e até ulterior orientação específica do Tribunal, esta secretaria continuará examinando a prescrição pelos regimes do Código Civil e da Lei 9.873/1999, sem prejuízo, no entanto, de formular propostas de encaminhamento orientadas pelas seguintes diretrizes:

a) 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;

b) à luz da recente jurisprudência do STF a respeito, será adotado, como critério para as propostas, o regime prescricional previsto na Lei 9.873/1999;

c) caso tenha ocorrido a prescrição, pelo regime adotado como critério, não mais será proposto o sobrestamento do processo, no aguardo do trânsito em julgado do RE 636.886 (proposta essa que, de resto, não tem sido acolhida pelos colegiados do TCU).

II

19. Realizados esses esclarecimentos, observo que, no caso concreto, não se operou a prescrição por nenhum dos regimes em questão, conforme análise promovida pelo auditor desta secretaria.

20. Pelo exposto, encaminho o processo ao Ministério Público junto ao TCU, para posterior envio ao gabinete do relator, com a proposta de conhecer do presente recurso de reconsideração e, no mérito, negar-lhe provimento.

4. O Ministério Público junto ao TCU, nos autos representado pelo Procurador Sérgio Ricardo Costa Caribé, manifestou-se nos seguintes termos (peça 94).

(...)

4. No que se refere à preliminar atinente à prescrição da pretensão punitiva, a análise empreendida pela unidade instrutiva demonstrou que, com base na jurisprudência vigente neste Tribunal, fundada nas premissas estabelecidas por meio do Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, a aplicação da multa foi correta. Tomando por base a data em que se materializou a irregularidade, correspondente ao limite temporal para apresentação da prestação de contas, em 30/7/2009, e a data em que foi determinada a audiência, em 8/5/2018, não transcorreram dez anos, de modo que a aplicação de sanção era viável.

5. Em relação ao argumento relativo à adoção da medida judicial cabível para resguardo do erário, o relator *a quo* abordou a questão em seu voto e concluiu que o fato de o recorrente ter desistido da ação interposta redundou na impossibilidade de comprovar que adotou medidas hábeis para demonstrar a falta de capacidade em prestar contas. Assim, ante o posicionamento já firmado pelo Tribunal acerca do assunto, despiciendo discutir o tema em sede recursal.

6. Quanto às considerações referentes à titularidade da gestão dos recursos, registro, como fez a Serur, que não refletem na aplicação da multa objeto de recurso, visto que o recorrente não foi condenado à devolução de valores, recaindo exclusivamente sobre seu antecessor tal responsabilidade

É o relatório.