

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC-020.527/2004-1

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

Órgão/Entidade: Município de Pirapemas/MA

Recorrentes: João da Silva Neto (239.914.963-72), Walter Pinho Lisboa Filho (074.646.653-68), João Araújo da Silva Filho (128.676.753-91), Francisco de Assis Sousa (308.937.043-34), Eliseu Barroso de Carvalho Moura (054.829.413-53) e José Oliven de Carvalho Moura (159.567.413-68)

Advogados constituídos nos autos: Paulo Humberto Freire Castelo Branco (OAB/MA 7.488-A), José de Ribamar Cardoso Filho (OAB/MA 2.666), Hugo Gedeon Cardoso (OAB/MA 8.891), Adriana Pinheiro Moura (OAB/PI 7.405), Hellen Luiza Pinheiro Marques (OAB/PI 7.902-A) e Márlio da rocha Luz Moura (OAB/MA 9.083-A)

SUMÁRIO: RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO INTERPOSTOS CONTRA DECISÃO PROLATADA EM PROCESSO DE TOMADA DE CONTAS. CONTRATO DE REPASSE. IRREGULARIDADES. DESVIO DE RECURSOS FEDERAIS. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA REVERTER O JULGADO. CONHECIMENTO. PROVIMENTO DE UM DOS RECURSOS PARA EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE DO RECORRENTE POR AUSÊNCIA DE LEGIMITIDADE PARA FIGURAR NO PRESENTE FEITO. NEGADO PROVIMENTO AOS DEMAIS RECURSOS. CIÊNCIA.

RELATÓRIO

Adoto como relatório a instrução lavrada no âmbito da Secretaria de Recursos (Serur), com alguns ajustes de forma, acostada à peça 49:

“Trata-se de recursos de reconsideração interpostos pelos Srs. João da Silva Neto, Walter Pinho Lisboa Filho, João Araújo da Silva Filho, Francisco de Assis Sousa, Eliseu Barroso de Carvalho Moura e José Oliven de Carvalho Moura contra o Acórdão 3.417/2010-TCU-Plenário, ocasião em que suas contas foram julgadas irregulares, com imputação de débito solidário, aplicação de multas individuais e inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito federal. Esse julgamento decorreu da constatação de diversas impropriedades decorrentes da aplicação dos recursos federais transferidos por meio de Contrato de Repasse 41530-17/1997-MPO/CEF/MA, celebrado entre o Ministério do Planejamento e Orçamento, por intermédio da Caixa Econômica Federal, e o Município de Pirapemas/MA, tendo por objeto a execução de melhorias habitacionais de 178 residências, no valor de R\$ 250.000,00.

HISTÓRICO

2. Em 15/5/2002, foi prolatada, a Decisão 534/2002-TCU-Plenário, que, no item 8.4.2 (peça 1, p. 50), determinou a formação de apartado e instauração de Tomada de Contas Especial (TCE) para que fossem citados os responsáveis pelo Contrato de Repasse 41530-17/1997. A seguir, em 12/2/2003, foi exarado o Acórdão 105/2003-TCU-Plenário (peça 2, p. 5-10) autorizando a citação de diversas pessoas físicas e jurídicas que participaram dos eventos irregulares noticiados nestes autos.

3. Após o processamento desta TCE, foi exarado, em 8/12/2010, o Acórdão 3.417/2010-TCU-Plenário. Essa deliberação ora recorrida se fundamentou na verificação de uma série de irregularidades na execução do referido convênio, tais como simulação do procedimento licitatório e processamento da despesa pública em desconformidade com a legislação, cuja apuração foi decorrente originariamente de auditoria efetivada pela Secex/MA, no âmbito do TC-008.148/1999-6, onde se constatou a existência de um esquema de fraude com desvio de recursos públicos federais repassados ao Município de Pirapemas/MA. O acórdão recorrido foi prolatado nos seguintes termos (peça 8, p. 22-23):

'ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

(...)

9.3. julgar irregulares as presentes contas, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea 'd', 19, caput, e 23, inciso III, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, e em débito os responsáveis solidários abaixo relacionados, condenando-os ao pagamento das importâncias a seguir especificadas, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados a partir das correspondentes datas até a efetiva quitação do débito, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea 'a', do Regimento Interno do TCU), o recolhimento das quantias aos cofres do Tesouro Nacional;

Responsáveis:

Carmina Carmen Lima Barroso

Elizeu Barroso de Carvalho Moura

Maurie Anne Mendes Moura

José Olivan de Carvalho Moura

Wellington Manoel da Silva Moura

João da Silva Neto

Walter Pinho Lisboa Filho

João Araújo da Silva Filho

Sônia Maria de Carvalho Barroso

Francisco de Assis Sousa

Empresa Construssonda

Empresa Construtora Vale do Itapecuru Ltda.

Empresa J.C.O. de Carvalho

Valor histórico do débito Data da ocorrência

R\$ 50.000,00 30/4/1998

R\$ 128.575,00 9/6/1998

R\$ 61.425,00 6/8/1998

R\$ 10.000,00 3/9/1998

9.4. aplicar, individualmente, aos responsáveis indicados no subitem 9.3 supra a multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443, de 1992, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente, na forma da legislação em vigor;

9.5. autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei nº 8.443, de 1992;

9.6. considerar, por maioria absoluta, grave a infração cometida pelas pessoas físicas indicadas no subitem 9.3 supra e inabilitá-las para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança na Administração Pública Federal, pelo prazo de 8 (oito) anos, nos termos do art. 60 da Lei nº 8.443, de 1992;

9.7. remeter cópia do presente Acórdão, bem como do Relatório e da Proposta de Deliberação que o fundamenta, ao Ministério do Planejamento, Orçamento para que promova as medidas necessárias à inabilitação prevista no item 9.6. '

4. Irresignados com esse julgado, os responsáveis, ora recorrentes, interpuseram recursos de reconsideração (peças 27-32) os quais se passam a analisar.

ADMISSIBILIDADE

5. Os exames preliminares de admissibilidade (peças 42 a 46) concluíram pelo conhecimento dos recursos e a suspensão dos efeitos dos itens 9.3, 9.4, 9.5, 9.6 e 9.7 do acórdão recorrido. Por meio de despacho, o qual não merece reparos, essa proposta foi ratificada pelo relator, Ministro Augusto Nardes (peça 48)

MÉRITO

Recorrentes: João da Silva Neto e Walter Pinho Lisboa Filho

Alegações: (peças 27 e 28, p. 1-4)

6. Após tecerem breve relato dos fatos ocorridos, os recorrentes argumentam, em sede preliminar, que:

- a) são partes ilegítimas para figurar no pólo passivo deste processo;
- b) não possuíam e nem possuem vínculo com a Administração Pública Municipal de Pirapemas, nem com a União. Além disso, não são dirigentes, sócios ou prepostos de empresa que tenham celebrado qualquer contrato com os entes públicos mencionados;
- c) segundo apontamentos do Professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, in Tomada de Contas Especial – Processo e Procedimento nos Tribunais de Contas e na Administração Pública, 2ª edição, pág. 85, Ed. Brasília Jurídica, 'somente os agentes sujeitos ao dever de prestar contas submetem-se à jurisdição dos Tribunais de Contas', no entanto, a sujeição de terceiros à jurisdição do TCU ocorre em duas situações excepcionadas: coautoria com servidor em atos lesivos ao Erário e por expressa disposição de lei. Tais situações não se aplicam ao presente caso; e
- d) especificamente quanto ao Sr. João da Silva Neto, informa que era funcionário do Gabinete do Deputado Eliseu Moura, de meados de 1996 até maio de 1999 (peça 27, p. 19), não podendo a presente TCE ser processada em seu desfavor. Houve somente alusões ao seu nome, funcionário de nível médio que era, exercendo atividades auxiliares junto ao funcionamento do gabinete parlamentar, sem intenção de ser beneficiado ou de praticar ilícito, como, de fato, não praticou ou concorreu para qualquer ato lesivo ao patrimônio público. O recorrente prossegue alegando que sempre viveu de seu salário, não adquiriu patrimônio, nem mesmo veículo para se locomover, conforme atestam suas declarações de imposto de renda no período de 1996 a 2000 (renda mensal bruta de R\$ 1.400,00 – peça 27, p. 20-36).

Análise

7. Não assiste razão aos recorrentes.
8. Quanto ao Sr. Walter Pinho Lisboa Filho, tem-se que sua citação ocorreu pelas seguintes irregularidades (peça 4, p. 42-43):

'(...) associação para o cometimento de irregularidades na aplicação e comprovação dos recursos repassados à Prefeitura Municipal de Pirapemas/MA, tendo por mandatária a Sra. Carmina Carmen Lima Barroso Moura, esposa do Deputado Federal Eliseu Barroso de Carvalho Moura. O responsável serviu como empregado em empresa da Prefeita e seu esposo, bem como, posteriormente, como engenheiro da Prefeitura. Segundo depoimentos colhidos era o mesmo responsável a pessoa que, em nome da Prefeitura, cuidava da fiscalização das obras civis contratadas e, nessa função, atestava o recebimento definitivo das obras mesmo ciente de todas irregularidades dos procedimentos administrativos de condução dessas obras. Em depoimento prestado, o responsável afirmou ter fiscalizado obras das empresas E.B.C. - Empresa Brasileira de Construções Ltda., N.C. Construções, Perfurações e Comércio Ltda., e J.J. Comércio e Construções e Perfurações Ltda. em total contradição ao representante e/ou titular das mesmas que declarou não ter essas empresas qualquer capacidade operacional e que jamais as mesmas realizaram qualquer obra em Pirapemas/MA. Além do mais, o responsável era quem elaborava as planilhas de custos que serviam à celebração de convênios e simulações de licitação, contratações e pagamentos, mesmo sabedor da irrealidade dos custos orçados, haja vista a execução direta das obras pela Prefeitura. Sendo fiscal das obras, o responsável avalizava os pagamentos a empresas sabidamente inexecutoras dessas obras. Mesmo na condição de engenheiro contratado pela Prefeitura, o responsável detinha, como procurador, o controle da empresa TKM - Construções Projetos e Representações Ltda. a prestar, pretensamente, serviços à Prefeitura relativos à execução de obras envolvendo recursos do FUNDEF e próprios. Verificou-se, ainda, que a empresa emprestou seu nome e documentação para compor procedimentos administrativos de simulações de licitações e de prestações de contas relacionados à aplicação de recursos conveniados.'

9. Especificamente com relação ao contrato de repasse em questão, houve acréscimo na citação desse responsável da seguinte irregularidade (peça 4, p. 47):

'Não efetividade das transações comerciais a que aludem as notas fiscais da empresa Construssonda Construções consignadas na prestação de contas do convênio em contrapartida às despesas ali tidas como que realizadas.'

10. Fixadas as imputações ao Sr. Walter Pinho Lisboa Filho, constata-se que o mesmo é parte legítima para figurar nestes autos tendo em vista que:

a) o fundamento o julgamento pela irregularidade destas contas é o disposto na alínea 'd' do inciso III do art. 16 ('desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos');

b) é incontroverso que o recorrente foi contratado pelo Município de Pirapemas/MA e cuidava da fiscalização de obras, emitindo atestado de recebimento definitivo da obra (peça 17, p. 11). Esses fatos foram confessados nas alegações de defesa apresentadas pelo próprio recorrente (peça 7, p. 17) sendo sua atribuição a verificação de regularidade na execução da obra, inclusive quanto à empresa executora;

c) nesse contexto, para a execução do objeto do contrato de repasse em discussão foi contratada a empresa Construssonda Construções Ltda. (peça 10, p. 2), que, conforme consta nos autos, não tinha operacionalidade alguma, sendo constatado que era 'empresa de papel' (peça 7, p. 57). Tal fato não foi objeto de qualquer ressalva por parte do recorrente, restando caracterizada, em sede preliminar, sua culpa por omissão, sobretudo pelo fato de que cabia ao recorrente verificar que a execução dos serviços estava a cargo daquela empresa contratada.

11. Já em relação ao Sr. João da Silva Neto, há que se consignar que lhe foram imputadas as seguintes irregularidades (peça 4, p. 22-23):

'(...) associação para o cometimento de irregularidades na aplicação e comprovação dos recursos repassados à Prefeitura Municipal de Pirapemas/MA, tendo por mandatária a Sra. Carmina Carmen Lima Barroso Moura, esposa do Deputado Federal Eliseu Barroso de Carvalho Moura, de quem o responsável funcionou como subordinado, seja como empregado de suas empresas, seja como de seu gabinete como Secretário Parlamentar. Restou evidenciado, a partir de depoimentos tomados pela Receita Federal e pela Procuradoria da República, bem como de trabalho auditorial deste Tribunal de Contas da União, que o

responsável, em nome da Prefeitura ou do próprio deputado federal, desempenhava a tarefa de conduzir os representantes das empresas supostamente contratadas para a execução dos objetos conveniados até a agência bancária para que os mesmos efetuassem o saque dos recursos nominalmente lhes direcionados e, em seguida, entregassem o numerário correspondente ao responsável. Restou comprovado que o responsável foi beneficiário de cheques da empresa Construssonda Construções Ltda. supostamente contratada para execução de obras objeto dos convênios relacionados. O responsável funcionou como procurador da empresa Procel Projetos Construções e Eletrificações Ltda. também pretensamente contratada pela Prefeitura Municipal de Pirapemas/MA e, mesmo tendo sido direcionado recursos conveniados à empresa representada pelo responsável, nenhuma obra foi executada por essa empresa, como afirmou o próprio titular da mesma, primo do responsável aqui arrolado.'

12. Adicionalmente, com relação ao contrato de repasse em questão, houve acréscimo na citação desse responsável da seguinte irregularidade (peça 4, p. 27):

'Não efetividade das transações comerciais a que aludem as notas fiscais da empresa Construssonda Construções consignadas na prestação de contas do convênio em contrapartida as despesas ali tidas como que realizadas.'

13. Fixadas as imputações ao Sr. João da Silva Neto, constata-se que o mesmo é parte legítima para figurar nestes autos tendo em vista que:

a) o fundamento o julgamento pela irregularidade destas contas é o disposto na alínea 'd' do inciso III do art. 16 ('desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos');

b) é incontroverso que o recorrente exerceu o cargo de secretário parlamentar do Deputado Federal Eliseu Moura no período de 19/11/1998 a 27/5/1999 (peça 27, p. 19), sendo uma de suas atribuições o acompanhamento interno e externo de assuntos de interesse do parlamentar, conforme documento anexado a sua peça recursal;

c) compulsando os autos, verifica-se que:

'c.1) de seu depoimento pessoal (peça 24, p. 14), informou que:

(...) no início de 1997, o senhor Eliseu Moura, como Deputado Federal, solicitou à TELMA que esta o colocasse à disposição de seu Gabinete, tendo assumido a função de Secretário Parlamentar, com exercício em São Luís, na Av. São Sebastião, 387, Cruzeiro do Anil, Telefone 245-4145, onde o Deputado mantém outro escritório;

c.2) o número do telefone informado constava, também, como referente ao escritório de representação da Prefeitura de Pirapemas na capital do Estado do Maranhão (peça 7, p. 34);

c.3) depósito de cheque da empresa Procel, cujo procurador era o recorrente, na conta do Sr. Eliseu (peça 7, p. 52);

c.4) indicação do nome do recorrente em cheques emitidos pela empresa Construssonda (peça 7, p. 53, alíneas 'f' e 'h'); e

c.5) o recorrente aparece como beneficiário em 4 cheques, nos valores de R\$ 8.000,00, R\$ 2.500,00, R\$ 8.000,00 e R\$ 3.200,00, passados pelo Sr. Wellington Moura em nome da Construssonda (peça 7, p. 54);'

d) dessa forma, há uma série de indícios que caracterizam a participação ativa do recorrente como subordinado e representante material dos interesses do Sr. Eliseu Moura, não tendo qualquer relevância as informações sobre a evolução patrimonial por ele anexada em sua peça recursal.

14. Não há que se acolherem as demais alegações dos recorrentes, pois a solidariedade dos recorrentes decorreu diretamente do disposto no § 2º do art. 16 da Lei 8.443/1992, verbis:

‘§ 2º Nas hipóteses do inciso III, alíneas c e d deste artigo, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade solidária:

- a) do agente público que praticou o ato irregular, e*
- b) do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado.’*

Alegações: (peças 27 e 28, p. 4-5)

15. Ainda em sede preliminar, os recorrentes alegam que:

- a) deve ser aplicado, de pronto, o instituto da prescrição;*
- b) o Sr. João da Silva Neto só tomou conhecimento da instauração da TCE quando do recebimento do Ofício 1.365/2011-TCU/Secex-MA, datado de 4/5/2011, em 12/5/2011. Já o Sr. Walter Pinho Lisboa Filho recebeu o Ofício 1.368/2011-TCU/Secex-MA, de 4/5/2011, em 16/5/2011;*
- c) tendo em vista que decorreu prazo de 15 anos após a execução do contrato celebrado no ano de 1996 em relação aos fatos objeto da notificação, há que ser reconhecida a prescrição administrativa, ante a inércia continuada da Administração por lapso temporal superior a cinco anos, impondo-se a reforma in totum da deliberação e o arquivamento dos autos; e*
- d) o Código Civil Brasileiro – art. 205 da Lei 10.406/2002 – é expresso em determinar que a prescrição ocorra em 10 (dez) anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor. Dessa forma, só poderá ocorrer prescrição em prazo menor ao acima estabelecido, nunca em prazo superior.*

Análise

16. Não assiste razão aos recorrentes.

17. Preliminarmente, há que se ressaltar que o termo a quo para contagem de prazo prescricional perante este Tribunal é a data em que a denúncia, que deu origem à presente TCE, foi aqui protocolada, qual seja 24/6/1999. Foi nesse momento que o TCU tomou ciência das então irregularidades noticiadas. Com a prolação da Decisão 534/2002-TCU-Plenário, tais impropriedades acabaram por ser reconhecidas.

18. Acontece que a citação do Sr. João da Silva Neto ocorreu em 1/8/2005 (peça 7, p. 24) e o Sr. Walter Pinho Lisboa Filho apresentou suas alegações de defesa em 20/6/2003, ocasiões em que os prazos prescricionais, seja para o julgamento das contas, imputação de débito ou cominação de multa, foram interrompidos.

19. Assim, considerando que, tanto o lapso de tempo entre a data de protocolo da denúncia e a citação dos recorrentes, como o transcurso de tempo entre a citação e a prolação do acórdão recorrido, foram inferiores há 10 dez anos, não há que se falar no esaurimento do prazo prescricional dos dez anos pretendido pelos recorrentes. Ademais, por meio do Acórdão 2.709/2008-TCU-Plenário, foi julgado processo de uniformização de jurisprudência, que, nos termos de seu subitem 9.1, fixou entendimento acerca desse tema nos seguintes termos:

‘9.1. deixar assente no âmbito desta Corte que o art. 37 da Constituição Federal conduz ao entendimento de que as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis, ressalvando a possibilidade de dispensa de instauração de tomada de contas especial prevista no §4º do art. 5º da IN TCU nº 56/2007.’

20. Há discussão sobre eventual ocorrência de prazo prescricional de 5 anos em relação à cominação de multa. No entanto, quanto a essa questão, já se firmou o entendimento no âmbito deste Tribunal de que a prescrição quinquenal, prevista na Lei 9.873/1999 e que regula a ação punitiva movida pela Administração Pública Federal, não atinge a atividade judicante desta Corte, cujo

fundamento legal tem escopo no exercício do controle externo, constitucionalmente previsto, e não no exercício do poder de polícia. Com efeito:

a) colacionamos excerto do Acórdão 1.749/2010-TCU-Plenário que contempla esse entendimento:

‘7. De outra banda, no tocante à Lei nº 9.873/1999, que estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração, é oportuno mencionar que o Tribunal já afastou a aplicação do referido normativo, tendo em vista sua atividade judicante se amparar no exercício do controle externo, de previsão constitucional, diferente daquela movida pela Administração Pública Federal, com fundamento no poder de polícia (v.g. Acórdãos nºs 248/2000, 71/2000, 61/2003, todos do Plenário, e Acórdão nº 1.727/2003, da 1ª Câmara);’ e

b) em complementação, nos termos do Acórdão 851/2007-TCU-Primeira Câmara, a incidência da Lei 9.873/1999 foi afastada, pois o art. 78 do Código Tributário Nacional (redação dada pelo Ato Complementar 31, de 28/12/1966) definiu o exercício do poder de polícia, diverso do exercício de controle externo, nos seguintes termos:

‘(...) atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.’

21. No âmbito desta Secretaria, existe posicionamento favorável à aplicação do prazo prescricional de cinco anos propondo o afastamento da aplicação de multa em grau de recurso (TC’s 008.254/1999-0 e 020.625/2004-2). Em síntese, esse novo posicionamento se fundamenta na aplicação, por analogia, do prazo prescricional previsto na Lei 9.873/1999, ao invés do disposto no Código Civil, ante a natureza punitiva das multas previstas nos arts. 57 e 58 da Lei 8.443/1992 e em virtude de diversos e recentes precedentes judiciais, em especial, o contido no RESP 894.539/PI do STJ.

22. Entende-se que tal mudança de entendimento contraria o interesse público, não devendo prosperar, tendo em vista que:

a) a decisão sobre a melhor aplicação analógica de lei na presente discussão deve recair sobre os prazos prescricionais previstos da legislação civil, uma vez que assim tem sido há mais de 20 anos desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Entende-se que, somente com a edição de lei específica que regule os prazos prescricionais atinentes às diversas atividades de controle exercido pelos tribunais de contas pátrios, e em face da estabilização das relações jurídicas consolidadas ao longo desse período, tal aplicabilidade poderia ser alterada;

b) há aspecto relevante que não foi levado em consideração nos precedentes judiciais invocados que é a natureza diversa da multa aplicada pelos tribunais de contas. Com efeito, em sua atuação institucional, o caráter dessa pena vai além do aspecto meramente punitivo, incluindo, além dessa, as vertentes de índoles pedagógica e preventiva atinentes às atividades de controle e que não se confundem com a pessoa do apenado. A valoração da pena aplicada aos responsáveis pela gestão de recursos públicos e a indicação do ato infringido, com todas as suas circunstâncias, indicam a toda a Administração as balizes sobre o que pode, ou que deve, e o que não é desejável, ou recomendável, quanto à correta gestão do Erário; e

c) ademais, essa tese não se encontra consolidada no âmbito do TCU, havendo, inclusive, precedente para o seu não acolhimento, a exemplo do contido no Acórdão 5.002/2010-TCU-2ª

Câmara, conforme excerto de relatório, recepcionado pelo acolhimento da proposta de deliberação dessa decisão, verbis:

(...)

É inegável que as referidas penalidades resultam em sanção pecuniária, cabendo refletir sobre a repercussão que tal entendimento tem sobre a função de controle exercida pelo Estado e a sua adequação ao interesse público.

Em regra, as sanções estão associadas a um tipo específico de conduta prevista em lei e com seus contornos bem definidos pelo legislador, em atendimento ao princípio da legalidade do direito penal que determina que não há crime sem lei que o defina previamente, ou pena sem previsão legal. Por meio dessa imposição a sociedade busca evitar arbitrariedades praticadas pelo Estado. O julgador não pode criar sanção que não esteja definida em norma.

Mesmo existindo previsão legal, a título de estabilidade das relações e em nome da segurança jurídica, opera em favor do agente violador da norma o instituto da prescrição. Esse mecanismo busca evitar a possibilidade perpétua de apenamento e que alguém utilize a prerrogativa de mover ação contra um terceiro como meio de coagir eternamente a pessoa.

Dessa forma, o princípio da legalidade e o instituto da prescrição operam em favor do indivíduo que por algum motivo violou a norma.

Por meio do inciso II do art. 71 da Carta Política, o legislador constituinte atribuiu ao Tribunal de Contas da União a competência para julgar as contas dos administradores públicos e daqueles que derem causa a prejuízo ao erário. Cabe observar que este tipo de julgamento é amplo e não possui a exata definição dos seus limites. Não há uma ação específica a ser apreciada pelo Tribunal, mas um elenco de ações de gestão que forma um conjunto a ser sopesado por esta Corte de Contas sob a luz de diversas normas de direito administrativo e de princípios como os definidos no caput do art. 37 da Constituição Federal.

Apenas para ilustrar a afirmação contida no parágrafo anterior, o gestor que administra milhões de reais em um exercício financeiro e comete uma falha formal em processo licitatório de R\$ 30.000,00 não merece ter as suas contas anuais julgadas irregulares e receber multa de R\$ 5.000,00. A irregularidade houve e, caso a norma fosse ser seguida ao pé da letra, o administrador deveria ser apenado. Caso similar existe no direito penal, quando o juiz amparado no princípio da bagatela deixa de aplicar pena ao réu. Essa ilustração serve para demonstrar que a norma não pode ser acolhida de forma absoluta, nem quando se trata de prescrição. Por outro lado, aquele gestor que administrou tão somente R\$ 25.000,00, mas cometeu erros incompatíveis com a boa utilização dos dinheiros públicos merece ser condenado a devolver a integralidade dos recursos acrescida de multa. Não é adequado amparar o gestor deste segundo caso com o raciocínio precedente.

Ademais, embora existam semelhanças entre as multas previstas na Lei 8.443/1992 e as disciplinadas em outros normativos, o fato de ocorrerem em sede de controle externo confere características que não suportam limitações normalmente aceitas, como a prescrição quinquenal. Basta lembrar que, em regra, o apenamento imposto pelos órgãos de controle está arrimado em dois fatos: prática de um ato irregular e julgamento das contas, ou seja, somente com o julgamento das contas os dois aspectos essenciais estão disponíveis para as Cortes de Contas definirem o valor da multa. Cabe lembrar que o julgamento das contas só é concluído após demorado processo em que se garante aos interessados a ampla defesa e a busca da verdade real.

Certo é que o entendimento sistematicamente adotado pelo Tribunal de Contas da União não converge para o deslinde do Recurso Especial trazido para exame pela Recorrente, porque se entende que a prescrição quinquenal, prevista na Lei 9.873/1999, que regula a ação punitiva movida pela Administração Pública Federal, não atinge a atividade judicante desta Corte, cujo fundamento legal tem escopo no exercício do controle externo, constitucionalmente previsto, e não no exercício do poder de polícia. Nesse sentido, vejam-se, por exemplo, Acórdão 71/2000 e 61/2003 do Plenário e 2.483/2007-2ª Câmara;

d) tendo em vista que a matéria envolve diversos princípios constitucionais (direitos e garantias individuais, prestação de contas, natureza constitucional das atribuições dos tribunais de contas, dentre outros), o foro adequado para o deslinde final dessa questão é o Supremo Tribunal Federal, que, até o presente momento, não se decidiu sobre o tema; e

e) por fim, entende-se que não restam atendidos os requisitos da oportunidade e da conveniência necessárias à mudança de entendimento tendente a aplicar analogicamente prazo prescricional diverso da legislação civil, até então praticada.'

Alegações: (peças 27 e 28, p. 5-6)

23. Os recorrentes asseveram que:

- a) não é possível apurar os fatos ocorridos nas presentes contas através de TCE;*
- b) o art. 8º da Lei 8.443/1992 elenca as hipóteses pelos quais os fatos sejam apurados mediante TCE exigindo-se, ao final, a necessária apuração do quantum de dano causado ao Erário;*
- c) no presente caso, a gestora prestou contas dos recursos recebidos, havendo comprovação de todos os gastos, não ocorrendo, por parte deste Tribunal questionamentos quanto à legalidade ou veracidade de tais documentos, o que afasta a ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiro, bens ou valores públicos, bem como ausência de prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico;*
- d) assim, por via lógica, não poderia ter sido instaurada a presente TCE haja vista não ter havido nenhuma ocorrência relacionada aos requisitos autorizadores para a instalação;*
- e) além disso, era necessário que se levantasse o quantum do dano causado e o seu responsável. Tendo sido provado nos autos os pagamentos previstos no contrato de parceria em sua integralidade, não há porque se falar em dano ao Erário, na sua quantificação e na sua responsabilização; e*
- f) havendo ilegalidade na instauração desta TCE há que ser reconhecida sua nulidade, com o respectivo arquivamento destes autos ou a exclusão dos recorrentes do rol de responsáveis do acórdão recorrido.*

Análise

24. Não assiste razão aos recorrentes.

25. O presente caso se enquadra na hipótese de ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos. Dessa forma, ao contrário do alegado pelos recorrentes, restaria atendida a hipótese legal prevista no art. 8º da Lei 8.443/1992. No entanto, a conversão do processo de denúncia em tomada de contas especial se deu pela previsão contida no art. 47 da Lei 8.443/1992, verbis:

‘Art. 47. Ao exercer a fiscalização, se configurada a ocorrência de desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário, o Tribunal ordenará, desde logo, a conversão do processo em tomada de contas especial, salvo a hipótese prevista no art. 93 desta Lei.’

26. Para que fique clara a gravidade dos fatos noticiados nestes autos, é importante transcrever excerto da proposta de deliberação da Decisão 534/2002-TCU-Plenário, o qual delimita o contexto em que as irregularidades foram materialmente praticadas (peça 1, p. 42):

‘(...) O que se infere desses elementos é que a Prefeitura de Pirapemas, ao tempo que executava um grande número de obras de forma direta – com operários e mestre de obras pagos diretamente pela tesouraria municipal e adquirindo diretamente os materiais e equipamentos de construção, simulava a contratação de empresas – que, a princípio, só existem no papel, para execução dos mesmos serviços. Assim, enquanto algumas obras eram realizadas com recursos originalmente municipais (FPM e outros), os recursos federais transferidos por meio de convênios ou outras formas de repasses eram integralmente desviados quando do pagamento às contratadas. Importante ressaltar que tal procedimento conferia uma aparente normalidade formal e material à aplicação dos recursos.

14. Documentos acostados aos autos indicam que esse procedimento foi utilizado durante anos, perpassando várias gestões municipais (sem registro no Crea, sem responsáveis técnicos, sem empregados, sem faturamento declarado à receita, e até mesmo, sem autorização para emissão de notas fiscais), controladas por um mesmo grupo de pessoas ou por procuradores e testas de ferro por elas nomeados. Indica, ainda, que grande parte dos valores pagos a essas empresas sequer ingressavam na contabilidade das mesmas, sendo

sacados na boca do caixa por algum dos integrantes do citado grupo ou simplesmente depositados em contas bancárias das quais eram titulares.

15. O conjunto indiciário/probatório obtido pela equipe de auditoria com o auxílio do Ministério Público e da Receita Federal é extremamente robusto. Integram-no, por exemplo, cópias de cheques, nominais às empresas ou a um dos integrantes do grupo, alternativamente, sacados na boca do caixa, pelo último, mediante endosso; ou, ainda, extratos de contas bancárias de integrantes do grupo das quais constam inúmeros depósitos originários das citadas empresas fictícias.

16. Quanto aos envolvidos, os documentos indicam que o procedimento relatado teria começado em 1989, na gestão do Sr. Eliseu Barroso de Carvalho Moura, hoje Deputado Federal, à frente do município, e teria continuado nas gestões seguintes, primeiramente com o seu primo, Sr. Hieron Barroso Maia, e posteriormente com a sua esposa, Sra. Carmina Carmem Lima Barroso Moura, reeleita para mais um mandato nas eleições de 2000. A conduta desses e dos demais responsáveis apontados pelo trabalho – dentre os quais constam os Srs. Manoel Rodrigues Martins de Moura e Wellington Manoel da Silva Moura, pai e filho, ambos parentes do citado Deputado Federal, e algumas pessoas comprovadamente ligadas a esse último (assessores parlamentares ou sócios) -, encontra-se mais do que suficientemente descrita e fundamentada nos autos.

17. Relativamente aos convênios/repasses possivelmente fraudados, o relatório de auditoria alinha 51 transferências de recursos federais, em 41 das quais já se teria apurado irregularidades diversas, pendentes as demais de maiores investigações (fls. 180 e 181, deste volume). Os montantes desviados podem chegar à casa de milhões.'

27. Os recorrentes são silentes quanto a todo esse contexto se socorrendo pelo simples fato de que, formalmente, houve a prestação de contas do contrato de repasse em discussão pela gestora responsável, o que, por si só, não comprova que inexistiu fraude ou desvio dos recursos o com a boa e regular aplicação dos mesmos.

Alegações: (peças 27 e 28, p. 6-7)

28. Os recorrentes argumentam que:

a) foram infringidos os princípios da ampla defesa e do contraditório previstos no art. 31 da Lei Orgânica do TCU e nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal. Cite-se entendimento sobre essa questão do administrativista Moraes, Alexandre de, in *Direito Constitucional*, 12ª Edição, Editora Atlas, 2002, p. 124;

b) segundo reza o art. 183, inciso I, alínea 'a', do Regimento Interno do TCU (RI/TCU), a contagem de prazos começa do recebimento pela parte da comunicação de audiência. Por interpretação lógico-sistemática, conclui-se que é necessária a notificação do interessado para todos os atos a serem praticados no processo de prestação de contas, devendo a ele ser garantido o direito à ampla defesa e ao contraditório;

c) essa regra se estende à apresentação de defesa e à realização da sessão de julgamento, por se tratar de um dos pontos importantes para a efetivação da defesa, inclusive podendo ser utilizado na sustentação oral para a sua efetivação (art. 168 do RI/TCU);

d) no presente caso concreto, os recorrentes não foram notificados para apresentação de defesa, nem para a sessão de julgamento, que ocorreu em 8/12/2010. Não se pode opor-lhes a alegação de não terem sido encontrados por via postal; e

e) impõe-se, assim, a declaração de nulidade do acórdão recorrido, por não ter havido notificação dos recorrentes para a apresentação de defesa ou para a data de realização da sessão plenária.

Análise

29. Não assiste razão aos recorrentes.

30. Quanto à alegação nulidade e quanto à notificação para apresentação de defesa, há que se assinalar que:

a) o endereço para a citação do Sr. João da Silva Neto, regularmente realizada, foi obtido por meio de consulta ao Sistema CPF da Secretaria da Receita Federal (peça 7, p. 24-25). Assim, não havendo qualquer irregularidade na transcrição de seu endereço no AR e por deixar de apresentar suas alegações de defesa, foi considerado revel. Dessa forma, não se pode admitir que esse recorrente alegue ato inerte, por ele mesmo praticado, de forma a amealhar seu próprio proveito;

b) já o Sr. Walter Pinho Lisboa Filho apresentou, em 20/6/2003, suas alegações de defesa (peça 7, p. 15-18), não havendo que se cogitar em cerceamento de sua defesa; e

c) assim, foi dada oportunidade para o exercício da ampla defesa e do contraditório a ambos os recorrentes.

31. Com relação à ausência de notificação sobre a data de sessão de julgamento do acórdão recorrido, há que se assinalar que a matéria já se encontra pacificada no âmbito deste Tribunal no sentido de que não é necessária a notificação prévia e pessoal para informar a data da sessão de julgamento, bastando a publicação da pauta de julgamento no Diário Oficial da União.

32. A ausência da intimação pessoal da data em que será julgado o processo não ofende qualquer princípio constitucional ligado à defesa. A publicação da pauta de julgamentos no Diário Oficial da União é suficiente para conferir publicidade ao ato processual e permitir a participação de todos na sessão de julgamento. Tal entendimento encontra amparo em deliberação do Plenário do Supremo Tribunal Federal, proferida em sede de Agravo Regimental em Mandado de Segurança (MS-AgR 26.732/DF, Relatora Ministra Carmen Lúcia), conforme excerto a seguir transcrito:

‘EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. JULGAMENTO DE RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. INTIMAÇÃO PESSOAL DA DATA DA SESSÃO. DESNECESSIDADE. 1. Não se faz necessária a notificação prévia e pessoal da data em que será realizada a sessão de julgamento de recurso de reconsideração pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de ofensa aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal quando a pauta de julgamentos é publicada no Diário Oficial da União. 2. O pedido de sustentação oral pode ser feito, conforme autoriza o art. 168 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, até quatro horas antes da sessão. Para tanto, é necessário que os interessados no julgamento acompanhem o andamento do processo e as publicações feitas no Diário Oficial da União. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento.’

Alegações: (peças 27 e 28, p. 7-12)

33. No mérito, os recorrentes alegam que:

a) restam ausentes provas para as apenações perpetradas, havendo, tão somente, indícios de irregularidades que ofendem o princípio constitucional da inocência. A participação deles na aplicação dos recursos em discussão não restou comprovada tendo sido apontados apenas divagações, conclusões sem fundamentação e subjetivismos;

b) o princípio da presunção de inocência explicitado na Constituição Federal de 1988 tem reconhecimento na doutrina e jurisprudência brasileira, sobretudo na adesão do Brasil à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, nos termos de seu art. 11, nº 1;

c) a suficiência da prova, no âmbito administrativo, deve ser robusta, sob pena de invalidade do julgamento e de infringência do instrumento processual do in dubio pro reo que garante o princípio da presunção de inocência;

d) o ônus da prova, sob o amparo da Teoria de Chiovenda e de lições doutrinárias de Rigolim e de Helly Lopes Meirelles, é do poder público. A jurisprudência administrativa também é nesse sentido;

e) não bastaria a administração presumir a culpabilidade do recorrente, sobretudo depois de transcorridos mais de dez anos dos fatos;

f) a inexistência de provas retira a possibilidade de qualquer punição ao recorrente, visto ser necessário, para a apenação, a liquidez e certeza (Parecer CJ 1/1998 da Advocacia Geral da União);

g) segundo vários apontamentos doutrinários (Betiol apud Tourinho Filho, 2003, p. 71, e apud Souza Netto, 2003, p. 155), no direito, só a certeza possui o condão de levar à condenação dos recorrentes. Quanto à presunção de inocência e a prevalência do princípio do in dubio pro reo, 'Nenhuma acusação pessoal presume provada (...)', peça 27, p. 10-11;

h) se aplicaria no presente caso a questão da prova no processo segundo Pereira Souza, in Primeiras Linhas sobre o Processo Criminal, 3ª Edição, Lisboa: A. M. DCCCVI, p. 128 a 132, que informa, em síntese que a obrigação da prova do delito incumbe ao acusador, sendo que sua falta importa na absolvição do réu. Em tais casos, aplica-se o precedente do STF no julgamento do HC 73.338-7 (Relator Ministro Celso de Mello, DJU 14/8/1992);

i) não existem provas quanto às seguintes ocorrências:

i.1) omissão no dever de prestar contas;

i.2) grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;

i.3) injustificado dano ao Erário decorrente de ato ilegítimo ou antieconômico;

i.4) desfalque, desvio de dinheiro, bens ou valores públicos; e

j) especificamente quanto ao Sr. João da Silva Neto, em face da existência de correlação fática com os verificados nestes autos, não que ser aplicados os mesmos julgamentos proferidos nos TC's 020.526/2004-4 e 020.594/2004-4, que decidiram por excluir esse recorrente do rol de responsáveis nos referidos processos (peça 27, p. 13-18).

Análise

34. Não assiste razão aos recorrentes.

35. Preliminarmente, há que se assinalar que os recorrentes não apresentaram quaisquer fatos novos que desconstituísem as imputações pelas quais os recorrentes foram citados (itens 8 e 11 deste Exame), limitando-se, unicamente, a pugnar pela alegação de ausência de provas em que pese o extenso rol factual de indícios de irregularidade e que constam no item 26 deste Exame.

36. Importa assinalar, também, as circunstâncias em que os atos fraudulentos foram cometidos, transcrevendo-se a descrição de como os diversos intérpretes estavam organizados e hierarquizados (peça 7, p. 31-34):

'3. A auditoria deste Tribunal constatou um esquema de fraudes na aplicação de recursos federais conveniados repassados à Prefeitura Municipal de Pirapemas-MA. Restou evidenciado que diversas pessoas atuaram concertadamente na concretização das fraudes. Tal qual uma organização, essas pessoas estavam agregadas por hierarquia de comando e de atribuições, no que foram evidenciados três níveis de operadores.

3.1. No primeiro nível da organização situamos os que se encontravam na posição de comando, por deterem o controle dos meios, das condições e das oportunidades, sem os quais não haveria um ambiente propício à prática das fraudes. Nesse grupo estão o casal, senhor Eliseu Barroso de Carvalho Moura e senhora Carmina Carmen Lima Barroso Maia, bem como o senhor Hieron Barroso Maia.

3.1.1 O senhor Eliseu Moura detinha o controle político do Município de Pirapemas - MA; pois fora ali Prefeito de 1989 a 1993; indicou e elegeu seu sucessor, o primo Hieron Barroso Maia, para o período de 1993/1996, e depois sua esposa, senhora Carmina, para dois períodos, 1997/2000 e 2001/2004; foi eleito deputado federal para as legislaturas de 1995/1999 e 1999/2003 e assumiu como suplente em períodos da legislatura federal 2003/2007.

3.1.2 O deputado federal Eliseu Moura foi, legitimamente, autor de inúmeras emendas parlamentares que resultaram em transferências de recursos do Orçamento da União à Prefeitura de Pirapemas no período sob auditoria.

3.1.3 Desse modo, o senhor Eliseu Moura, a senhora Carmina e o senhor Hieron eram detentores dos meios propícios à gestação do esquema detectado de aplicação irregular de recursos públicos. Como deputado federal, o senhor Eliseu conseguiu levar para os cofres municipais de Pirapemas recursos federais que, em tese, reverteriam em benefícios para a população de sua principal base eleitoral. Como Prefeitos Municipais, a senhora Carmina e o senhor Hieron, respectivamente esposa e primo do deputado, foram eleitos para garantir ao deputado o controle da Prefeitura, ou seja, foram as pessoas a quem o deputado, elegendo-as com seu prestígio político, confiou a entrega e a guarda dos recursos que carreeou aos cofres municipais a partir de sua atividade parlamentar. Logo, tudo esteve sob o controle do senhor Eliseu Moura. Assim, este conseguiu os recursos e os colocou sob a guarda do seu primo (4 anos), e depois de sua esposa (8 anos), que, de fato, eram apenas 'instrumentos' a serviço do verdadeiro controlador político e financeiro, senhor Eliseu Moura. Só sob essa comunhão de fatores poderiam ser, e assim o foram, perpetradas as fraudes investigadas.

3.2 No segundo nível da organização, inclui-se os que, como prepostos do senhor Eliseu e da senhora Carmina, e a seu tempo do senhor Hieron, executavam tarefas naturalmente atribuíveis a pessoas de extrema confiança, de lealdade já antes demonstrada, de fidelidade a toda prova. Essas pessoas cuidavam dos aspectos contábeis, administrativos, bancários e documentais para dar aparência de legalidade aos procedimentos das fraudes e gerenciavam as tarefas dos operadores do nível mais inferior. Nesse grupo, lista-se os senhores José Olivian de Carvalho Moura, Wellington Manoel da Silva Moura, João da Silva Neto, Walter Pinho Lisboa Filho, Josias Luís Monção e a senhora Maurie Anne Mendes Moura. Sobre cada um, faremos um breve relato evidenciando o que restou apurado sobre seus vínculos de subordinação e de convívio com o senhor Eliseu Moura e a senhora Carmina que os credenciaram a serem recrutados a servir a esse esquema de aplicação ilegal de dinheiro público.

(...)

3.2.3 O senhor João da Silva Neto, Contador, foi testemunha instrumentária da alteração contratual de 30/06/93 da São Luis Engenharia Ltda. Tal fato, por si só, está a indicar que, pelo menos desde essa data, já havia ligação desse senhor com os sócios dessa empresa (v. fls.37 - Anexo 5).

3.2.3.1 Segundo depoimento prestado à Receita Federal pelo senhor Josias Luís Monção, o senhor João da Silva Neto era responsável pelo setor financeiro da São Luis Engenharia ao tempo que aquele também lá trabalhava. Ainda, o senhor Josias declinou em seu depoimento que, após o encerramento das atividades da referida empresa, o senhor João da Silva Neto foi ser Assessor Parlamentar do então deputado federal Eliseu Moura, no escritório deste, no Cruzeiro do Anil (mesmo endereço do escritório da Prefeitura). Informou ainda o senhor Josias que, após a senhora Carmina tomar-se Prefeita de Pirapemas, ele (Sr. Josias) foi trabalhar juntamente com senhor João da Silva Neto no escritório da Prefeitura na Capital do Estado, e que este último respondia pela Prefeitura, bem como fora responsável pela contabilidade da campanha do Deputado Eliseu Moura (v. fls.41/43 e 73/77-Anexo 5).

3.2.3.2 Em depoimento à Receita Federal, o senhor João da Silva Neto declarou que, após ter trabalhado como estagiário no Banco do Nordeste do Brasil na cidade de Oleiras/PI, onde conheceu uma irmã do senhor Eliseu Moura, a mesma o indicou para trabalhar em São Luis em empresa madeireira de propriedade do senhor Eliseu Moura, tendo na empresa permanecido mais ou menos de fevereiro a agosto de 1987. O depoente afirmou que, em 1990, ingressou na empresa São Luis Engenharia onde trabalhou até início de 1994, quando saiu para laborar na antiga Telma - Telecomunicações do Maranhão, e que, mais ou menos no início de 1997, o então deputado Eliseu Moura conseguiu a sua disposição para com este trabalhar como Secretário Parlamentar com exercício no gabinete, em São Luis, do deputado, no mesmo endereço do escritório da Prefeitura de Pirapemas, também na Capital do Estado. Em seu depoimento, o senhor João da Silva Neto declinou o número 245-4145 como sendo o telefone desse escritório parlamentar, aqui já referido como sendo também da representação da Prefeitura na Capital do Estado (v. fls.116/121 e 125/128 -Anexo 5).

3.2.4 O senhor Walter Pinho Lisboa Filho, Engenheiro, aparece como testemunha instrumentária da alteração contratual de 26/04/85 da São Luis Engenharia Ltda., evidenciando, portanto, ser pelo menos desde então sua ligação com os sócios dessa empresa (v. fls.22 - Anexo 5).

3.2.4.1 Em depoimento prestado à Receita Federal em 16/11/2000, o senhor Walter Pinho Lisboa Filho declarou ter sido Engenheiro da empresa São Luis Engenharia no período de 1981 a 1985 e de 1991 a 1993 e que a empresa funcionou no mesmo endereço do escritório da Prefeitura de Pirapemas (v. fls.83/90 - Anexo 5).

3.2.4.2 - Declarou também o senhor Walter que conheceu o senhor João da Silva Neto da empresa São Luis Engenharia do período de 1992 e 1993.

3.2.4.3 Aduziu ainda em seu depoimento o senhor Walter que, desde maio de 1997, presta serviços à Prefeitura de Pirapemas como profissional autônomo.’

37. A par de todos esses apontamentos, reiteram-se os indícios elencados nos itens 10 e 13, alíneas ‘b’ e ‘c’ deste Exame, para ressaltar que, em nosso ordenamento jurídico, o conjunto indiciário faz prova em desfavor dos recorrentes. A respeito da força e da validade da prova indiciária e de sua aplicação nos processos do Tribunal de Contas da União, veja-se o trecho da proposta de deliberação, relator Ministro Benjamin Zymler, nos autos do TC-011.241/1999-3, no qual foi prolatado o Acórdão 331/2002-TCU-Plenário:

‘Como seria de se esperar, não há documento formal autorizando o pagamento de cheques sem a devida provisão de fundos. O bom senso indica que os responsáveis pelo ilícito, conhecedores das normas que regem a matéria, teriam o cuidado de evitar a produção de evidências documentais dos seus atos. Cabe aqui lembrar a tese defendida por este Relator na Sessão Plenária de 7 de agosto do corrente. Na ocasião, apresentei declaração de voto em relação ao TC-008.291/1999-3, na qual pugnei pela validade da prova por meio indiciário no sistema jurídico brasileiro, aplicável, portanto, aos processos desta Corte.

Transcrevo, por relevante, excerto da aludida Declaração de Voto:

‘Indício é meio de prova amplamente utilizado em nosso País, tanto no processo penal - com expressa previsão no art. 239 do Código de Processo Penal - quanto no processo civil - neste caso, em decorrência de construção jurisprudencial, tendo por fulcro os arts. 332 do Código de Processo Civil, bem assim o art. 136 do Código Civil.

Indício é meio de prova indireto. É uma circunstância certa, da qual se pode extrair, por construção lógica, uma conclusão do fato que se pretende provar.

Nesse ponto, cumpre lembrar ensinamento do renomado processualista E. Magalhães Noronha (in Curso de Direito Processual Penal, Saraiva, 21ª ed., pág. 133):

‘Raciocínio indiciário é um silogismo: premissa maior - a proposição geral; premissa menor - o fato ocorrido; conclusão lógica - a prática do delito. Os autores, em geral, exemplificam com o furto - crime em que a prova frequentemente é indiciária. Um homem, que não é da casa, é visto sair, de madrugada, sobraçando um objeto que não se distingue bem. No dia seguinte descobre-se que dali furtaram uma bandeja. Há indícios de que seja ele o autor. Premissa maior: a experiência, o quod plerumque accidit, mostra que o estranho que desse modo sai de uma casa é ladrão. Essa premissa, como se vê, é abstrata e genérica. Premissa menor: foi aquele homem visto nessa situação. É essa premissa concreta, real e particular. Conclusão lógica: é ele o autor do furto praticado naquela madrugada’.

Farta é a jurisprudência em nossos Tribunais superiores quanto à validade da utilização de prova indiciária. Assim se manifestou o Ministro Décio Miranda do Supremo Tribunal Federal (Ag. 73.847-9/RJ):

‘O criticado voto, que espelha o entendimento do acórdão recorrido, embora tenha referido, ‘en passant’, não se poder decidir com fundamento em ‘simples indícios’, na verdade mais se apoiou na inconsistência dos indícios analisados, que não lhe permitiram fazer luz na complexidade dos negócios entre as partes (...).

Assim, em resumo, não se negou em tese valor probatório a indícios, senão que se considerou seriam, no caso concreto, incapazes de proporcionar convencimento contrário à expressão literal dos contratos’.

Ao apreciar recurso de apelação, o Desembargador Dácio Vieira, do Tribunal de Justiça do Distrito [Federal], ao proferir o Voto condutor em apelação cível em ação de investigação de paternidade (AC 34.773/95 - Acórdão 86.523):

‘Nas ações de investigação de paternidade, conforme anteriormente salientado, deve o julgador examinar com acuidade o conjunto probatório, sendo certo que tanto a doutrina, quanto a jurisprudência, contentam-se com os elementos de convicção indiciários e circunstanciais, afirmando o juiz sentencialmente que ‘há indícios suficientes que levam à conclusão de que houve a relação sexual’.

Sobre esse mesmo tema, o renomado jurista Washington de Barros Monteiro assim se manifestou (in Direito de Família, 1964):

‘Nessas causas, segundo preleciona a doutrina e a jurisprudência, não deve o juiz ater-se a um rigor exagerado no exame dos elementos de convicção carreados para os autos. Ele não deve ser instrumento de aventuras audaciosas, mas, também, não deve faltar à alta missão social que lhe incumbe ao amparar as

pretensões justas. Por exemplo, no tocante às relações sexuais, deve o juiz exigir prova direta? Não, evidentemente, porque ela é, na maior parte dos casos, absolutamente impossível.

Por essas razões, acolho os pareceres concordes da unidade técnica e do Ministério Público, no sentido de ser aplicada multa aos Srs. Jalaertem de Souza Campos Júnior, João Alberto Moretto e Irlandi Paiva Santos, pela participação no acolhimento de cheque sem fundos emitidos pela empresa denunciante, em desacordo com as normas exaradas pelo Conselho Monetário Nacional.

38. *Com relação às alegações específicas do Sr. João da Silva Neto, assinale-se que:*

a) discutiu-se nos autos do TC 020.594/2004-4 a participação do recorrente no âmbito do Convênio 567/1997-SDR-MA, que objetivava a implantação de rede de distribuição de energia elétrica no município de Pirapemas, o qual se originou dos 30 apartados a que se referiu a Decisão 534/2002-TCU-Plenário;

b) o recorrente foi excluído de responsabilidade naqueles autos tendo em vista a ponderação do relator da proposta de deliberação acolhida no Acórdão 2.295/2009-TCU-Plenário:

‘O Sr. João da Silva Neto foi responsabilizado neste processo na condição de procurador da empresa Procel, contratada para a execução do objeto do convênio. Conforme apurado na auditoria realizada no município, depoimentos prestados perante a Receita Federal, inclusive pelo próprio responsável, a referida empresa não teria realizado as obras objeto do contrato. Todavia não existem elementos nestes autos, ou na TCE apensada, que comprovem que as obras de distribuição de energia vistoriadas pelos técnicos do Ministério da Agricultura não foram realizadas pela empresa Procel. Também não há provas de que os pagamentos realizados não tenham sido destinados àquela empresa. Considerando que a irregularidade imputada à empresa diz respeito ao recebimento de valores além daqueles devidos pelas obras executadas, não vejo como responsabilizar pessoalmente o Sr. João da Silva Neto por esse fato.’

c) de forma análoga, dadas as circunstâncias em que se deu a aplicação dos recursos objeto do Convênio 96.266/1998, para a ampliação de salas de aula e construção de escola de ensino fundamental, o recorrente foi excluído do rol de responsáveis, no âmbito do TC 020.526/2004-4, efetuado por meio do Acórdão 2.615/2009-TCU-Plenário (peça 27, p. 17);

d) nestes autos, o acordo firmado tem objeto e conjunto indiciário distintos, não se impondo o mesmo desfecho ocorrido naqueles autos; e

e) enfim, se verifica, tão somente, que a constituição de apartados propiciou acuidade e foco ampliados para análise de cada um dos ajustes, convênios e repasses de recursos federais para o Município de Pirapemas/MA, de forma que, em algumas situações, o recorrente teve sua responsabilidade excluída, como foi nos casos retro citados, mas que, nestes autos, não se afigura o mesmo entendimento conforme análise pretérita (itens 35-37 deste Exame).

Recorrentes: João Araújo da Silva Filho, Francisco de Assis Sousa e Eliseu Barroso de Carvalho Moura

Alegações: (peças 29-31, p. 1-4)

39. *Inicialmente, os recorrentes, após tecerem considerações acerca do cabimento do recurso e a síntese dos fatos, alegam que:*

a) houve cumprimento integral do convênio, havendo a correta aplicação dos recursos em benefício das unidades habitacionais no Município de Pirapemas/MA;

b) os pagamentos foram todos registrados, inexistindo indício de apropriação de verbas públicas. Os valores sacados foram pagos ao efetivo prestador de serviços e não em benefício do gestor, como alegado, inexistindo dolo ou má-fé;

c) as fotos anexadas (peças 29-31, p. 55-57) atestam que o objeto foi totalmente alcançado com obediência às exigências legais;

d) não se poderiam usar os recursos em proveito próprio, pois os recursos foram devidamente alocados;

e) as despesas estão devidamente comprovadas por documentos idôneos (peças 29-31, p. 14-59) e foram revertidas em benefício da municipalidade, inexistindo desvio do objeto ou dano ao erário;

f) os rendimentos decorrentes das aplicações dos valores contratuais foram devolvidos à União atestando a boa-fé na gestão dos recursos; e

g) as irregularidades apontadas são meramente formais, inexistindo ausência de nexos causal.

Análise

40. Não assiste razão aos recorrentes.

41. Inicialmente, não há que se falar em correta aplicação dos recursos em tela tendo em vista que:

a) constam os seguintes apontamentos no acórdão recorrido:

a.1) item 13.6 da transcrição do relatório da unidade técnica (peça 8, p. 14):

‘Na prestação de Contas apresentada ao órgão repassador todos os pagamentos foram atribuídos à Construssonda Construções Ltda., empresa comprovadamente de fachada, controlada por procurador vinculado ao esquema de fraude detectado, inclusive com a tarefa de acompanhar nas instituições bancárias titulares de empresas, também sem operacionalidade, quando da atribuição de pagamentos às mesmas para imediatamente repassarem ao acompanhante os valores correspondentemente sacados (...);’

a.2) item 5 da proposta de deliberação condutora (peça 8, p. 19):

‘5. Nesse sentido, convém lembrar que foi constatado que valores do contrato de repasse tinham sido pagos pela Prefeitura à firma fictícia, Construssonda Construções Ltda., cujo controle efetivo, credita-se ao próprio Deputado Federal Eliseu Moura. Contudo, as obras não tinham sido executadas pela referida empresa, pois, na verdade, se tratava de execução direta pagos com recursos da própria municipalidade.

6. Sob essa sistemática, os recursos federais repassados, mediante convênios ou instrumentos congêneres, eram integralmente desviados quando do pagamento à contratada, prática recorrente, adotada ao longo de várias gestões municipais, em que os objetos foram adjudicados a uma sucessão de empresas fictícias (sem registro no CREA, sem responsáveis técnicos, sem empregados, sem faturamento declarado à receita, e, até mesmo, sem autorização para emissão de notas fiscais), com grande parte dos valores pagos sem ingressar na contabilidade das mesmas, ou seja, sacados na boca do caixa por integrantes do referido esquema, ou simplesmente depositados em contas bancárias das quais eram titulares;’

a. 3) item 12 da proposta de deliberação condutora (peça 8, p. 20):

‘12. Ademais, tendo sido procurada pela fiscalização da Fazenda Estadual e do INSS, a Construssonda Construções Ltda. não foi localizada. E, assim, ficou evidenciado que a empresa não tinha operacionalidade, além de toda a documentação em seu nome (notas fiscais, propostas, recibos etc.) ter sido de emissão gratuita e infundada, unicamente para dar foros de legalidade às despesas efetuadas por conta dos recursos federais oriundos do contrato de repasse;’ e

a.4) item 16 da proposta de deliberação condutora (peça 8, p. 20):

‘16. Em 20/7/1998, a Prefeitura fez o recebimento definitivo das obras de melhoria, dando por cumprido o objeto contratado. Porém, não ficou demonstrado o nexo de causalidade entre as despesas

efetuadas e os recursos federais repassados por meio do Contrato de Repasse nº 41530-17/1997-MPO/CEF/MA, mostrando-se, portanto, indevidos os pagamentos realizados à empresa;'

b) nenhum desses apontamentos foi objeto de contestação por parte dos recorrentes e não foram apresentados novos documentos aptos à desconstituição do acórdão recorrido, em especial, o fato de que a empresa Construssonda atuava de forma fictícia, bem como a comprovação do vínculo de nexos causalidade entre a origem dos recursos oriundos do contrato de repasse em discussão e a execução de seu objeto; e

c) a documentação referente à prestação de contas dos recursos em questão apresentada pelos recorrentes (peças 29-31, p. 22-59) já se encontrava presente na peça 14 destes não havendo qualquer inovação no conjunto de provas.

42. Com relação à alegação referente à devolução de parte dos valores referentes à aplicação financeira dos recursos repassados (peças 29-31, p. 51-52), no valor de R\$ 93,60, há que assinalar que esse ato não atesta a boa-fé dos recorrentes e não tem o condão de desconstituir todo o percuciente trabalho de auditoria que foi realizado pela Secex/MA na caracterização da fraude e de desvios de recursos constatados nestes autos.

Alegações: (peças 29-31, p. 5-6)

43. Os recorrentes argumentam que:

a) a contratação da construtora Construssonda foi legal;

b) durante o ano de 1997, o Município de Pirapemas/MA enfrentou graves problemas decorrentes de fortes chuvas com a decretação de Estado de Emergência, Decretos Municipais 11/1997 e 38/1997 (peças 29 e 30, p. 61-62);

c) em face de problemas na colheita e no escoamento da produção de arroz, milho, algodão e soja, as atitudes da prefeitura tiveram que ser tomadas o mais rápido possível, a fim de resguardar a população de mais prejuízos. Até pouco tempo atrás, a municipalidade não recebeu qualquer auxílio de verbas federal ou estadual;

d) assim, a contratação da mencionada construtora se deu em situação emergencial, o que se amolda ao disposto no inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/1993; e

e) as 178 unidades habitacionais foram concluídas dentro dos padrões técnicos estabelecidos, atingindo os objetivos do programa 'habitar', restando justificada a não realização de procedimento licitatório em atendimento ao interesse público.

Análise

44. Esses argumentos dos recorrentes também não procedem.

45. Há que se ressaltar que não existe controvérsia acerca da dispensa da licitação ocorrida no âmbito do contrato de repasse em discussão, não havendo qualquer reflexo sobre o mérito recursal quanto aos decretos municipais que atestaram a calamidade pública. O ponto de controvérsia é a simulação realizada no âmbito desse procedimento e a situação calamitosa não convalida a realização de atos fraudulentos. Novamente, quanto à simulação do procedimento licitatório nada foi trazido aos autos pelos recorrentes.

46. Saliente-se, também, que participaram da mencionada licitação – na qual se sagrou vencedora a empresa Construssonda – as empresas Vale do Itapecuru Ltda. e Piqui Construções Indústria e Comércio (peça 13, p. 13-16), havendo dois apontamentos de auditoria sobre os quais os recorrentes permanecem silentes e que corroboram o simulacro, quais sejam (peça 7, p. 37):

‘6.1.1.4. A VALE DO ITAPECURU não foi localizada em seu suposto endereço na cidade de Caxias - MA, tanto pela fiscalização da Receita Estadual como do INSS realizadas a pedido do TCU. Tendo sido localizado o senhor Wellington Moura, este não se dignou em apresentar à Receita Estadual a documentação fiscal da empresa.

6.1.2 O mesmo Wellington Manoel da Silva Moura também esteve vinculado à constituição de uma outra empresa, a CONSTRUSSONDA CONSTRUÇÕES LTDA. Esta empresa foi aberta em dez/96, já eleita Prefeita a senhora Carmina para o mandato 1997/2000, tendo por sócios os senhores Manoel Rodrigues Martins de Moura e Paulo de Tarso Almeida Bezerra Lima, respectivamente, pai e cunhado do senhor Wellington Moura. Ambos os sócios tinham domicílio no mesmo local atribuído à sede da VALE DO ITAPECURU. O senhor Wellington Moura foi nomeado em 15/05/97 procurador da CONSTRUSSONDA (v. fls.147/152 – Anexo 5).’

Alegações: (peças 29-31, p. 6-8)

47. Por fim, os recorrentes asseveram que:

a) há prevalecer o pedido de ressarcimento solicitado pelo acórdão recorrido, haverá enriquecimento sem causa da União, pois ela se locupletará de todos os materiais e obras realizadas para construção/reforma das unidades habitacionais em questão;

b) em nenhum momento foi cogitado que o objeto do convênio não foi realizado, havendo apenas questionamentos acerca da realização dos procedimentos de licitação e donexo causal;

c) há vedação expressa ao enriquecimento ilícito, nos termos do art. 884 do Código Civil. Além disso, o mestre Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que não se pode admitir que a administração se locuplete à custa alheia se o poder público assentiu com o ato, ainda que a atividade dispendida tenha sido realizada irregularmente ou arrepio de qualquer formalidade;

d) o objeto do contrato foi executado integralmente, não havendo motivos para se requerer a devolução dos recursos repassados pela União. Se assim não for, restarão infringidos os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade; e

e) aplicam-se ao presente caso os seguintes precedentes deste Tribunal: Acórdão 19/2001-TCU-1ª Câmara, quanto à não imputação de débito quando os recursos forem aplicados em benefício da comunidade; e Acórdão 342/1998-TCU-2ª Câmara, quando se admitiu desvio de objeto, porém com aplicação dos recursos em mesma finalidade.

Análise

48. Essas argumentações dos recorrentes também não procedem.

49. A tese de vedação ao enriquecimento sem causa alegada pelos recorrentes só encontraria respaldo se houvesse a cabal comprovação de que, ou a integralidade, ou que parte dos recursos, oriundos do contrato de repasse em questão tivessem sido efetivamente aplicados em prol da comunidade de Pirapemas/MA.

50. No entanto, não há elementos nos autos que apontem nesse sentido. O que prevalece nesses autos é a comprovação da existência de diversos indícios e a práticas de atos complexos que redundaram na comprovação de fraude com relação à aplicação dos recursos do Contrato de Repasse 41530-17/1997-MPO/CEF/MA (vide itens 26, 36, 37, 41 e 46 deste Exame).

51. Com relação à alegação de que o objeto da mencionada avença foi integralmente cumprido, vide análise de itens 41 e 42 deste Exame. Já quanto à aplicação dos precedentes mencionados pelos recorrentes ao presente caso concreto, verifica-se que os recorrentes deixaram de comprovar que as verbas públicas foram aplicadas em benefício da comunidade ou que houve desvio de objeto, porém com aplicação dos recursos em mesma finalidade.

52. Enfim, com a interposição de seus recursos, os recorrentes não acrescentaram fatos novos, nem apresentaram provas acerca das práticas fraudulentas executadas.

Recorrente: José Olivan de Carvalho Moura

Alegações: (peça 32, p. 1-13)

53. O recorrente, após tecer considerações sobre o cabimento do recurso e de expor o resumo dos fatos nesta TCE, alega, em sede preliminar, que:

- a) não é parte legítima para figurar nestes autos;
- b) nos termos do parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal, o responsável legal pelo contrato de repasse em questão é a signatária do mesmo, ex-prefeita municipal, Sra. Carmina Carmem Lima Barroso Moura, que assumiu a responsabilidade pela execução do seu objeto e a realização da respectiva prestação de contas. Também é responsável pela execução do convênio, assim como os sócios da empresa vencedora do processo licitatório;
- c) a própria Lei Orgânica do TCU também não prevê a inclusão do recorrente como parte passível de ser responsabilizada nestes autos, uma vez que:
 - c.1) a situação do recorrente não se enquadra nas hipóteses previstas nos incisos I e II do art. 5º da Lei 8.443/1992;
 - c.2) não pode haver sua condenação por ingerência ou desorganização de quem quer que seja, haja vista inexistir qualquer prova de que o mesmo teria contribuído para o desvio de verbas ou qualquer tipo de irregularidade que tenha resultado em dano ao Erário; e
 - c.3) inexistente qualquer vínculo com o contrato de repasse em discussão, seja em relação à gestão, seja em relação à execução do objeto do mesmo;
- d) não pode ser compelido a arcar com sua responsabilização solidária com base, única e exclusivamente, em depoimento de uma única pessoa;
- e) nenhuma das empresas mencionadas no decorrer do processo é de propriedade do recorrente. Não exerceu qualquer função junto a qualquer uma delas, inexistindo, pois, a possibilidade do recorrente ter contribuído de qualquer forma para malversação das verbas transferidas em discussão;
- f) aplica-se, ao presente caso, o Acórdão 1.856/2005-TCU-Plenário, em especial o seguinte excerto:

'(...) Uma inexecução contratual da qual decorreu dano ao erário federal só interessa ao TCU quando estiver presente uma conduta dolosa ou culposa de algum agente público. Nesse caso, haverá responsabilidade solidária da entidade privada e dos agentes públicos envolvidos. Tal entendimento encontra supedâneo no art. 16, § 2º, 'b', da Lei Orgânica do TCU, o qual estabelece que, nas hipóteses do inciso III, alíneas 'c' e 'd', desse mesmo artigo, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade solidária do agente público que praticou o ato irregular e do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado. Por outro lado, se não houver culpa lato sensu de nenhum agente público, a lesão suportada pelos cofres públicos deverá ser sanada por meio da competente ação judicial. Assim, nessa última hipótese, a questão será resolvida fora do âmbito de atuação desta Corte de Contas;'

- g) com base no art. 16 da Lei 8.443/1992 e no art. 209 do RI/TCU, a responsabilidade solidária sobre terceiros só pode alcançar aqueles que de qualquer forma tenham contribuído para o cometimento do dano apurado, o que não se enquadra à situação do recorrente;
- h) a responsabilidade sobre o recorrente só se daria se houvesse a demonstração irrefutável do que o mesmo tenha auferido alguma vantagem ou mesmo se tivesse participado da execução da obra; e
- i) deve, assim, ser aplicado analogicamente o inciso IV do art. 267 do Código de Processo Civil para excluir o recorrente do presente processo pelo fato do mesmo não ser parte legítima.

Análise

54. *Assiste razão ao recorrente.*

55. *A citação do recorrente ocorreu pelas seguintes irregularidades (peça 3, p. 34):*

'(...) associação para o cometimento de irregularidades na aplicação e comprovação dos recursos repassados à Prefeitura Municipal de Pirapemas/MA, tendo por mandatária a Sra. Carmina Carmen Lima Barroso Moura, esposa do Deputado Federal Eliseu Barroso de Carvalho Moura, de quem o responsável é irmão. Restou evidenciado, a partir de depoimento tomado pela Receita Federal, que o responsável teria a tarefa de comandar a execução das obras, objetos dos convênios relacionados, de abastecimento de água, inclusive de perfuração de poços, cujos equipamentos seriam de propriedade do próprio responsável. Não obstante a constatação da execução de obras à semelhança das que deveriam ter sido feitas por força dos convênios, não houve provas da vinculação dos recursos federais repassados à realização dessas obras.'

56. *Especificamente com relação ao contrato de repasse em questão, houve acréscimo na citação desse responsável da seguinte irregularidade (peça 3, p. 40):*

'Não efetividade das transações comerciais a que aludem as notas fiscais da empresa Construssonda Construções consignadas na prestação de contas do convênio em contrapartida as despesas ali tidas como que realizadas.'

57. *Fixadas as imputações ao recorrente, constata-se que o mesmo não é parte legítima para figurar nestes autos tendo em vista que:*

a) o fundamento do julgamento pela irregularidade destas contas é o disposto na alínea 'd' do inciso III do art. 16 ('desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos');

b) conforme informações da auditoria (peça 7, p. 33-34), o recorrente tinha participação empresarial na empresa São Luís Engenharia Ltda. Acontece que essa empresa não esteve presente no rol de empresas que participaram da simulação da dispensa de licitação ocorrida no âmbito do contrato de repasse em questão; e

c) além disso, na descrição dos fatos apontados ao recorrente (peça 7, p. 41), consta que:

c.1) segundo depoimento do Sr. João Neto, o recorrente comandava as obras do setor de abastecimento, o que não se amolda ao objeto do contrato de repasse em discussão;

c.2) relatórios de execução física produzidos por técnicos da FUNASA registraram o nome do recorrente como aquele que acompanhava as equipes nas fiscalizações e lhes forneciam informações técnicas sobre as obras. Dessa forma, infere-se que sua participação se limitava a ajustes, convênios e repasses no âmbito dos programas afetos especificamente à FUNASA, o que não se verifica no presente caso concreto; e

c.3) lhe foi atribuída a propriedade de equipamentos de perfurações de poços para execução de obras para a Prefeitura de Pirapemas/MA. Acontece que não há correlação entre esse fato e o objeto da pactuação em questão.

58. *Dessa forma, não há como atribuir participação do Sr. José Oliven de Carvalho Moura nas fraudes perpetradas e noticiadas nestes autos, devendo ser dado provimento ao recurso de forma a excluir o recorrente do rol de devedores solidários.*

Alegações: (peça 32, p. 13-14)

59. *Ainda em sede preliminar, o recorrente prossegue alegando que este Tribunal não detém a necessário interesse de agir em relação aos fatos aqui constatados, ressaltando que:*

a) segundo passagem doutrinária de Jorge Ulisses Jacoby, duas situações autorizam a atuação do TCU em relação ao particular sem vínculo com a Administração: atuação em coautoria com servidor na ocorrência de dano ao Erário; e, por expressa disposição de lei, se sujeita ao dever de prestar contas por haver gerido recursos públicos. Nenhuma dessas situações se aplica ao presente caso concreto; e

b) esse posicionamento é corroborado pela Decisão 446/2000-TCU-Plenário, que, nos termos da proposta de deliberação condutora do acórdão recorrido, de lavra do Ministro Adhemar Ghisi, asseverou:

‘(...) Em todas as assentadas, ficou claro o entendimento acerca da matéria no sentido de que, em não havendo a participação de pessoa com vínculo com a Administração Pública na geração do prejuízo imputado ao erário federal, portanto, sem a ocorrência de ato ilícito de agente público, consubstanciar-se-ia a hipótese de ausência de pressuposto de constituição do processo. Nesse sentido tem evoluído a jurisprudência desta Corte de Contas, podendo ser citados como precedentes: Decisão n° 031/98-Plenário, Decisão n° 706/98-Plenário, Decisão n° 172/99-TCU- Plenário, Decisão n° 272/99-TCU-Plenário, Decisão n° 356/99-TCU-Plenário, Decisão n° 513/99- TCU-Plenário; e’

c) há que ser reconsiderado o acórdão recorrido reconhecendo-se a ausência de constituição válida de pressuposto processual.

Análise

60. Essa argumentação do recorrente não procede.

61. Em termos gerais, essas alegações do recorrente são similares às apresentadas no item 23 deste Exame, motivo pelo qual se aplica a mesma análise lançada nos itens 25 a 27 deste Exame.

Alegações: (peça 32, p. 14-17)

62. No mérito, o recorrente alega que não é possível imputar-lhe responsabilidade solidária, tendo em vista que:

a) o objeto do contrato de repasse foi executado e encontra-se em perfeito funcionamento até os dias de hoje;

b) o acórdão recorrido encontra-se desprovido de fundamentação quanto à condenação do recorrente e a sua parcela de responsabilidade;

c) segundo o disposto no art. 209 do RI/TCU, o terceiro só poderá ser condenado se houver contribuído de qualquer forma para o dano. Inexiste qualquer enquadramento do recorrente nessa norma, nem no art. 16 da Lei Orgânica do TCU;

d) não figurou como contratante, nem como parte interessada na consecução do objeto conveniado ou mesmo o êxito de qualquer das empresas que participaram do procedimento licitatório;

e) as Súmulas 186 e 187 do TCU não se aplicam à situação processual do recorrente nestes autos;

f) o único ponto que se refere ao recorrente diz respeito a depoimento de pessoa que se apresenta como responsável pela execução de obras de abastecimento de água, o que não é verdade, e, ainda que fosse, não poderia ser utilizado porquanto o objeto do contrato de repasse é diverso daquela qualidade; e

g) impõe-se, assim, a reconsideração do acórdão recorrido, excluindo o recorrente do processo em discussão.

Análise

63. Quanto à alegação de que o objeto do contrato de repasse em questão foi integralmente executado, vide análise lançada nos itens 41, 42, 51 e 52 deste Exame.

64. No entanto, com relação às demais alegações do recorrente, consigne-se que a mesma análise que reconheceu a sua preliminar de ilegitimidade para figurar neste TCE (itens 55 a 58 deste Exame), se aplica à presente análise de mérito.

65. Assim, propõe-se que o recurso do Sr. José Olivan de Carvalho Moura seja, no mérito, provido.

Alegações: (peça 32, p. 17-21)

66. Por fim, o recorrente argumenta que o Executivo não pode se enriquecer sem causa tendo em vista que:

a) o objeto do contrato de repasse foi cumprido, o recorrente não é gestor responsável pelo mesmo, não possui interesse no indigitado contrato e não possui qualquer vínculo com as empresas participantes, seja como sócio ou como funcionário;

b) em nenhum momento foi cogitado que o objeto do convênio não tenha sido executado, a única falha apontada refere-se à ausência de controle administrativo do responsável, no caso, a ex-gestora, bem como por existir suposta organização entre a mesma e o seu ex-marido e ex-deputado Eliseu Moura;

c) há infringência ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, principalmente, por não se tratar de pessoa responsável pelo convênio;

d) Celso Antônio Bandeira de Mello comenta a despeito do enriquecimento sem causa é '(...) incremento do patrimônio de alguém em detrimento do patrimônio de outrem, sem que, para supediar tal evento, exista uma causa juridicamente idônea'. É a hipótese ocorrida nestes autos caso sejam mantidas as condenações do recorrente; e

e) aplicam-se ao presente caso os seguintes precedentes deste Tribunal: Acórdão 19/2001-TCU-1ª Câmara, quanto à não imputação de débito quando os recursos forem aplicados em benefício da comunidade; e Acórdão 342/1998-TCU-2ª Câmara, quando se admitiu desvio de objeto, porém com aplicação dos recursos em mesma finalidade.

Análise

67. Essa argumentação do recorrente não procede, reiterando-se a análise lançada nos itens 49 a 52 deste Exame.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

68. Por todo o anterior exposto, com fundamento nos arts. 32, I, e 33 da Lei 8.443/1992, propõe-se:

a) conhecer os recursos de reconsideração interpostos pelos Srs. João da Silva Neto, Walter Pinho Lisboa Filho, João Araújo da Silva Filho, Francisco de Assis Sousa, Eliseu Barroso de Carvalho Moura e José Olivan de Carvalho Moura contra o Acórdão 3.417/2010-TCU-Plenário;

b) negar provimento aos recursos interpostos pelos Srs. João da Silva Neto, Walter Pinho Lisboa Filho, João Araújo da Silva Filho, Francisco de Assis Sousa, Eliseu Barroso de Carvalho Moura;

- c) dar provimento ao recurso interposto pelo Sr. José Oliven de Carvalho Moura de forma a que seu nome seja excluído do item 9.3 do acórdão recorrido;
- d) dar ciência aos recorrentes, à Procuradoria da República no Estado do Maranhão e aos demais interessados do acórdão que vier a ser proferido.”

2. O Sr. Diretor da Serur manifestou sua concordância com a instrução acima transcrita, mas divergiu acerca do entendimento esposado sobre a prescrição da pretensão punitiva por parte deste Tribunal, *verbis* (peça 50):

“Em essência, concordo com a proposta de encaminhamento consignada no item 68 da instrução precedente. Convém ressaltar, não obstante, minha divergência acerca do entendimento esposado nos itens 20 a 22 da referida instrução acerca da prescrição da pretensão punitiva por parte deste Tribunal.

2. No que diz respeito à alegada prescrição, há de se fazer, inicialmente, uma distinção entre a prescrição do débito e a prescrição da pretensão punitiva, haja vista a diferença entre a natureza jurídica da imputação de débito e da aplicação de multa pelo TCU aos seus jurisdicionados.

3. Enquanto a condenação ao pagamento do débito tem como finalidade restituir o Poder Público à situação anterior ao ilícito (caráter reintegrativo da sanção em sentido lato) ou compensar o erário, procurando reaver as quantias não aplicadas, mal aplicadas ou desviadas (caráter compensatório), a aplicação de multa, ou qualquer outra sanção em sentido estrito, tem como objetivo a prevenção de futuras condutas delitivas.

4. O parágrafo único do art. 19 da Lei 8.443/1992 deixa claro que a aplicação da multa independe da existência do débito. O art. 57 do referido normativo explicita que pode haver aplicação de multa em associação ao débito causado pelo responsável.

5. Da leitura desses dispositivos legais, depreende-se que o dano ao erário deve ser devidamente elidido com a imputação de débito ao responsável. No entanto, a multa não se destina a qualquer ressarcimento ao erário, possuindo nítida natureza retributiva, independentemente de dano, ou, mesmo havendo dano, podendo ser aplicada em associação a sanções reintegrativas e compensatórias.

6. Considerando, portanto, que a aplicação de multa não visa ao ressarcimento ao erário, o entendimento deste Tribunal, corroborado pela jurisprudência do STF, no sentido de que as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis não se aplica à pretensão de o Estado aplicar sanções em sentido estrito. Até porque a Constituição Federal de 1988 tratou com especial zelo da segurança jurídica, de modo a se concluir que a regra é a prescritibilidade dos ilícitos. Somente a ressalva explícita, que é o caso do § 5º do art. 37, afasta tal regra geral.

*7. Nessa esteira, é o entendimento esposado pelo Ministro Benjamin Zymler no voto constante do Acórdão 2.709/2008 – Plenário, não obstante as divergências quanto às conclusões iniciais, *verbis*:*

‘6. É sabido e ressabido que a regra do Direito é a prescritibilidade. A imprescritibilidade, portanto, é exceção no mundo jurídico. Tal se justifica pela proeminência que o Princípio da Segurança Jurídica detém no sistema jurídico pátrio. Esse princípio, em verdade, confunde-se com a própria essência do Direito, que é a pacificação social por meio do estabelecimento de regras que limitam e organizam as liberdades individuais. É por meio do Direito “permeado pelo Princípio da Segurança Jurídica” que o indivíduo consegue antever as consequências de suas condutas e, destarte, programar sua vida de modo a melhor interagir com seus pares. O Princípio da Segurança Jurídica traduz, em última análise, a necessidade humana de paz de espírito, de tentar minimizar as incertezas advindas do futuro. Daí, a sua importância capital. Não seria exagero, inclusive, como o faz Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo, 15ª Ed., p. 113), atribuir-lhe superioridade em relação aos demais princípios:

‘O Direito propõe-se a ensinar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da ‘segurança jurídica’, o qual, bem por isso, se não é o mais importante entre todos os princípios gerais de Direito, é, indubitavelmente, um dos mais importantes entre eles. Os institutos da prescrição, da decadência, da preclusão (na esfera processual), do usucapião, da irretroatividade da lei, do direito adquirido, são expressões concretas que bem revelam esta profunda aspiração à estabilidade, à segurança, conatural ao Direito.’

7. Em virtude dessa realidade, o Princípio da Segurança Jurídica teve sua importância ressaltada pelo Constituinte Originário, o qual elevou o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (Art. 5º, inciso XXXVI) à categoria de direitos inatacáveis, inclusive por meio de emendas constitucionais.

8. À luz do tratamento dado pelo direito pátrio à segurança jurídica é que se deve enfrentar a questão da imprescritibilidade. E, dentro dessa perspectiva, não há outro caminho senão enxergá-lo ‘o instituto da imprescritibilidade’ como uma medida de exceção. Seu traço característico, então, é a excepcionalidade, eis que é fato a existência de todo um sistema jurídico construído sob o manto do Princípio da Segurança Jurídica.

9. Sendo medida excepcional, a imprescritibilidade há de surgir sempre de forma clara e límpida, de modo a não deixar dúvidas ao aplicador do direito quanto à sua existência. É regra pacífica de hermenêutica que exceções não podem surgir de interpretações forçadas ou obscuras da norma. Havendo mais de uma interpretação possível em relação à determinada norma, deve-se preferir a que conduz à regra, e não à exceção. Ou seja, a que conduza à harmonização da norma com os princípios fundamentais do sistema no qual ela se sustenta.’

8. À vista dessas razões, resta clara a prescritibilidade da pretensão punitiva desta Corte de Contas.

9. No entanto, é necessário determinar o prazo para se extinguir a pretensão punitiva do Tribunal, uma vez que a Lei 8.443/1992, não obstante prever quais são as sanções passíveis de serem aplicadas pelo TCU, silencia-se a respeito do assunto.

10. Diante da omissão na Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, deve-se utilizar do instituto da analogia com vistas preencher a lacuna da norma, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

11. Entende-se que não é adequada a aplicação dos prazos prescricionais estabelecidos no Código Civil, uma vez que as regras nele previstas regem relações de natureza privada, que se destoam completamente da pretensão punitiva desta Corte de Contas.

12. Assim, conforme salientado pelo Ministério Público junto ao TCU no parecer exarado no âmbito do TC 001.753/2002-3, transcrito a seguir, no que é pertinente:

‘Devem ser, portanto, utilizadas normas que tratem de Direito Público e, se possível, de Direito Administrativo, ante a natureza administrativa das sanções aplicadas pelo TCU. Nesse sentido, a lacuna pode ser preenchida com o prazo quinquenal estabelecido no Decreto nº 20.910, de 6/1/1932, no art. 174 do Código Tributário Nacional e no art. 1º da Lei nº 9.873, de 23/11/1999.’

13. Nessa esteira, é o entendimento defendido pelos Tribunais pátrios, a exemplo dos vários julgados do STJ transcritos nos parágrafos seguintes, no que é pertinente.

14. O primeiro deles é REsp 308.006/RS, que tratou da prescritibilidade de multa aplicada pela Administração a dirigente do Banco Central do Brasil. O Relator, Ministro Francisco Peçanha Martins, após citar lições de Orlando Gomes e Hely Lopes Meireles, defendeu a prescritibilidade dos ilícitos praticados por ex-dirigente do Bacen com a seguinte fundamentação, verbis:

‘O festejado administrativista reafirma o entendimento consoante o qual as relações entre a Administração e os Administrados ou servidores não de ser estáveis, não podendo ficar sujeitas a indefinição por tempo que ultrapasse os limites da razoabilidade que, obviamente, há de ser o mesmo (5 anos) estabelecido na legislação por ele citada.

Finalmente cumpre lembrar que a Lei 9873/99 dispõe:

'Art. 1º - Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

§ 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.'

Em face do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para, reconhecendo a ocorrência da prescrição, reformar o acórdão impugnado declarando-a, e inverter os ônus da sucumbência.'

15. O Ministro Franciulli Netto, em voto-vista, acompanhou o Relator, ao tecer as seguintes considerações:

'Consoante relatado, cinge-se a controvérsia a averiguar se atingido pela prescrição administrativa o processo punitivo levado a efeito pelo Banco Central do Brasil, a fim de apurar a responsabilidade de Alziro Bortoluzzi e outro pela exportação de mercadorias sem o respectivo ingresso de divisas no país.

Convém observar, inicialmente, que, embora não tenham sido explicitamente mencionados os dispositivos de lei federal apontados pelos recorrentes, a questão relativa à prescrição foi devidamente apreciada pela Corte de origem, razão porque não prospera a alegação do Banco Central quanto à ausência de prévio questionamento do tema.

Aliás, é consabido que 'o prequestionamento implícito é admitido, desde que a tese defendida no especial tenha sido efetivamente apreciada no Tribunal recorrido à luz da legislação federal indicada, não sendo bastante a simples indicação do dispositivo legal' (AGREsp 323.514/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU 12.05.2003).

Do acurado exame dos autos, verifica-se que a sanção que pretendia impor a autarquia ora recorrida aos administrados está prevista nos artigos 3º e 6º do Decreto n. 23.258/33, que dispõe sobre as operações de câmbio e dá outras providências:

'Art. 3º. São passíveis de penalidades as sonegações de coberturas nos valores de exportação, bem como o aumento de preço de mercadorias importadas para obtenção de coberturas indevidas.

(omissis)

Art. 6º. As infrações dos arts. 1º, 2º e 3º serão punidas com multas correspondentes ao dobro do valor da operação, no máximo, e no mínimo de cinco contos de réis (5:000000), nos termos do art. 5º, § 1º, letra b, da lei n. 4.182, citada.'

Como não previa o mencionado decreto prazo para o processo punitivo, concluiu a egrégia Corte de origem, com base nas disposições do Código Civil revogado, que 'prescreve em vinte anos o direito de o BACEN cobrar multa administrativa por infração cambial'.

Essa orientação não merece prosperar, data venia dos judiciosos fundamentos expendidos no voto condutor do acórdão recorrido.

Como bem ponderou o nobre Relator do recurso especial, Ministro Francisco Peçanha Martins, em consonância com o entendimento de doutrinadores de escol, na ausência de definição legal do prazo prescricional, considera-se o prazo geral para a prescrição administrativa, que é de cinco, e não de vinte anos.

Toma-se por parâmetro, para fixação do referido prazo, dentre outros, o lapso previsto pelo Decreto n. 20.910/32 para as ações contra a Fazenda Pública, bem como o quinquênio estabelecido pelo artigo 174 do CTN para cobrança do crédito tributário.

Nessa linha de raciocínio, preleciona o saudoso mestre Hely Lopes Meirelles que, 'quando a lei não fixa o prazo da prescrição administrativa, esta deve ocorrer em cinco anos, à semelhança da prescrição das ações pessoais contra a Fazenda Pública (Dec. 20.910/32), das punições dos profissionais liberais (Lei 6.838/80) e para cobrança do crédito tributário (CTN, art. 174)' ('Direito Administrativo Brasileiro', São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 654).

O ilustre professor Celso Antonio Bandeira de Mello, ao discorrer acerca da prescrição das ações judiciais contra o administrado, assevera que, na ausência de especificação legal do prazo, 'correto não é a analogia com o direito civil, posto que (sic), sendo as razões que o informam tão distintas das que inspiram as relações de Direito Público, nem mesmo em tema de prescrição caberia buscar inspiração em tal fonte. Antes, dever-se-á, pois, indagar do tratamento atribuído ao tema prescricional ou decadencial em regras genéricas de

Direito Público. Nestes encontram-se duas orientações com tal caráter: a) a relativa à prescrição em casos inversos, isto é, prescrição de ações do administrado contra o Poder Público. (...); b) a concernente ao prazo de prescrição para o Poder Público cobrar débitos tributários ou decadencial para constituir o crédito tributário' (in 'Curso de Direito Administrativo', São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 906/907).

E conclui o renomado autor:

'Vê-se, pois, que este prazo de cinco anos é uma constante nas disposições gerais estatuídas em regras de Direito Público, quer quando reportadas ao prazo para o administrado agir, quer quando reportadas ao prazo para a Administração fulminar seus próprios atos. Ademais, salvo disposição legal explícita, não haveria razão prestante para distinguir entre Administração e administrados no que concerne ao prazo ao cabo do qual faleceria o direito de reciprocamente proporem ações' (in 'Curso de Direito Administrativo', São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 907).

Oportuno consignar, por fim, que, atualmente, prevê a Lei n. 9.873/99 que:

'Art. 1º. Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.'

Diante dessas circunstâncias, forçoso concluir que foi atingido pela prescrição quinquenal o processo punitivo instaurado pelo Banco Central do Brasil, para aplicação de sanção pela infração cambial supostamente cometida.'

16. Cumpre ressaltar que esse precedente trata de situação análoga ao caso de imposição de multa pelo TCU, multa de natureza administrativa, o que permite a aplicação da mesma regra de prescritibilidade quinquenal à atuação da Corte de Contas. Segue a ementa:

'Processual Civil. Recurso Especial. Apelação. Ausência de Revisão. Nulidade. Art. 551 do CPC. Precedentes. Prescrição Configurada

1. Rejeitada, por maioria, a preliminar de nulidade do acórdão por violação do art. 551/CPC, vencido o Relator.

2. Reconhecida a prescrição quinquenal do direito do BACEN de cobrar multa administrativa por infração cambial ocorrida há mais de uma década.

3. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 380.006/RS, STJ, Primeira Seção, Relator: Ministro Peçanha Martins, Sessão de 10.12.2003)'

17. Outro precedente análogo é o REsp 758.386/DF:

'PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. FALTA DISCIPLINAR. LEI N° 4.495/64. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL

I - Inexistindo regra própria para definir a prescrição da ação punitiva da Administração Pública, objetivando apurar infração funcional, deve ser considerado o prazo geral para a prescrição administrativa, que é de cinco anos.

II – 'Art. 1º. Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado' (Lei 9.873/99).

III – 'Reconhecida a prescrição quinquenal do direito do BACEN de cobrar multa administrativa por infração cambial ocorrida há mais de uma década' (REsp n° 380.006/RS, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ de 07/03/2005).

IV - Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido.

(REsp 758.386/DF, Primeira Turma, Relator: Ministro Francisco Falcão, Sessão de 14.02.2006) (grifo acrescido)'

18. Podem ser citados, ainda, os seguintes precedentes:

‘PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO - COBRANÇA DE MULTA PELO ESTADO - PRESCRIÇÃO - RELAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO - CRÉDITO DE NATUREZA ADMINISTRATIVA - INAPLICABILIDADE DO CC E DO CTN - DECRETO 20.910/32 - PRINCÍPIO DA SIMETRIA.

1. Se a relação que deu origem ao crédito em cobrança tem assento no Direito Público, não tem aplicação a prescrição constante do Código Civil.

2. Uma vez que a exigência dos valores cobrados a título de multa tem nascedouro num vínculo de natureza administrativa, não representando, por isso, a exigência de crédito tributário, afasta-se do tratamento da matéria a disciplina jurídica do CTN.

3. Incidência, na espécie, do Decreto 20.910/32, porque à Administração Pública, na cobrança de seus créditos, deve-se impor a mesma restrição aplicada ao administrado no que se refere às dívidas passivas daquela. Aplicação do princípio da igualdade, corolário do princípio da simetria.

3. Recurso especial improvido.

(REsp 623.023/RJ, Segunda Turma, Relatora: Ministra Eliana Calmon, Sessão de 03.11.2005)’

‘ADMINISTRATIVO. MULTA. PRAZO PRESCRICIONAL.

1. O prazo prescricional para a cobrança de multa administrativa é de cinco anos. Precedentes.

2. Recurso especial provido.

(REsp 436.960/SC, Segunda Turma, Relator: Ministro Castro Meira, Sessão de 02.02.2006)’

19. Por fim, cabe mencionar precedente da 2ª Turma do STJ, no qual se define a prescrição quinquenal para aplicação pelo TCU das multas previstas nos arts. 57 e 58 da Lei 8.443/1992, verbis:

‘ADMINISTRATIVO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. DANO AO ERÁRIO. RESSARCIMENTO. IMPRESCRITIBILIDADE. MULTA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ART. 1º DA LEI 9.873/1999. INAPLICABILIDADE.

1. A pretensão de ressarcimento por prejuízo causado ao Erário é imprescritível. Por decorrência lógica, tampouco prescreve a Tomada de Contas Especial no que tange à identificação dos responsáveis por danos causados ao Erário e à determinação do ressarcimento do prejuízo apurado. Precedente do STF.

2. Diferente solução se aplica ao prazo prescricional para a instauração da Tomada de Contas no que diz respeito à aplicação da multa prevista nos arts. 57 e 58 da Lei 8.443/1992. Em relação à imposição da penalidade, incide, em regra, o prazo quinquenal.

3. Inaplicável à hipótese dos autos o disposto no art. 1º da Lei 9.873/1999, que estabelece que, nos casos em que o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se-á pelo prazo previsto na lei penal. Isso porque a instância de origem apenas consignou que as condutas imputadas ao gestor público não caracterizavam crime, sendo impossível depreender do acórdão recorrido a causa da aplicação da multa. Dessa forma, é inviável, em Recurso Especial, analisar as provas dos autos para verificar se a causa da imputação da multa também constitui crime (Súmula 7/STJ).

4. Recursos Especiais parcialmente providos para afastar a prescrição relativamente ao ressarcimento por danos causados ao Erário.

(REsp 894.539/PI, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2009, DJe 27/08/2009)’

20. O relator desse recurso especial, Ministro Herman Benjamin, explicitamente, afasta a imprescritibilidade com relação à multa:

‘Diferente solução se aplica ao prazo prescricional para a instauração da Tomada de Contas no que diz respeito à multa. Como visto, as decisões do TCU podem resultar em ‘imputação de débito’ ou de multa. No primeiro caso é evidente a natureza civil: ressarcimento do dano. No segundo, fica caracterizado o caráter punitivo. Afasta-se, portanto, a imprescritibilidade.’

21. Ainda acerca do enfrentamento do tema no âmbito do Poder Judiciário, é importante destacar o Memorando Circular 002/2011, da Consultoria Jurídica desta Casa, em que o Consultor Jurídico alerta:

'Encaminhado, para conhecimento, inteiro teor de sentença proferida pelo Juízo da 16ª Vara Federal de São Paulo/SP (Processo n. 0013675-92.2010.403.6100), na qual é ressaltada a prescrição quinquenal da pretensão da União em executar os acórdãos do Tribunal de Contas da União que imputem multa a responsáveis, conforme jurisprudência citada na decisão.

Dessa maneira, ante a possibilidade de consolidação de tal entendimento perante o Poder Judiciário, esta Consultoria Jurídica sugere a todas as unidades técnicas e gabinetes envolvidos nos procedimentos de formalização das cobranças executivas e encaminhamento à Advocacia- Geral da União atenção especial quanto à necessidade de celeridade de tais medidas, ante a possibilidade de ocorrência da referida prescrição quinquenal.'

22. O julgado (Processo n. 0013675-92.2010.403.6100) a que se referiu o Consultor discute a prescrição da pretensão executória das multas aplicadas por esta Corte, nos seguintes termos, considerando a transcrição extensa pela importância do tema nos rumos dos julgamentos desta Casa:

'Quanto ao tema de fundo, procede a alegação de prescrição. O acórdão do Tribunal de Contas da União que impôs ao executado o pagamento da multa transitou em julgado em 16/06/2005 e a presente ação foi ajuizada tão somente em 21/06/2010, ou seja, após o prazo quinquenal. Não há que se falar, como quer a exequente, na aplicação do disposto no artigo 37, parágrafo 5º, da Constituição Federal, que consagra a imprescritibilidade das ações que visem ressarcimento ao erário público, dado que na hipótese dos autos se trata de execução de multa aplicada em decorrência do dano causado ao erário e não de cobrança dos danos (ressarcimento) causados ao erário, caso em que se aplicaria a regra constitucional mencionada. Nesse sentido confira-se os seguintes julgados:(...) 1. A pretensão de ressarcimento por prejuízo causado ao Erário é imprescritível. Por decorrência lógica, tampouco prescreve a Tomada de Contas Especial no que tange à identificação dos responsáveis por danos causados ao Erário e à determinação do ressarcimento do prejuízo apurado. Precedente do STF. 2. Diferente solução se aplica ao prazo prescricional para a instauração da Tomada de Contas no que diz respeito à aplicação da multa prevista nos arts. 57 e 58 da Lei 8.443/92. Em relação à imposição da penalidade, incide, em regra o prazo quinquenal. 3. Recursos Especiais parcialmente providos para afastar a prescrição relativamente ao ressarcimento por danos causados ao Erário.' (...) É que, enquanto o ressarcimento do dano possui natureza civil, a multa tem caráter punitivo, o que afasta a imprescritibilidade. (...). Isto posto, reconheço a prescrição e julgo EXTINTO O PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO, com fulcro no artigo 269, inciso IV, do Código de Processo Civil.'

23. Não obstante tratar a sentença da pretensão executória, ou seja, da cobrança da multa imposta em julgado do TCU, as conclusões ali presentes aplicam-se integralmente à pretensão punitiva desta Corte, anteriormente aos julgamentos. A Lei 9.873/1999, que foi aplicada ao caso analogicamente, trata tanto da punição pela Administração Pública, em seu art. 1º, quanto da execução do crédito, em seu art. 1º-A, sendo aplicável o prazo quinquenal para ambas as hipóteses.

24. De fato, como leciona Sílvio de Salvo Venosa, 'a prescrição refere-se a todos os direitos indistintamente' (Direito Civil. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 575). Assim, seja para punir, seja para executar a penalidade de multa ou seja para regular a inércia após o início da apuração dos fatos, a prescrição incidirá da mesma forma, podendo variar apenas o prazo e as formas de suspensão e interrupção.

25. Ressalte-se, conforme destacado anteriormente, que o julgado apresentado pela Conjur não é isolado, por isso a preocupação do órgão. Em consulta aos cinco Tribunais Regionais Federais – TRFs do país, verifica-se que, em pelo menos três deles, encontram-se decisões no mesmo sentido, julgadas em segunda instância. Nesse sentido, pode-se citar como exemplos, dentre os vários julgados encontrados:

a) TRF Primeira Região: Apelação Cível – AC – 200340000012842, Relator: Juiz Tourinho Neto. Órgão julgador Terceira Turma Fonte: e-DJF1:07/05/2010 pagina:307;

b) TRF Segunda Região: Agravo 2010.02.01.006367-6: Relator: Desembargador Reis Friede. Órgão julgador: Sétima Turma especializada. Fonte: DJE: 18/1/2011;

c) TRF Quinta Região: AC 468630-PB 2008.82.00.002696-4, Relator: Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira. Órgão julgador: Primeira Turma. Fonte: DJE: 22/4/2010.

26. Logo, o Poder Judiciário não mais aceita a omissão legislativa ou a parte final do § 5º do art. 37 da Constituição Federal como fundamento para que esta Corte tenha prazo indefinido para aplicar multas, declarar empresas inidôneas para licitar com a Administração Pública, dentre outras punições previstas no art. 57 e seguintes da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 267 a 271 de seu Regimento Interno. Vê-se que é movimento sem retorno no que tange à interpretação pela prescritibilidade da pretensão punitiva deste Tribunal.

27. Ademais, entende-se que não contraria o interesse público os recentes posicionamentos no âmbito desta Secretaria favoráveis à aplicação dos prazos prescricionais previstos no art. 1º da Lei 9.873/1999 para as pretensões punitivas no âmbito desta Corte. Isto porque o interesse público não é dito pela conveniência e oportunidade da Administração, mas pelo ordenamento jurídico, pela lei em geral, repositório da vontade coletiva.

28. Nesse espeque, entende-se que é mais apropriado para integrar a lacuna em questão a aplicação dos prazos prescricionais previstos no art. 1º da Lei 9.873/1999, por tratar da prescrição para o exercício de ação punitiva, pois a aplicação de penalidades pelo TCU tem caráter punitivo. O exercício dos julgadores nesse mister utiliza-se de institutos nitidamente penais, como dolo, culpa, nexa de causalidade e culpabilidade. Assim tem sido reconhecido pelos Tribunais. Dessa forma, esse normativo será utilizado para analisar a incidência da prescrição nos presentes autos.

29. Inicialmente, verifica-se que a Lei 9.873/1999 prevê, além da prescrição geral de cinco anos, a figura da prescrição intercorrente (art. 1º, § 1º), que incide sobre o procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho.

30. Tendo em vista que a lei prevê, ainda, hipóteses de interrupção da prescrição (incisos do art. 2º da Lei 9.873/1999), infere-se que, no caso concreto, não ocorreu a prescrição geral nem a prescrição intercorrente, conforme informações extraídas dos itens 2, 3, 17 e 18 da instrução precedente, considerando, ainda, os andamentos processuais realizados pela Unidade Técnica de origem (peça 8, p. 1-9).

31. Com essa ressalva na fundamentação é que se manifesta anuência à proposta do Auditor Federal informante, no sentido de se conhecer dos Recursos de Reconsideração interpostos pelos Srs. João da Silva Neto, Walter Pinho Lisboa Filho, João Araújo da Silva Filho, Francisco de Assis Sousa, Eliseu Barroso de Carvalho Moura e José Olivan de Carvalho Moura para, no mérito, dar provimento apenas ao recurso do Sr. José Olivan de Carvalho Moura, negando-se provimento aos demais.

À consideração do Sr. Secretário, para posterior encaminhamento ao Ministério Público junto ao TCU.”

3. O Sr. Secretário da Serur ratificou o posicionamento do Sr. Diretor (peça 51).

4. O d. representante do Ministério Público junto a este Tribunal (MP/TCU), em sua intervenção regimental, manifestou-se nos termos abaixo (peça 53):

“Entre as questões preliminares suscitadas nos Recursos de Reconsideração interpostos ao Acórdão n.º 3417/2010-TCU-Plenário pelos Senhores João da Silva Neto, Walter Pinho Lisboa Filho, João Araújo da Silva Filho, Francisco de Assis Sousa, Eliseu Barroso de Carvalho Moura e José Olivan de Carvalho Moura, consta a de ocorrência da prescrição da pretensão punitiva no exercício da atividade de controle externo pelo Tribunal, com o objetivo de desconstituir as sanções de multa e de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança na

Administração Pública Federal aplicadas aos responsáveis, ora recorrentes, mediante os subitens 9.4 e 9.6 da deliberação recorrida.

2. *No exame da matéria, a instrução inicial aponta entendimento contrário à aplicação do prazo prescricional previsto na Lei n.º 9.873/99 (itens 20/22 da peça 49), ao passo que a 1.ª Diretoria, acompanhada pelo titular da Secretaria de Recursos, defende a prescrição quinquenal disciplinada no referido diploma legal (peças 50/51).*

3. *Conforme expusemos detidamente nos autos do TC-020.625/2004-2 e TC-020.635/2004-7, embora não haja disposição legal específica sobre a prescrição da pretensão punitiva do TCU em relação a ilícitos cometidos por gestores públicos, o tema deve ser enfrentado e suprido por outras fontes de direito, sendo que nos parece mais adequado adotar analogicamente o prazo prescricional quinquenal previsto como regra geral na Lei n.º 9.873/99, uma vez que essa norma dispõe expressamente sobre o exercício da ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, fixando em cinco anos o prazo para o perecimento do seu direito de agir.*

4. *Entretanto o Tribunal vem decidindo no sentido da aplicação das regras do Código Civil no tocante à prescrição da pretensão punitiva nos processos de controle externo, a exemplo da posição firmada recentemente em sede do Acórdão n.º 828/2013-TCU-Plenário. Desta forma, a despeito da reserva que guardamos em relação a tal entendimento, transparece-nos de bom alvitre privilegiar a refletida jurisprudência dominante no âmbito da Corte de Contas.*

5. *Neste ensejo, cumpre repisar os termos da instrução que convergem com o entendimento esposado pelo Tribunal:*

‘Preliminarmente, há que se ressaltar que o termo a quo para contagem de prazo prescricional perante este Tribunal é a data em que a denúncia, que deu origem à presente TCE, foi aqui protocolada, qual seja 24/6/1999. Foi nesse momento que o TCU tomou ciência das então irregularidades noticiadas. Com a prolação da Decisão 534/2002-TCU-Plenário, tais impropriedades acabaram por ser reconhecidas.

Acontece que a citação do Sr. João da Silva Neto ocorreu em 1/8/2005 (peça 7, p. 24) e o Sr. Walter Pinho Lisboa Filho apresentou suas alegações de defesa em 20/6/2003, ocasiões em que os prazos prescricionais, seja para o julgamento das contas, imputação de débito ou cominação de multa, foram interrompidos.

Assim, considerando que, tanto o lapso de tempo entre a data de protocolo da denúncia e a citação dos recorrentes, como o transcurso de tempo entre a citação e a prolação do acórdão recorrido, foram inferiores há 10 dez anos, não há que se falar no exaurimento do prazo prescricional dos dez anos pretendido pelos recorrentes’.

6. *No tocante ao exame de mérito propriamente dito, das demais razões recursais, não há reparos a fazer nas conclusões indicadas pela Unidade Técnica acerca da procedência do recurso interposto pelo Senhor José Oliven de Carvalho Moura e da improcedência dos pedidos dos demais recorrentes.*

7. *Ainda presentes os autos neste Gabinete, foi juntada ao processo a peça 52, em que o recorrente Senhor Eliseu Barroso de Carvalho Moura requer que o Tribunal considere, no exame da peça recursal, o entendimento advindo da decisão judicial proferida pela Justiça Federal da 1.ª Instância, 5.ª Vara da Seção Judiciária do Maranhão, na Ação Ordinária n.º 25120-18.2012.4.01.3700, em que se determinou a suspensão dos Acórdãos n.ºs 371 e 373/2010 do Plenário, por nulidade decorrente da falta de citação dos responsáveis no âmbito dos processos desmembrados do TC-008.148/1999-6. Abstemo-nos de analisar o pedido nesta oportunidade, haja vista que o deferimento da juntada de peça ao processo e o pronunciamento a respeito de seu teor tratam de matéria sob a competência do Relator, nos termos do art. 11 da Lei n.º 8.443/92.*

8. *Diante do exposto, esta representante do Ministério Público manifesta anuência aos termos do encaminhamento alvitrado pelo Senhor Auditor Federal (peça 49) no sentido de:*

a) conhecer os recursos de reconsideração interpostos pelos Senhores João da Silva Neto, Walter Pinho Lisboa Filho, João Araújo da Silva Filho, Francisco de Assis Sousa, Eliseu Barroso de Carvalho Moura e José Olivan de Carvalho Moura contra o Acórdão n.º 3.417/2010-TCU-Plenário;

b) negar provimento aos recursos interpostos pelos Senhores João da Silva Neto, Walter Pinho Lisboa Filho, João Araújo da Silva Filho, Francisco de Assis Sousa, Eliseu Barroso de Carvalho Moura;

c) dar provimento ao recurso interposto pelo Senhor José Olivan de Carvalho Moura de forma a que seu nome seja excluído do item 9.3 do acórdão recorrido;

d) dar ciência aos recorrentes, à Procuradoria da República no Estado do Maranhão e aos demais interessados do acórdão que vier a ser proferido.”

É o relatório.