

GRUPO II – CLASSE I – 2ª Câmara

TC 000.284/2009-5

Natureza: Recurso de Reconsideração.

Unidade: Prefeitura de Sítio Novo do Tocantins/TO.

Interessado: José Vieira Leite (CPF 206.517.593-15)

Advogado constituído nos autos: Renato Duarte Bezerra (OAB/TO 4.296).

Sumário: RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO. OBRA PARA CONSTRUÇÃO DE CASAS, EM SUBSTITUIÇÃO ÀQUELAS DESTRUÍDAS PELA AÇÃO DAS CHUVAS. EXECUÇÃO PARCIAL DO OBJETO. CASAS CONSTRUÍDAS NÃO APRESENTARAM ESPECIFICAÇÕES PREVISTAS NO PLANO DE TRABALHO. CITAÇÃO. IRREGULARIDADE DAS CONTAS. DÉBITO. MULTA. CONHECIMENTO DO RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. NÃO PROVIMENTO. CIÊNCIA AO INTERESSADO.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de reconsideração interposto pelo Sr. José Vieira Leite (Peça R001), contra a deliberação proferida por este Tribunal, mediante o Acórdão 6.055/2010 – Segunda Câmara, no qual o Tribunal julgou irregulares as contas do responsável, imputando-lhe débito e multa.

2. A Secretaria de Recursos, à fl. 27, da Peça 10, procedeu ao exame de admissibilidade da peça recursal e consignou que esta preenche os requisitos para ser conhecida como recurso de reconsideração, com fulcro nos arts. 32, I, e 33 da Lei 8.443/1992. A proposta teve a concordância deste relator, conforme despacho à fl. 30, Peça 10.

3. Quanto ao mérito, o auditor da Serur realizou a análise de Peça 12, que teve a concordância do Diretor da 4ª DT (Peça 13), abaixo reproduzo, como parte deste relatório:

“[...] Exame técnico

Argumentos

3. O recorrente inicia o recurso fazendo um breve histórico dos fatos, em que relata que o convênio foi firmado em 1997 para a reconstrução de casas, que houve o regular procedimento de licitação, que as obras foram iniciadas conforme o plano de trabalho, que a prestação de contas foi apresentada tempestivamente e que, logo após, as obras foram vistoriadas e que concluiu-se que 84,75% havia sido executado. Assim, o Ministério da Integração Nacional teria sugerido a devolução parcial dos recursos, no montante de R\$ 16.574,36.

4. Relata, ainda, que mais de 6 anos depois da execução das obras, a Controladoria Geral da União (CGU) fez outra fiscalização em que solicitou novamente toda a documentação, mas os novos responsáveis pela administração da Prefeitura não apresentaram os documentos. Diz que, nessa época, quem estava à frente da administração municipal era seu principal adversário político, que faria de tudo para prejudicá-lo, inclusive ações infundadas, consignando o valor total transferindo e ao mesmo tempo instruindo o feito com documentos que mostravam a execução de pelo menos 84% das obras, induzindo à má-fé do sucessor do recorrente.

5. Informa que os recursos teriam sido aplicados na sua totalidade, mas, mesmo assim, pediu prazo para concluir as obras com a finalidade de ter suas contas aprovadas, mas não foi atendido e foi instaurada a presente TCE.

6. Alega que os recursos recebidos foram pagos para a empresa vencedora do certame e que o grande problema das prestações de contas é o gestor terminar seu mandato antes do final da aferição da prestação de contas e isso conduziu aos obstáculos criados pelo sucessor.

7. Após, indaga o método utilizado para chegar à diferença apurada no relatório de avaliação final. Questiona se a diferença teria sido em face das notas fornecidas pela construtora ou por informações de testemunhas. Continua, dizendo que a fiscalização in loco não apresentou os documentos de execução e o recorrente não conseguiu reunir a documentação que comprovasse a aquisição dos materiais e os gastos com mão-de-obra, para quantificar as quantidades exatas de cada item.

8. Diz que a cobertura feita com telha de cerâmica é mais cara que a de amianto, fato constatado no relatório de auditoria, e que esse fato não foi considerado pela fiscalização. Argumenta que a fiscalização apontou a satisfação das pessoas com a construção das casas. Reconhece que algumas casas não foram finalizadas, em razão da insuficiência de recursos. Pergunta se seria justo que ele colocasse do seu bolso a parte restante.

9. Diz não ter havido irregularidade ou falha administrativa e sugere que a União repasse ainda mais recursos no valor dos itens que não foram executados.

10. Lembra que o orçamento foi feito em dezembro de 1997 e os recursos repassados em maio de 1998.

11. Após requerer o provimento do recurso, alega que a fiscalização da CGU pediu documentação que não foi apresentada pela Prefeitura, mas, mesmo assim, a CGU teria produzido relatório e o encaminhado ao Ministério da Integração Nacional. Repete a argumentação de perseguição política por parte do sucessor, que não apresentou a documentação para prejudicá-lo, e que o voto condutor da decisão registrou que o sucessor não motivou as deficiências encontradas, quando era isso mesmo que ele queria: a apenação do recorrente. Cita a má-fé do sucessor.

12. Sustenta que sempre agiu de boa-fé, pois cumpriu com o objeto pactuado, embora ‘os poucos recursos não terem sido suficientes para construir da forma imaginada.’ Não teria fugido de suas responsabilidades e acredita que suas contas foram apreciadas com muito rigor, pois os erros foram todos sanáveis. Afirma que há provas nos autos de que todas as verbas do convênio foram aplicadas e que os erros seriam apenas formais.

13. Cita trecho que diz ser do ilustre administrativista Jorge Ulisses, sem indicar a fonte, que ensinaria que a aplicação de recursos na finalidade prevista, mas com inobservância do prazo de conclusão das obras, acarretaria no julgamento pela regularidade com ressalvas.

14. Em seguida, defende que as contas seriam ilíquidáveis, que o art. 884 do Código Civil impede o enriquecimento sem causa, que haveria cerceamento de defesa, por não serem admitidas as provas periciais e testemunhais.

15. Ao fim, requer que as contas sejam julgadas regulares ou, subsidiariamente, sejam declaradas ilíquidáveis, ou, ainda, caso não sejam esses os entendimentos, sejam as contas julgadas regulares com ressalva, sem a imposição de débito.

Análise

16. Compulsando os autos, observo, de plano, que, ao alongar o recurso, o recorrente derrapa para argumentação sem lógica, como a de que caberia ao Erário mandar mais dinheiro para que as obras fossem completadas. Esse argumento revela o pensamento de parte dos administradores públicos, que orçam obras, solicitam recursos de outra esfera administrativa, são contemplados com os recursos solicitados e pelo mau planejamento ou má gestão, acham que devem ser carregados com mais recursos, como se a fonte fosse inesgotável. Não é a realidade, portanto, não lhe assiste razão.

17. Dando seguimento à análise, dos autos, constato que os recursos foram solicitados ao final do ano de 1997, celebrado o convênio no fim de 1997 (fls. 27 a 33, vp) e transferido o montante em meados de 1998 (fls. 20, vp), realizados os gastos e a prestação de contas encaminhada no final de 1998 (fls. 21, vp).

18. A análise pelo Ministério da Integração Nacional (MI) foi condicionada ao parecer técnico da vistoria in loco da CEF (fls. 57, vp) que concluiu pelo percentual executado de 84,75% (fls. 58 a 60, vp). O relatório dessa vistoria, de 2001, é objetivo e preciso.

19. Em 2004, o MI encaminha ofício solicitando justificativas para as irregularidades detectadas no valor histórico de R\$ 16.574,36 (fls. 81, vp). Um segundo ofício foi enviado no mesmo dia para o novo prefeito fazendo o mesmo tipo de solicitação (fls. 84, vp). Em 2005, foi instaurado procedimento administrativo criminal (fls. 92, vp). Em 27/10/2004, a CGU faz fiscalização no município e elabora relatório de caráter preliminar, em que não se observa qualquer conclusão (fls. 108 a 114, vp). Em agosto de 2005, a consultoria jurídica do MPOG informa à Procuradora da República que o convênio está sob a responsabilidade do MI (fls. 123, vp), que encaminha a documentação, dizendo que a prestação de contas encontra-se em andamento na área contábil e financeira (fls. 125, vp).

20. Consta ofício do MI, de 21/8/2001, sugerindo a aprovação parcial das contas, nos termos do relatório da vistoria in loco da CEF (fls. 148, vp).

21. Às fls. 156 do vp, há ofício do MI, de 14/6/2005, referindo-se erradamente ao relatório 340 da CGU (fls. 108, vp) como sendo do TCU e dizendo que não há recomendações quanto ao aspecto técnico naquele relatório e, por isso, ratifica os termos das fls. 192. Procurando essas folhas 192, citadas, nestes autos, verifico que elas são as folhas 148 e a manifestação lá constante foi pela aprovação parcial da prestação de contas, com débito de R\$ 16.574,36, nos termos do relatório da CEF, pois. Foi proposto o registro da inadimplência nesses valores às fls. 157, vp. Registro no SIAFI, em 30/8/2005 (fls. 161, vp).

22. Em setembro de 2005, a Secretaria executiva do MI informa que a prestação de contas apresentada está completa, mas que ainda não foi possível concluí-la, em vista do número de processos existentes a serem analisados, embora, diz, a prestação de contas foi aprovada parcialmente e proposta a devolução [de parte] dos recursos (fls. 162, vp).

23. O, à época, Ministro Ciro Gomes do MI, em 15/9/2005, assina parecer aprovando parcialmente a prestação de contas (fls. 173 e 174, vp).

24. O município ajuíza ação de reparação de danos cumulada com ressarcimento, em face de improbidade administrativa, em desfavor do recorrente, em 20/9/2005 (fls. 180 e ss, vp), no valor total dos recursos repassados (fls. 180 a 189, vp).

25. Em 8/8/2006, o MI faz novo parecer concluindo pela aprovação parcial da prestação de contas (fls. 271 a 273, v 1).

26. A Secretaria Executiva do MPOG, em março de 2008, também aprova e novamente parcialmente, modificando, contudo, o valor do débito para R\$ 15.250,00 (fls. 288 a 292, v 1). O relatório da TCE conclui por esse valor (fls. 301, v 1).

27. Em sequência, o Acórdão do TCU apena o recorrente pelo valor histórico de R\$ 15.250,00, além da multa de R\$ 3.000,00. Sendo assim, não há reparos a fazer no acórdão combatido, pois a modificação no valor do débito foi favorável ao recorrente, pois menor que o apontado na vistoria in loco, de R\$ 16.574,36, divergência esta sobre a aplicação do percentual de 15,25% sobre o valor de R\$ 110.000,00 ou sobre R\$ 100.000,00 (fls. 291, v 1).

28. Verificou-se, também, que a vistoria da CGU, realmente bem posterior ao período analisado, não teve qualquer influência, pois o débito considerou o valor da vistoria in loco, realizada tempestivamente pela CEF e de forma adequada.

29. Sobre a alegação de que os recursos teriam sido aplicados na sua totalidade e que pedira prazo para concluir as obras com a finalidade de ter suas contas aprovadas, não tendo sido atendido, não lhe assiste razão, pois quem deveria fiscalizar a empresa e só pagar após a conclusão de todos os serviços era ele. Se ele pretendia concluir as obras, como dirigente maior do município, não tinha que pedir prazo a ninguém, mas fiscalizar a empresa e fazê-la concluir. Do mesmo modo, não tinha que emitir termo de conclusão das obras, como fez, às fls. 22, vp, sabendo que as obras não tinham sido concluídas. Este último ato reveste-se de falsidade ideológica.

30. Quanto à União repassar mais recursos, já foi analisado antes e não lhe assiste razão, mas enfatiza-se que a fonte de recursos não é inesgotável e o repasse a maior de recursos não deve, de maneira alguma, ser um prêmio para o mau gestor. Se prevalecesse essa lógica perversa, o mau

gestor seria premiado com mais recursos e o bom gestor apenado com o envio apenas dos recursos solicitados. Não pode ser aceito.

31. Não se constata a má-fé do sucessor, pois a obra não foi concluída no seu período de mandato e quem encaminhou a prestação de contas foi o próprio recorrente (fls. 21, vp). O fato de ter havido nova vistoria bem posterior não influenciou no desfecho do procedimento, que considerou apenas a vistoria tempestiva da CEF. Também não se constata a boa-fé objetiva do recorrente, pois ele foi o responsável pelo pedido de recursos e pela quantificação do valor solicitado, sendo sua a responsabilidade do orçamento, tendo sido atendido com os recursos pedidos. A não conclusão dos serviços também foi de sua total responsabilidade. Quanto à ação no Judiciário, a defesa do recorrente deve ser feita naquela esfera.

32. As irregularidades constatadas não são sanáveis como alega, pois os recursos transferidos para a execução do objeto conveniado não lograram o desiderato acordado pelas partes. Constatou-se que houve problemas na execução, como orçamentação errada ou pagamento a maior ou falta de zelo na aplicação dos recursos, entre outras possibilidades piores, acarretando desperdício de recursos extraídos da população por meio de impostos.

33. Quanto à não apresentação de provas que embasaram as conclusões dos fiscais ou sobre o método utilizado para chegar ao valor do débito, trata-se de cálculo de engenharia, o mesmo que os responsáveis pela solicitação do valor realizaram, por ocasião da orçamentação para as obras. Assim, da constatação de itens não realizados, como percentuais de esquadrias, pinturas, instalações elétrica, hidráulicas e sanitárias etc., chega-se, pela composição de preços, ao valor questionado. Para um melhor entendimento de quem não seja afeto a cálculos, basta perguntar como se chegou ao valor original solicitado à União de R\$ 100.000,00. Assim, para a definição do débito, faz-se o cálculo inverso, ou seja, do que não foi construído para os preços orçados.

34. Sobre a troca do tipo de cobertura, a fiscalização in loco constatou sua execução plena, não tendo sido considerada no débito. Ademais, não pode prosperar a alegação de que a telha de cerâmica teria custo mais elevado do que a prevista originalmente. Primeiro porque ele alega, mas não prova. Segundo porque ele fez a troca de livre arbítrio e, por isso, infere-se que obteve melhor preço na telha de cerâmica, provavelmente por ter produção na região ou próxima dela. Caso contrário, não teria lógica especificar um produto e utilizar outro mais caro. Se fosse assim, deveria ter usado o que especificou.

35. Não houve enriquecimento sem causa da União, pois o débito foi constatado e quantificado adequadamente a partir de serviços não realizados sob a responsabilidade do recorrente. Contudo, não se pode afastar o enriquecimento sem causa por parte do recorrente, mais um motivo a embasar a condenação.

36. Sobre o ensinamento supostamente do ilustre mestre Jacoby Fernandes, as irregularidades, no caso, não são formais, como já dito acima e constante no trecho transcrito pelo recorrente.

37. Não se trata de caso de contas iliquidáveis, pois o motivo alegado, que a auditoria ocorreu sem a participação do recorrente, não infirma a auditoria, pois não há necessidade do acompanhamento do responsável, trata-se de prerrogativa dos auditores, além de que ele mesmo reconhece que não terminou os serviços ao dizer que pediu mais tempo para terminá-los. Ademais, mesmo assim, essas não são causas para enquadramento em contas iliquidáveis. Também não há necessidade de nenhuma outra vistoria, pois a realizada foi correta.

38. Sobre o pretenso cerceamento da defesa, ele não ocorreu em momento algum, pois foram oferecidas ao recorrente todas as oportunidades de defesa, sem que ele lograsse deconstituir as irregularidades constatadas. Sobre o questionamento do processo do TCU, ele é regulado por lei específica.

39. Há, contudo, óbice sério nestes autos sobre o seu regular desenvolvimento. Embora não alegado diretamente, examina-se a questão da prescrição, por ser de ordem pública. A prescrição é tratada no âmbito da Corte de Contas nos termos do Acórdão 2.709/2008 – Plenário, que analisou incidente de uniformização e considerou imprescritíveis as ações de ressarcimento ao

Erário, embora reconhecendo a existência de exceção. O Acórdão 6.273/2010 – Primeira Câmara – ao tratar do tema, isentou o responsável do débito, em face do que chamou de obstáculo processual intransponível, ou seja, o tempo, **verbis** :

‘(...) há nos autos obstáculo processual intransponível à sua condenação em débito pelo valor integral do convênio. Refiro-me ao fato de que a presente Tomada de Contas Especial foi instaurada pelo Departamento de Extinção e Liquidação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – DELIQ somente em 05/07/2005, ou seja, 14 anos após o término da vigência do convênio em análise (18/05/91), o que, por si só, contraria o prazo de 180 dias estabelecido pela IN/TCU nº 13/96.

A inércia da administração em analisar a prestação de contas do responsável desobriga-o de manter arquivada a documentação pertinente à execução do objeto da avença por prazo superior ao exigido pela Instrução Normativa STN nº 03, de 27/12/1990, ou seja, 5 (cinco) anos, a contar da aprovação, pelo Tribunal de Contas da União, das contas do órgão concedente.’

40. Pode-se entender que o Acórdão da Primeira Câmara esteja seguindo o Acórdão 2.709/2008 – Plenário, já que este ressalva a possibilidade de dispensa de instauração de tomada de contas especial, nos termos do §4º do art. 5º da IN TCU nº 56/2007. Transcrevo o artigo que ressalva a prescrição para melhor entendimento:

‘§ 4º Salvo determinação em contrário do Tribunal, fica dispensada a instauração de tomada de contas especial após transcorridos dez anos desde o fato gerador, sem prejuízo de apuração da responsabilidade daqueles que tiverem dado causa ao atraso, nos termos do art. 1º, § 1º’

41. É paradoxal essa ressalva contida no acórdão paradigma, por não se vislumbrar que uma instrução normativa possa alterar a imprescritibilidade prevista na Constituição Federal. Tal fato mostra que essa não é a melhor exegese, como se observa a partir do texto extraído do relatório do acórdão que tratou da imprescritibilidade, **litteris** :

‘Assim, se, por hipótese, prevalece na interpretação da parte final do § 5º do artigo 37 da Constituição a tese da prescritibilidade, e se não existe uma norma legal de Direito Público que trate da prescrição da pretensão de ressarcimento do erário lesado em decorrência de ilícitos, então é de se concluir que, até que se decida pela edição de uma norma que supra aquela lacuna legislativa, deverá ser adotada, para o tratamento da questão, uma solução jurídica razoável e conforme a Constituição, obtida a partir do que atualmente se apresenta no ordenamento jurídico. É nesse contexto, pois, que admitimos a aplicação, à regulação da matéria ora em foco, de disposições do Código Civil. Ainda que **não se possa equiparar, sob os aspectos do interesse público e da relevância social, uma pretensão de ressarcimento do erário, de natureza pública, a uma pretensão de ressarcimento do patrimônio particular, de natureza privada**, é de se reconhecer que não há lei, que não o Código Civil, que se possa tomar como norma de aplicação subsidiária ao tratamento daquela pretensão de natureza pública.’

42. Mais adiante o relatório faz uma sucinta e precisa descrição histórica da evolução dos tipos de Estado, como liberal, social etc., em que destaco o seguinte trecho:

Para contornar essa crise, o Estado passou a adotar medidas no sentido de devolver à sociedade parte das iniciativas e liberdades que lhe haviam sido subtraídas pelo Estado Social. Contudo, a experiência histórica não aconselhava que isso se fizesse com a retomada da mesma

postura do Estado Liberal. Daí, tem-se procurado, no Estado contemporâneo, compatibilizar e equilibrar os direitos do indivíduo com os direitos da coletividade. Nesse sentido, não se tolera, no modelo estatal contemporâneo, que o Estado, alegando agir em nome da coletividade, cometa abusos contra o indivíduo. Mas igualmente **não se tolera**, no Estado contemporâneo, **que se privilegiem certos direitos individuais**, mormente os que não se consideram indisponíveis, em detrimento do interesse coletivo. Lembre-se, por exemplo, e nesse sentido, do tratamento dado pela nossa atual Constituição à questão da propriedade da terra: a par de garantir o direito de propriedade, atendendo-se, assim, ao interesse individual, procurou-se harmonizar aquela garantia com o interesse coletivo, com a exigência de que a propriedade atenda a sua função social, sob pena de desapropriação (artigo 5º, incisos XXII e XXIII, c/c o artigos 182 e 184).

É com base nesse espírito do atual modelo de Estado que não se pode conceber um direito pretensamente fundamental e intocável do indivíduo consistente na segurança jurídica de poder ele se livrar, com o decurso do tempo, da obrigação de recompor o erário que ele mesmo lesou. **O princípio da segurança jurídica deve soar forte, sem dúvida, nas relações entre particulares e nas hipóteses em que se evidencia necessário resguardar o indivíduo de eventuais abusos praticados pelo Estado.** Mas, afinal, o que configuraria, na vertente hipótese de imprescritibilidade, o abuso do Estado contra o indivíduo? Nada, no nosso entender. Não há nenhum abuso em não se impor uma limitação temporal à possibilidade de se buscar a recomposição da coisa pública lesada por ato ilícito do próprio indivíduo. **Invocar a garantia da segurança jurídica do indivíduo face ao Estado, nessa hipótese, representa, em verdade, legitimar ato praticado por esse indivíduo contra o interesse e o bem-estar de todos.** Equivale a fazer com que o coletivo arque com o prejuízo causado por um indivíduo apenas para que se ‘estabilizem’, com o tempo, suas relações jurídicas com o Estado. Equivale, em outras palavras, ao sacrifício de muitos apenas para se proporcionar a um indivíduo a tranquilidade de, transcorrido determinado prazo, não ter que tocar no seu patrimônio privado – não raro formado com o produto do próprio ato ilícito – para reparar o dano que ele mesmo causou ao patrimônio público.

43. Ocorre que, o texto ao considerar que a prescritibilidade seja um privilégio aos particulares, pode ser entendido, em sentido contrário, como sendo a imprescritibilidade um privilégio da Administração Pública. Mas essa visão é distorcida, pois a prescrição não é tratada no Direito como privilégio. Contudo, essa visão de privilégio, se prevalecer, pode conduzir ao entendimento de que havendo a imprescritibilidade estar-se-ia proporcionando o relaxamento por parte dos agentes públicos em perseguir o ressarcimento de recursos desviados no tempo devido, ferindo o princípio constitucional da eficiência, como no caso presente, em que as obras são de 1998, a vistoria de 2001, que só foi analisada pelo MI em 2004, citado em 2009, mantendo os gestores em estado de permanente possibilidade de cobrança.

44. Como dito, o texto acima transcrito possui todos os requisitos para defender a prescrição da ação de ressarcimento. Veja-se que é afirmado que o Estado contemporâneo não tolera que se privilegiem certos direitos individuais e que invocar a garantia da prescrição seria legitimar o ato irregular em detrimento do interesse coletivo, garantindo a impunidade do abuso. Sobre o princípio da segurança jurídica defende o relatório sua não aplicação ou, em outras palavras, sua mitigação, ao dizer que ‘que é ao agente do ilícito que realmente aproveita a segurança jurídica proporcionada pela prescrição’ e por isso **não haveria nenhum abuso em não se impor uma limitação temporal** à possibilidade de se buscar a recomposição da coisa pública lesada por ato ilícito do próprio indivíduo. Assim, entende que o Estado não necessita delimitar tempo para suas persecuções ao particular, o que além de contrassenso é simplista pela ponderação de princípios realizada, pois desconsiderou o princípio da eficiência da máquina pública e o da dignidade humana dos responsáveis.

45. Há que se aprofundar a reflexão sobre a questão, pois, embora seja relevante a questão valorativa da correta aplicação dos recursos públicos, também o é o valor da vida humana e este possui prazo prescricional para a pretensão de punição nos casos de homicídio. Deve ser ressaltado, também, que a prescrição não garante a impunidade do mau gestor, como pretende o

fundamento do Acórdão que examinou o incidente de uniformização. Na verdade, o que a prescrição baliza é um tempo para que os atos sejam examinados e, se for o caso, punidos. Por outro lado, a imprescritibilidade pode garantir a inércia do agente público em examinar os atos que devem ser examinados a tempo, a fim de que a má gestão seja punida tempestivamente. Abuso é a ineficiência da Administração em não apurar os fatos tempestivamente e manter uma espada de Dâmocles sobre os jurisdicionados. O gestor não tem responsabilidade nem influência sobre a demora de agir da Administração. Assim, o princípio da segurança jurídica indica que a justiça não deve ser tardia, nas palavras do incomparável jurista Ruy Barbosa em Oração aos Moços, pois justiça tardia não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta.

46. Afirmo o relatório a necessidade de compatibilização entre os direitos do indivíduo e do coletivo, afirmando em seguida que não se pode conceber um direito fundamental e intocável do indivíduo como o da segurança jurídica. Essa ideia reflete a Constituição e o Direito Internacional, que garantem ao indivíduo vários direitos fundamentais, embora não absolutos, mas que necessitam da harmonização por meio de ponderação com outros princípios na sua aplicação. Há quem defenda que os direitos de personalidade possuem as características de serem fundamentais, inalienáveis, indisponíveis e absolutos.

47. O processo, para ser democrático, demanda igualdade substancial. O princípio da igualdade deve ser dinâmico no sentido de promover a equalização das condições entre as partes. A interpretação do dispositivo constitucional como sendo pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento conduz à mitigação, sem examiná-los, dos princípios da eficiência da máquina pública, da dignidade da pessoa humana, pois o particular estaria sempre sujeito à perseguição do Governo, deveria guardar seus documentos até a morte ou quiçá depois dela.

48. Há uma questão a ser examinada com lente. O voto do Acórdão 2709/2008 – Plenário citou o seguinte trecho, remetendo ao STF o entendimento pela imprescritibilidade:

‘3. Anteriormente, me profilei à segunda corrente com espeque na proeminência do Princípio da Segurança Jurídica no ordenamento pátrio. Não obstante, em 4.9.2008, o Supremo Tribunal Federal, cuja competência precípua é a guarda da Constituição, ao apreciar o Mandado de Segurança nº 26.210-9/DF, deu à parte final do § 5º do art. 37 da Constituição Federal a interpretação de que as ações de ressarcimento são imprescritíveis. O eminente Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, destacou:

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

§ 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.

49. Assim, o Ex^{mo} Relator informou a mudança de entendimento, da prescritibilidade pela imprescritibilidade, fazendo o caminho inverso ao meu, em face do que foi dito pelo Ex^{mo} Ministro Ricardo Lewandowski naquele Mandado de Segurança (MS). Da leitura do texto do MS, observo que o assunto não foi pacífico entre Suas Excelências, tanto que o Ex^{mo} Ministro Marco Aurélio manifestou-se de forma diferente:

‘(...) não compreendo a parte final do § 5ª do artigo 37 da Constituição Federal como a encerrar a imprescritibilidade das ações considerada a dívida passiva da União. Não. A ressalva remete à legislação existente e recepcionada pela Carta de 1988; a ressalva remete à disposição segundo a qual prescrevem as ações, a partir do nascimento destas, em cinco anos, quando se trata – repito – de dívida passiva da Fazenda. E isso homenageia a almejada segurança jurídica: a cicatrização de situações pela passagem do tempo.

(...)

Penso que, no caso, houve a prescrição de possível ação – e os pronunciamentos do Tribunal de Contas da União, reconhecendo o débito, têm força de título executivo extrajudicial -contra a beneficiária da bolsa pela passagem do tempo, pela passagem dos cinco anos.’

50. Já o atual Presidente da Suprema Corte Ex^{mo} Ministro Peluso também não aceitou a tese da imprescritibilidade, como se verifica no seu voto, do qual extraímos curto trecho:

‘A matéria envolve tema constitucional, que diz com o art. 37 da Constituição Federal Concordo integralmente com todas as demais ponderações e argumentos do eminente Relator, mas gostaria de fazer uma ressalva em relação à interpretação do art. 37, § 5º’

51. Como se vê, a questão não está pacificada, nem mesmo no Supremo, até porque o assunto ali foi discutido tangencialmente e, no caso de Mandado de Segurança, os efeitos se constituem entre as partes apenas. Destarte, considerando os votos dos Ministros do STF Marco Aurélio e Cezar Peluso no MS 26.210-9 DF, o entendimento do Acórdão 6.273/2010 – Primeira Câmara, que isentou o responsável pelo tempo decorrido, e que a prescrição, ponderando-se os princípios dos direitos do indivíduo, da coletividade, da eficiência da máquina pública e da dignidade da pessoa humana, entre outros possíveis de serem abordados, como o da segurança jurídica, conduz à regra geral do direito, concluindo-se pela interpretação sistemática do § 5º do art. 37 da CF de que ela ocorre.

52. Ultrapassada essa questão, resta averiguar o prazo prescricional. Na discussão da quantificação do prazo o Acórdão 2709/2008 – Plenário – os Ministros divergiram nesta questão, como se observa nas seguintes considerações:

‘VOTO do Ministro Marcos Bemquerer Costa

5. Esse entendimento encontra-se cristalizado na Proposta de Deliberação proferida pelo Ex^{mo} Ministro Augusto Sherman Cavalcanti no bojo do TC 011.982/2002-0 e que deu ensejo a que a 1ª Câmara proferisse o Acórdão nº 1.727/2003.

6. No entanto, estou convencido de que, caso este Tribunal entenda por aplicar o novo Código Civil subsidiariamente à processualística desta Corte – tese que não considero a mais adequada, pelos motivos que emitirei mais à frente neste Voto -, **a prescrição a ser adotada não deveria ser a do art. 205**. Afirmo isso porque essa hipótese aplica-se, tão-somente, ‘quando a lei não lhe haja fixado prazo menor’.

7. Contudo, o art. 206 do Codex estabelece o seguinte:

‘Art. 206. Prescreve:

(...)

§ 3º Em **três anos**:

(...)

IV – a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa;

V – a pretensão de reparação civil’ (grifei)

8. Portanto, caso o Tribunal aplique o Código Civil, subsidiariamente, deverá utilizar, segundo entendo, a prescrição do art. 206, de três anos, uma vez que os ressarcimentos no âmbito deste Tribunal, dos recursos indevidamente aplicados ou desviados, têm a natureza de reparação civil ou de enriquecimento sem causa.

9. Não obstante essa discussão, entendo que o TCU não deve aplicar o Código Civil subsidiariamente, com a finalidade de definir qual o prazo de prescrição a ser adotado nesta Corte de Contas, uma vez que as ações de ressarcimento ao patrimônio público são imprescritíveis, ex vi do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, in verbis:

(...)

21. Assim sendo, peço vênias ao eminente Ministro Marcos Bemquerer Costa para divergir acerca da interpretação a ser dada ao § 5º do art. 37 da Constituição Federal. [quem diverge é o Relator Ex^{mo} Ministro Benjamin Zimler] refere ao prazo prescricional a ser aplicado, **entendo**, novamente pedido vênias ao eminente Ministro-Revisor, **que deva ser utilizado o do art. 205 do Código Civil**. Permito-me transcrever este dispositivo:

‘Art. 205. A prescrição ocorre em **dez anos**, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor’.

22. Sua Excelência entende que, caso não se aplique a tese da imprescritibilidade por ele defendida, o prazo prescricional a ser aplicado à espécie seria, forçosamente, o de três anos, mencionado no art. 206 do Código Civil. Di-lo o art. 206:

‘Art. 206. Prescreve:

(...)

§ 3º Em três anos:

(...)

IV – a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa;

V – a pretensão de reparação civil;’

23. Entendo que os processos de Tomada de Contas Especial não podem ser disciplinados pelo art. 206 supra. O processo de Tomada de Contas Especial possui natureza diferente das ações abarcadas por esse dispositivo, eis que, como sabido, seu espectro de consequências vai bem além da obtenção do ressarcimento ao Erário. Por meio de processo de Tomada de Contas Especial, como é cediço, são julgadas contas dos gestores públicos, atribuição de natureza constitucional. Os incisos IV e V do art. 206 aplicam-se, respectivamente, aos processos de cunho estritamente indenizatório, o que não é o caso dos processos que tramitam por esta Corte. Destarte, creio que o prazo prescricional a ser aplicado é o de dez anos, previsto no art. 205 do Código Civil.’

53. Destarte, se observa divergência na fixação do prazo prescricional entre os Ministros no incidente de uniformização citado, optando um pelo prazo de 3 anos e outro pelo prazo de 10 anos. Sem alongar em demasia a discussão, em face dos prazos previstos para a análise processual e do princípio da objetividade, anoto entendimento diferente de ambos. Embora Suas Excelências tenham procurado a analogia com o Código Civil, me parece mais apropriado, no caso, adotar-se a analogia com as diversas normas de caráter administrativo, como o Decreto 20.910/32, os arts. 173 e 174 do CTN, o art. 54 da Lei 9.784/99, o art. 23 da Lei 8.429/92, o art. 21 da Lei 4.717/65, pela similaridade da matéria, e que remetem ao prazo de 5 anos para a prescrição.

54. Assim sendo, igualar-se-ia os direitos dos particulares ao dos agentes que agem em nome da Administração Pública.

55. Com isso, considerando que a prestação de contas foi encaminhada no final de 1998 (fls. 21, vp) e a análise pelo Ministério da Integração Nacional, só em 2004, encaminhou ofício solicitando justificativas para as irregularidades detectadas no valor histórico de R\$ 16.574,36 (fls. 81, vp), assim mesmo para endereço diverso do correto, tendo a citação correta se dado apenas em junho de 2009, pelo TCU, tendo decorrido 11 anos, constata-se que foi ultrapassado o prazo prescricional.

56. Não obstante isso há outro ponto importante a destacar e examinar. O relatório do Acórdão 6.273/2010 – Primeira Câmara considerou também a ocorrência da prescrição intercorrente, nos seguintes termos:

‘O Acórdão nº 67/2007, 2ª Câmara, estabeleceu: ‘Há prejuízo aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório quando a inércia da Administração inviabiliza a apresentação de esclarecimentos por parte do responsável, mesmo o revel, por ter expirado o prazo previsto na Instrução Normativa STN nº 2/1993, vigente à época, para a guarda de documentos comprobatórios de despesa por parte do conveniente (cinco anos, contados da aprovação da prestação ou tomada de contas, do gestor do órgão ou entidade concedente, relativa ao exercício da concessão)’.

No caso em tela, houve **inércia da administração em dois momentos. Primeiro quando levou mais de 3 anos para fiscalizar o objeto do convênio** (Laudo de Vistoria nº 34/94/GTAAPC/SAG/MBES, à fl. 58). **Segundo quando após apresentada a prestação de contas, mesmo que de forma extemporânea, levou 9 anos para diligenciar o responsável** (às fls. 40/41). Embora este também tenha sido inerte, ao não apresentar a prestação de contas, a inércia da administração para analisar a prestação de contas apresentada pelo prefeito sucessor foi fundamental para que ocorresse o longo decurso de tempo entre o fato e a instauração da Tomada de Contas Especial.

Uma vez que a Instrução Normativa SFN nº 03, de 27 de dezembro de 1990 estabelece o mesmo prazo da Instrução Normativa STN nº 2/1993, o caso em tela se enquadra na situação descrita no Acórdão nº 67/2007, havendo prejuízo aos princípios do contraditório e da ampla defesa, já que a prova da efetiva aplicação dos recursos do Convênio nº 1.534/90 nas obras do Sistema de Abastecimento d’água de Iati só é possível de ser realizada através de documentos, os quais o responsável já não tem obrigação de guardar desde 1998.

Assim, não pode haver imputação de débito ao responsável.’

57. O voto condutor apoiou o ponto destacado ao mencionar:

Consoante bem destacou a unidade técnica, a Administração ficou-se inerte em dois momentos: uma, quando levou mais de 3 anos para fiscalizar o objeto do convênio (Laudo de Vistoria nº 34/94/GTAAPC/SAG/MBES, à fl. 58); duas, após a apresentação intempestiva da prestação de contas, levando 9 anos para diligenciar o responsável (às fls. 40/41).

58. Assim sendo, o acórdão inovou ao prever a prescrição intercorrente, contida no § 1º do art. 1º da Lei 9873/99, transcrito adiante, que aproveita ao recorrente, pela proibição de tratamento diferenciado aos jurisdicionados, por ser decisão mais recente e em virtude da inércia do MI ao analisar a prestação de contas, recebida no órgão em 8/12/98 (fls. 21, vp), e citar o recorrente apenas em 16/9/2004 (fls. 80, vp):

‘(...)

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

Conclusão

59. Dessa maneira, conquanto os argumentos apresentados no recurso não propiciem a reforma do julgado, esta análise, por razões de ordem pública, conduziu ao reconhecimento da ocorrência da prescrição e da prescrição intercorrente, esta prevista no § 1º do art. 1º da Lei 9873/99, conforme considerada no Acórdão 6.273/2010 – Primeira Câmara – como motivo para a não imputação do débito, razão pela qual deve ser tornado insubsistente o acórdão profligado, julgando as contas regulares com ressalva, por não se tratar de caso de contas ilíquidáveis.

Proposta

60. Ante o exposto, proponho, nos termos do art. 32 e 33 da Lei 8.443, de 1992, que o recurso de reconsideração do Sr. José Vieira Leite seja conhecido para que, no mérito, lhe seja dado provimento, reformando o Acórdão 6.055/2010 – Segunda Câmara – para julgar as contas regulares com ressalva ou, alternativamente, que haja o reconhecimento da prescrição. [...]”.

4. Entretanto, o titular da unidade técnica manifestou divergência com o encaminhamento proposto na instrução, nos seguintes termos:

“[...] 2. O exame realizado pelo Auditor, às fls. 30/41 do Anexo 2, concluiu que os argumentos apresentados pelo recorrente não eram suficientes para propiciar a reforma do julgado. Não obstante, reconhecendo a ocorrência da prescrição e da prescrição intercorrente, prevista no § 1º do art. 1º da Lei 9873/99 e em consonância com o Acórdão 6.273/2010 – Primeira Câmara, propôs que o Acórdão recorrido seja conhecido para, no mérito, julgar as contas regulares com ressalva ou, alternativamente, reconhecer a prescrição.

3. Divirjo do encaminhamento proposto na instrução, considerando que as teses então defendidas em relação à prescrição não estão em consonância com a jurisprudência majoritária desta Casa.

4. Não obstante o Acórdão 2.709/2008-TCU-Plenário, que deliberou sobre incidente de uniformização, ter indicado que a regra na Tomada de Contas Especial é a imprescritibilidade no que tange à apuração dos danos causados ao Erário, esse mesmo julgado assegura a aplicação do §4º do art. 5º da IN TCU 56/2007, que dispensa instauração de tomada de contas especial após 10 anos do fato gerador.

5. Portanto, em relação à apuração do débito, a exceção é fundamentada no princípio da segurança jurídica, reconhecendo que o transcurso de tempo pode inviabilizar o efetivo exercício da ampla defesa pelo jurisdicionado. Nesse sentido, há diversos julgados deste Tribunal dispendo sobre a matéria. Cabe destacar trecho do relatório do Acórdão 2.720/2009-TCU- Segunda Câmara que consignou que interregno de tempo muito grande pode constituir obstáculo ao exercício da ampla defesa, **in verbis** :

‘De outra parte, tamanho interregno de tempo deve ser considerado como obstáculo ao exercício da ampla defesa, haja vista a dificuldade a ser enfrentada pelo responsável na obtenção dos documentos questionados. Assim, nos dizeres do Ex^{mo} Sr. Ministro Benjamin Zymler, em voto proferido no Acórdão 2158/2006-Segunda Câmara:

‘(...) Substancialmente, contudo, principalmente perante o longo período entre a consumação dos atos de gestão ora questionados e a sua convocação para sobre eles se manifestar, aquele direito restou sobejamente prejudicado. Pensar de forma diferente, será fazer pesar sobre ele um ônus do qual não poderá desincumbir-se sem prejuízo à sua pessoa (ante as conseqüências negativas advindas de um julgamento pela irregularidade destas contas) e ao seu patrimônio (resultado da condenação em débito).(...)’

6. Quanto ao prazo de prescrição do exercício da pretensão punitiva do TCU, a jurisprudência desta Corte parece caminhar no sentido de que deve ser utilizado o prazo prescricional previsto no Código Civil e não os previstos no Decreto 20.910/32 e nas Leis 8.429/92, 9.873/99 e 9.784/99 (Acórdãos 510/2005-Plenário, 3.036/2006-1ª Câmara e 3.132/2006-2ª Câmara).

7. Ademais, registro que este Tribunal já deixou assente que a atuação do controle externo não se enquadra como poder de polícia, portanto não se sujeita às disposições da Lei 9.873/1999. Da mesma forma, não se aplica o prazo decadencial estabelecido pelo art. 54 da Lei 9.784/99, pois as decisões adotadas pelo TCU, no exercício da função de controle externo, não configuram também autotutela administrativa.

8. Todavia, no presente caso, não se configurou a hipótese prevista no 4º do art. 5º da IN TCU 56/2007, nem o ritmo das apurações prejudicou o exercício da ampla defesa do responsável. O Ofício 2509/CGCONV/DGI/SE/MI, de 10/11/2005 (fl. 198, v.p) e os documentos de fls. 250/251 e 252/257 (v.p) demonstram que o gestor foi, tempestivamente, instado a justificar os atos que ensejaram a sua condenação ainda na fase interna da TCE.

9. Com essas considerações, divirjo da proposta constante à fl. 4 do Anexo 2, acolhida pelo Diretor, manifestando-me no sentido de:

- a) conhecer e negar provimento ao recurso de reconsideração interposto pelo Sr. José Vieira Leite contra o Acórdão 6.055/2010 – Segunda Câmara;
- b) dar ciência da decisão que vier a ser proferida aos interessados. [...]"

5. O Ministério Público junto a este Tribunal, em seu parecer de Peça 15, afirmar que o entendimento exarado pelo Auditor, ao apreciar o mérito do recurso sob análise, baseou-se no reconhecimento da prescrição e da prescrição intercorrente que teria acometido os autos, razão pela qual propõe o conhecimento e provimento do recurso interposto, para julgar as contas regulares com ressalva ou, alternativamente, que haja o reconhecimento da prescrição.

6. Assim, manifestou posicionamento alinhado, em essência, à conclusão emanada pelo Secretário de Recursos, por entender que o ritmo das apurações não prejudicou o exercício do contraditório e da ampla defesa do responsável, pois o gestor foi, tempestivamente, instado a justificar os atos que ensejaram a sua condenação ainda na fase interna desta TCE.

7. Defendeu, ainda, que não há de se cogitar em paralisação significativa do feito, seja no decorrer de sua fase interna, seja no âmbito da Corte, para que se suscitasse a incidência de prescrição intercorrente. Dessa forma, como o responsável não logrou êxito em demonstrar a completa execução das obras e dos serviços abrangidos no objeto do convênio, não há subsídios aptos a ensejar a reforma do Acórdão 6055/2010 – 2ª Câmara.

É o Relatório.