GRUPO I – CLASSE I – Plenário
TC 021.374/2003-7
Natureza(s): Tomada de Contas Especial
Órgão/Entidade: Prefeitura Municipal de Buriti - MA
Responsáveis: Antonio Jose Barbosa Campos Filho (196.384.004-63); Elza Maria Magaldi Machado (406.025.243-34); Fabiano Lima da Silva (756.089.443-72); Ferramebox Ltda - Me (00.559.327/0001-06); Gilberto de Brito Serejo (175.966.023-04); Herbert de Paula Silva (269.583.923-53); José Machado Villar (043.777.613-15); João Valzindo Pinto Leão (043.760.212-53); Laurinda Maria de Carvalho Pinto (240.068.402-25); Lautenay de Jesus Rodrigues de Melo Filho (235.031.142-20); Manoel Pereira Dias (237.490.083-53); Marlene F. Lima (63.573.919/0001-94); Marlene de Souza Lima (253.779.303-04); Raimunda Nonata Fortes Braga (088.633.503-53); Raimundo Pinheiro Junior (178.509.243-04); V. Pereira Lima (01.773.150/0001-09)
Interessado: Congresso Nacional (vinculador)
Advogado constituído nos autos: não há

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA REGULAR APLICAÇÃO DE RECURSOS FEDERAIS. FRAGMENTAÇÃO DE DESPESAS. LICITAÇÃO SIMULADA. NOTAS FISCAIS INIDÔNEAS. CITAÇÃO. SOLIDARIEDADE. AUDIÊNCIA. REJEIÇÃO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA E DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. CONTAS JULGADAS IRREGULARES. DÉBITO E MULTA. ACÓRDÃO 2.637/2011-TCU-PLENÁRIO. RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. NÃO PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Adoto como relatório a instrução elaborada no âmbito da Secretaria de Recursos, que contou com a anuência do titular da unidade técnica e do representante do MP/TCU, nos seguintes termos:

"*Tratam-se de recursos de reconsideração interpostos pelos Srs. José Machado Vilar (peça 111, p. 1-20), Antônio José Barbosa Campos Filho (peça 112, p. 1-21), Raimundo Pinheiro Júnior (peça 114, p. 1-21), Gilberto de Brito Serejo (peça 116, p. 1-21), Herbert de Paula Silva (peça 117, p. 1-21), Fabiano Lima da Silva (peça 118, p. 1-21), pela Sra. Marlene de Souza Lima (peça 115, p. 1-20) e pela empresa Marlene F. Lima (peça 113, p. 1-22) contra o Acórdão 2.637/2011-TCU-Plenário (peça 64, p. 28-31), decorrente de tomada de contas especial instaurada por força do item 9.4 do Acórdão 911/2003-Plenário, em autos apartados do TC 005.737/2002-8, diante de irregularidades verificadas na aplicação de recursos federais, oriundos do Fundef nos exercícios de 1998 a 2001 por parte do município de Buriti/MA.*

HISTÓRICO

2. Em 16/7/2003, foi exarado o Acórdão 911/2003-TCU-Plenário, que, em seu subitem 9.4, determinou (peça 1, p. 10):

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52164535.

(...) a formação de um apartado de Tomada de Contas Especial, com vistas a apuração precisa dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação da extensão do dano ao erário em relação ao Convênio n. 3016/1997, firmado com o FNDE; aos recursos repassados ao Município de Buriti no ano de 2001 no âmbito do Programa de Educação de Jovens e Adultos - Proeja/2001; ao Convênio n. 562/1997, celebrado com a União, por intermédio da Secretaria Especial de Políticas Regionais do Ministério do Planejamento e Orçamento - Sepre/MPO; ao Convênio n. 7851/1997, ajustado com o FNDE; e aos repasses efetuados nos exercícios de 1999 a 2001 no âmbito do Programa Merenda Escolar.

3. A partir daquela determinação, a Secretaria de Controle Externo no Estado do Maranhão (Secex/MA) procedeu ao seu cumprimento, sobrevindo, em 28/9/2011, o Acórdão 2.637/2011-TCU-Plenário (peça 64, p. 28-31), exarado nos seguintes termos:

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

9.1. rejeitar as alegações de defesa apresentadas pelos responsáveis José Machado Villar, Antonio José Barbosa Campos Filho, João Valzindo Pinto Leão, Lautenay de Jesus Rodrigues de Melo Filho, Manoel Pereira Dias, Marlene F. Lima, Ferrame Box Ltda. - ME e V. Pereira Lima;

9.2. rejeitar parcialmente as razões de justificativas apresentadas pelo Sr. José Machado Villar;

9.3. rejeitar as razões de justificativas apresentadas pelos responsáveis Gilberto de Brito Serejo, Fabiano Lima da Silva, Raimundo Pinheiro Júnior, Elza Maria Magaldi Machado, Marlene de Souza Lima e Herbert de Paula Silva;

9.4. julgar, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea "c" e § 2º, e 19, caput, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, irregulares as contas do Sr. José Machado Villar, condenando-o, em solidariedade com os responsáveis abaixo indicados, na forma como se segue, ao pagamento das importâncias especificadas, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora, calculados desde as datas discriminadas até a efetiva quitação do débito, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, para que comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento das referidas quantias aos cofres do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, nos termos do art. 23, inciso III, alínea "a", da citada lei c/c o art. 214, inciso III, alínea "a", do Regimento Interno do TCU:

9.4.1. Responsáveis: V. PEREIRA LIMA e JOSÉ MACHADO VILAR:

VALOR (R$) DATA

12.500,00 30/10/2001; 12.500,00 3/12/2001

9.4.2. Responsáveis: JOSÉ MACHADO VILAR e ANTONIO JOSÉ BARBOSA CAMPOS FILHO:

VALOR (R$) DATA

6.000,00 4/4/2000; 12.000,00 5/7/2000; 11.000,00 3/8/2000; 8.000,00 31/8/2000; 1.300,00 21/9/2001

9.4.3. Responsáveis: JOSÉ MACHADO VILAR e JOÃO VALZINDO PINTO LEÃO:

VALOR (R$) DATA

2.459,00 13/4/1998; 7.330,00 3/6/1998; 6.024,00 20/7/1999; 1.500,00 27/3/2001; 2.000,00 17/4/2001; 3.160,00 16/5/2001; 5.140,00 20/8/2001; 3.850,00 31/10/2001; 3.800,00 28/12/2001

9.4.4. Responsáveis: JOSÉ MACHADO VILAR e LAUTENAY DE JESUS RODRIGUES DE MELO FILHO:

VALOR (R$) DATA

10.000,00 4/4/2000; 5.407,05 12/12/2001

9.4.5. Responsáveis: JOSÉ MACHADO VILAR e MANOEL PEREIRA DIAS:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52164535.

VALOR (R$) DATA

10.000,00 8/2/2000; 6.000,00 5/4/2000; 5.478,18 3/5/2000

9.4.6. Responsáveis: JOSÉ MACHADO VILAR e FERRAME BOX LTDA. - ME;

VALOR (R$) DATA

13.706,16 31/7/2000

9.4.7. Responsáveis: JOSÉ MACHADO VILAR e MARLENE F. LIMA:

VALOR (R$) DATA

17.600,00 30/10/2000; 3.984,00 18/10/2001

9.4.8. Responsável: JOSÉ MACHADO VILAR:

VALOR (R$) DATA VALOR (R$) DATA

5.050,00 23/6/1998 3.828,70 20/1/1999; 3.000,00 19/3/1999 4.990,78 22/2/1999; 5.130,00 7/7/1999 583,51 23/2/1999; 5.889,00 7/7/1999 1.251,83 24/2/1999; 5.100,00 8/7/1999 3.000,00 2/3/1999; 5.000,00 13/7/1999 9.622,69 23/3/1999; 5.000,00 30/7/1999 5.000,00 6/4/1999; 5.017,00 25/11/1999 7.100,00 8/4/1999; 6.000,00 5/7/2000 800,00 15/4/1999; 6.000,00 3/8/2000 25,00 15/4/1999; 1.626,00 15/1/2001 906,00 12/1/1998; 3.617,00 13/2/2001 274,00 26/2/1998; 9.065,67 2/3/2001 5.380,00 7/4/1998; 3.067,87 2/3/2001 1.630,00 2/6/1998; 4.000,00 21/3/2001 5.990,00 1/7/1998; 2.822,00 30/3/2001 2.300,00 17/7/1998; 4.464,10 11/5/2001 3.800,00 17/7/1998; 18.500,00 12/1/1998 3.282,24 25/8/1998; 44.942,68 30/1/1998 6.372,00 31/8/1998; 4.162,24 15/4/1998 6.600,00 30/3/2000; 475,00 17/8/1998 6.570,90 6/4/2000; 1.490,00 31/8/1998 6.600,00 2/5/2000; 1.000,00 24/9/1998 4.500,00 30/5/2000; 3.000,00 30/9/1998 2.189,05 7/7/2000; 500,00 5/10/1998 380,00 5/3/2001; 900,00 6/11/1998 2.178,00 20/9/2001; 232,80 20/1/1999 3.000,00 18/10/2001; 1.716,62 20/1/1999

9.5. aplicar aos responsáveis José Machado Villar, Antônio José Barbosa Campos Filho, João Valzindo Pinto Leão, Lautenay de Jesus Rodrigues de Melo Filho, Manoel Pereira Dias, Marlene F. Lima, Ferrame Box Ltda. - ME e V. Pereira Lima, individualmente, a multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443, de 1992, no valor de R$ 30.000,00 (trinta 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 (art. 214, inciso III, alínea "a", do RITCU);

9.6. aplicar ao Sr. José Machado Villar a multa no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), com fundamento no art. 58, inciso II, da Lei nº 8.443, de 1992, fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprove, perante o Tribunal, o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente na forma da legislação em vigor (art. 214, inciso III, alínea "a", do RITCU);

9.7. julgar, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea "b", e 19, parágrafo único, da Lei nº 8.443, de 1992, irregulares as contas dos responsáveis Gilberto de Brito Serejo, Fabiano Lima da Silva, Raimundo Pinheiro Júnior, Elza Maria Magaldi Machado, Marlene de Souza Lima e Herbert de Paula Silva;

9.8. aplicar, individualmente, aos responsáveis Gilberto de Brito Serejo, Fabiano Lima da Silva, Raimundo Pinheiro Júnior, Elza Maria Magaldi Machado, Marlene de Souza Lima e Herbert de Paula Silva a multa prevista no inciso I do art. 58 da Lei nº 8.443, de 1992, no valor de R$ 7.000,00 (sete 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 (art. 214, inciso III, alínea "a", do RITCU);

9.9. autorizar, desde já, com amparo no art. 26 da Lei nº 8.443, de 1992, e no art. 217 do RITCU, o parcelamento das dívidas a que se referem os itens 9.1, 9.2, 9.3 e 9.5 deste Acórdão em até (24) vinte e quatro prestações mensais e sucessivas, caso requerido;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52164535.

9.10. autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas a que se referem os itens 9.1, 9.2, 9.3 e 9.5 deste Acórdão, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei nº 8.443, de 1992, caso não atendidas as notificações;

9.11. remeter cópia do presente Acórdão, bem como do Relatório e Proposta de Deliberação que o fundamenta, à Procuradoria da República no Estado do Maranhão, com fundamento no art. 16, § 3º, da Lei nº 8.443, de 1992; e

9.12. remeter cópia do presente Acórdão, bem como do Relatório e Proposta de Deliberação que o fundamenta, à nobre Comissão de Fiscalização e Controle da Câmara dos Deputados, visto que esta tomada de contas especial foi constituída por força da determinação contida no Acórdão 911/2003-Plenário, que fora proferido quando da apreciação de relatório de auditoria realizada em atendimento à solicitação da referida comissão tratada nos autos do TC 014.434/1999-7.

4. Irresignados com esse julgado, os responsáveis, ora recorrentes, interpõem recursos de reconsideração (peças 111-118), sem a apresentação de novos elementos, os quais se passam a analisar.

FUNDAMENTOS DA DELIBERAÇÃO RECORRIDA

5. Nos termos do voto condutor do acórdão recorrido, as irregularidades constatadas nestes autos envolvem, em síntese (peça 64, p. 24):

a) pagamentos de bens e serviços com suporte em notas fiscais inidôneas;

b) pagamentos efetivados com divergência entre o nome dos favorecidos nos cheques e o nome dos supostos fornecedores dos bens e serviços;

c) saques de recursos da conta corrente bancária do Fundef sem apresentação de comprovantes das despesas correspondentes;

d) ausência de laudos de medição e de termos de recebimento em obras realizadas;

e) fragmentação de despesas configurando fuga ao processo de licitação; e

f) simulação de licitação.

ADMISSIBILIDADE

6. Os exames preliminares de admissibilidade (peças 127-135) concluíram pelo conhecimento dos recursos e a suspensão dos efeitos referentes aos subitens 9.4.1, 9.4.2, 9.4.3, 9.4.4, 9.4.5, 9.4.6, 9.4.7, 9.4.8, 9.5, 9.7, 9.8 e 9.10 do acórdão recorrido. Por meio de despacho, essa proposta foi ratificada pelo relator, Ministro Augusto Nardes (peça 137). Em que pese não haver expressa menção no mencionado despacho do relator, há que ser estendida a suspensão quanto dos efeitos do subitem 9.6 do acórdão recorrido, pois se entende que houve, tão-somente, erro material quanto à omissão de seu reconhecimento (vide peça 131, p. 2).

MÉRITO

7. As razões recursais apresentadas pelos recorrentes guardam similitude entre si, motivo pelo qual serão analisadas conjuntamente, utilizando-se, como paradigma, o texto da peça 111 em relação às referências das alegações apresentadas.

Alegações: *(peça 111, p. 1-8)*

8. Após tecerem considerações acerca da tempestividade do recurso e relatarem breve histórico dos fatos, os recorrentes, em sede preliminar, alegam a ocorrência de prescrição quinquenal, asseverando que:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52164535.

*a) os fatos geradores desta demanda ocorreram no "**longínquo período de 1998 a 2001**" (grifado no original), devendo incidir a prescrição quinquenal aludida no inciso I do art. 23 da Lei 8.429/1992, pois ocorreram em prazo superior a cinco anos;*

b) citando doutrinadores pátrios, têm-se ensinamentos de:

b.1) Marcus Cláudio Acquaviva, que sobreleva importância ao instituto da prescrição, acentuando seu caráter pacificador, seja na ordem social, na segurança ou nas relações jurídicas. Ademais, o interesse do titular do direito, que deixou transcorrer o tempo, não pode prevalecer contra o interesse maior da paz social;

b.2) no mesmo sentido, Pontes de Miranda, que assevera que o instituto da prescrição não apaga a pretensão, mas cancela a sua eficácia;

c) a jurisprudência dos tribunais pátrios é uníssona em reconhecer a prescrição quinquenal conforme se depreende dos seguintes precedentes:

c.1) Inquérito 2003.02.01.002839-8, Órgão Especial do TRF da 2ª Região, Relatoria do Desembargador Federal Raldênio Bonifácio Costa, publicado no DJU de 23//12/2005; e

c.2) AC 200233000016673/BA, 4ª Turma do TRF da 1ª Região, Relatoria do Desembargador Federal Hilton Queiroz, publicado no DJU de 13/12/2004.

Análise

9. Não assiste razão aos recorrentes.

10. Preliminarmente, há que se ressaltar que o termo a quo para contagem de prazo prescricional perante este Tribunal é a data da sessão em que foi prolatado o Acórdão 911/2003, em 16/7/2003 (vide item 2 deste Exame), ocasião em que foi determinada a formação de apartado de Tomada de Contas Especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação da extensão do dano ao Erário. Conforme se verá adiante, entende-se que a eventual incidência do instituto da prescrição no âmbito deste Tribunal não está adstrita ao prazo quinquenal, mas ao transcurso de dez anos previsto no novo código civil.

11. 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.*

12. No entanto, há discussão sobre eventual ocorrência de prazo prescricional de cinco anos em relação à cominação de multa e das demais pretensões punitivas nos processos em trâmite no TCU. Quanto a essa questão, já se firmou o entendimento 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 Voto condutor 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*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52164535.

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 de fragmento do Relatório 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.*

13. 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 precedentes judiciais, em especial, o contido no RESP 894.539/PI do STJ.

14. Entende-se que eventual 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 balizas 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-Segunda 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.*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52164535.

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, 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, devendo ser aplicado, para a aplicação de multa e das demais sanções previstas na Lei 8.443/1992, o prazo previsto no art. 205 do Novo Código Civil (Lei 10.406/2002) – "A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor".

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52164535.

15. Assim, considerando que, no presente caso, não houve transcurso de prazo superior a dez anos, não há motivo para que as multas aplicadas aos recorrentes sejam desconstituídas.

16. Por fim, quanto aos precedentes mencionados pelos recorrentes, há que se assinalar que foram exarados, no âmbito do Poder Judiciário, em sede de processo penal e de ação de improbidade. Tais hipóteses são inaplicáveis ao presente caso, pois o processo de tomada de contas especial se rege por legislação própria, qual seja a Lei 8.443/1992.

Alegações: *(peça 111, p. 9)*

17. No mérito, os recorrentes argumentam que:

a) os recursos financeiros foram aplicados em sua totalidade para atender as necessidades da comunidade estudantil;

b) constou nas defesas apresentadas que o FNDE reconheceu a aplicação dos valores na melhoria das escolas do município;

c) no Relatório de Auditoria 337/2004-FNDE não houve qualquer apontamento de dano material ao Erário ou qualquer comprovação de que os recursos públicos foram utilizados para outros fins; e

d) no mencionado relatório os analistas informam que não foi possível visitar as escolas citadas nas irregularidades, de sorte que não houve a efetiva inspeção quanto às acusações perpetradas.

Análise*:*

18. Esses argumentos dos recorrentes não podem ser acolhidos.

19. Já se encontra pacificado que este Tribunal exerce sua competência de forma independente e não se vincula a pareceres de concedentes, ou repassadores de recursos públicos federais, em sede de análise de prestação de contas de convênios.

20. São nesse sentido, os seguintes excertos de acórdãos deste Tribunal:

a) 2.021/2007-TCU-Segunda Câmara (Relatório):

> *8.3.6. A aprovação de prestação de contas pelo concedente não chancela eventuais irregularidades. A aprovação é ato administrativo de verificação de legalidade. A prestação de contas não atende aos requisitos legais, devendo ser objeto de reexame e afastando a legitimidade presumida pelo convenente. Ressalta-se que a jurisprudência do TCU destaca o caráter precário da aprovação das prestações de contas de convênios pelos repassadores: 'Ademais, a invocada aprovação da prestação de contas pelo órgão concedente se caracteriza como uma manifestação de caráter meramente preliminar, de natureza precária, sujeita, portanto, ao princípio da retratabilidade do ato administrativo' (AC-0901-13/04-1); no mesmo sentido: 'O argumento do Responsável no sentido de que a prestação de contas foi aprovada pelo Ministério da Saúde não vincula este Tribunal, ante sua competência constitucional para verificar a regular aplicação dos recursos públicos federais. Remanesce, portanto, injustificada essa irregularidade' (AC-0901-13/04-1);*

b) 4.221/2010-TCU-Primeira Câmara (Voto):

> *11. Sobre afirmação de que as suas contas já foram julgadas pelo Conselho Fiscal da Administração Nacional do Senac/PI e pelo Conselho Regional do Senac/PI e, ainda, de que norma do Conselho isentou o embargante de ressarcir o pagamento de verbas remuneratórias recebidas, cumpre registrar que o fato de as contas terem sido aprovadas no âmbito da entidade, ou de a entidade ter dispensado a reposição de verbas, em nada vincula entendimento divergente na apreciação da matéria por esta Corte, podendo o*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52164535.

Tribunal, nos limites da sua competência constitucional e legal, decidir de forma diversa com fulcro nos fundamentos e elementos probatórios coligidos aos autos; e

c) 1.533/2011-TCU-Plenário (Voto):

9. Quanto ao argumento de que outros órgãos públicos teriam aprovado as referidas contas, deve-se enfatizar que a atuação do TCU não se vincula a pareceres pretéritos de pessoas diversas, pois a competência deste Tribunal assenta-se na Constituição Federal (arts. 70/74), e sua atuação é independente, sem embargo de consignar a possibilidade de a Corte de Contas subsidiar-se em pronunciamentos do Controle Interno ou concedente, conforme o caso, para deslinde dos feitos submetidos à sua apreciação.

21. Por tais razões, as considerações exaradas no âmbito do Relatório de Auditoria 337/2004-FNDE não tem o condão de alterar o mérito do acórdão recorrido como desejam os recorrentes.

Alegações: *(peça 111, p. 10-19)*

22. Os recorrentes prosseguem alegando que:

a) imputações quanto à má-fé deveriam ter sido comprovadas, uma vez que a presunção de boa-fé milita a favor deles;

b) o julgamento em questão não se pautou na veracidade, relevância e grau de culpabilidade dos atos cometidos;

c) conforme precedente jurisprudencial (STF, RDA 48/171), em sentença prolatada pelo Ministro Geraldo Rodrigues de Alckimin, o ato praticado com ausência de má-fé, corrupção ou culpa de maior monta não deve acarretar a responsabilidade pessoal da autoridade;

d) no presente caso, inexistiu má-fé, descabendo qualquer responsabilidade civil ou penal dos gestores em pagar por algo que não cometeram;

e) Maria Sylvia Zanella Di Pietro (in Direito Administrativo, 13ª Ed., São Paulo. Editora Atlas, 2001, p. 667) assevera os elementos constitutivos aptos a caracterizar improbidade administrativa: sujeito ativo (agente público ou terceiro), sujeito passivo (entidades mencionadas no art. 1º da Lei 8.429), ocorrência do ato danoso e elementos subjetivo da culpa;

f) os tribunais pátrios destacam que a má-fé, como premissa do ato ilegal, sem a efetiva lesão ao Erário, não enquadra a conduta como ímproba; e

g) ademais, deve ser aplicado ao presente caso o mesmo precedente julgado por este Tribunal, Acórdão 418/2000-TCU-Segunda Câmara, tendo em vista que as irregularidades foram apenas formais e que houve desvio de objeto, mas não desvio de finalidade na aplicação dos recursos.

Análise*:*

23. Também não assiste razão aos recorrentes.

24. Preliminarmente, há que se assinalar que o fundamento legal pelo qual as contas dos recorrentes foram julgadas irregulares, com a imputação dos respectivos débitos solidários (vide item 3 deste Exame), se deu nos termos da alínea 'c' do inciso III do art. 16 da Lei 8.443/1992 ("dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico") e não o disposto na alínea 'd' do mesmo dispositivo legal ("desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos"), hipótese essa cujos reflexos sobre o grau de culpabilidade ganha relevo.

25. Note-se que, à míngua da apresentação de quaisquer novos elementos, essa linha de argumentação dos recorrentes – a par das irregularidades imputadas aos recorrentes (item 5 deste Exame) – não pode ser aceita, pois como bem salientado pela Secex/MA (peça 63, p. 6):

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52164535.

13.4.10 (...) o administrador público responde não apenas quando age dolosamente, isto é, com a vontade livre e consciente de alcançar determinado resultado, mas também responde por conduta culposa, quando, mesmo sem a intenção de cometer o ilícito, deixa de observar dever de cuidado que lhe é imposto. Na situação em análise, ainda que se dê crédito à alegação do gestor de que desconhecia ou interpretou mal a norma ou que não agiu de má-fé, a culpa do responsável se evidencia pela inobservância do dever elementar de se inteirar acerca da legislação afeta ao exercício da função pública (...).

26. Ademais, não se pode aplicar o precedente mencionado pelos recorrentes, Acórdão 418/2000-TCU-Segunda Câmara, pois as ocorrências verificadas nestes autos (vide item 5 deste Exame), não guardam similitude com as daquele julgado, qual seja, o reconhecimento de que houve desvio de objeto com a demonstração de que a meta colimada fora atingida. Acresce-se que, reavaliados todos os documentos e peças que compõem os presentes autos, constata-se que o resultado do julgamento reflete as constatações e achados elencados pela Secex/MA.

Alegações: *(peça 111, p. 19)*

27. Por fim, os recorrentes argumentam que a matéria já está sendo objeto de discussão judicial no âmbito da Justiça Federal, Ação 1.19.000.000283/2007-47-JF.

Análise*:*

28. Esse argumento não procede.

29. Ainda que se suponha que a mencionada ação trate sobre os mesmos fatos presentes nesta TCE, resta pacificado no TCU que a existência de ação no âmbito do Poder Judiciário não é fato impeditivo de sua atuação.

30. No ordenamento jurídico brasileiro vigora o princípio da independência das instâncias, em razão do qual podem ocorrer condenações simultâneas nas diferentes esferas – cível, criminal e administrativa. O art. 935 do Código Civil prescreve que a "responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal". Esse dispositivo precisa ser conjugado com o art. 66 do Código de Processo Penal, o qual estabelece que "não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato".

31. Interpretando os dois dispositivos conjuntamente, temos que a sentença penal impedirá a propositura ou continuidade de ação nos âmbitos civil e, por extensão, administrativo, apenas se houver sentença penal absolutória negando categoricamente a existência do fato ou afirmando que não foi o réu quem cometeu o delito. Esse entendimento é pacífico no Supremo Tribunal Federal, conforme fica claro nos Mandados de Segurança 21.948-RJ, 21.708-DF e 23.635-DF. Nesse último, por exemplo, o STF decidiu que a sentença proferida em processo penal é incapaz de gerar direito líquido e certo de impedir o TCU de proceder à tomada de contas, mas poderá servir de prova em processos administrativos se concluir pela não ocorrência material do fato ou pela negativa de autoria.

32. Nesse mesmo sentido é o teor do art. 126 da Lei 8.112/1990, segundo o qual a "responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria". Também encontramos na Lei 8.429/1992, que trata da improbidade administrativa, a positivação do referido princípio, quando seu artigo 12 destaca que o responsável por ato de improbidade está sujeito às cominações estabelecidas por esta norma, independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica.

33. O Plenário do Supremo Tribunal Federal já decidiu, inclusive, que o ajuizamento de ação civil pública não retira a competência do Tribunal de Contas da União para instaurar tomada de

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52164535.

contas especial, tendo em vista a competência do TCU inserta no art. 71 da Constituição Federal, como se constata no seguinte excerto do MS 25880/DF, da relatoria do Ministro Eros Grau:

> *EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA. ART. 71, II, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E ART. 5º, II E VIII, DA LEI N. 8.443/92. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 148 A 182 DA LEI N. 8.112/90. INOCORRÊNCIA. PROCEDIMENTO DISCIPLINADO NA LEI N. 8.443/92. AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PREJUDICIALIDADE DA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS CIVIL, PENAL E ADMINISTRATIVA. QUESTÃO FÁTICA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SEGURANÇA DENEGADA.*
>
> *1. A competência do Tribunal de Contas da União para julgar contas abrange todos quantos derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário, devendo ser aplicadas aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, lei que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado aos cofres públicos [art. 71, II, da CB/88 e art. 5º, II e VIII, da Lei n. 8.443/92].*
>
> *2. A tomada de contas especial não consubstancia procedimento administrativo disciplinar. Tem por escopo a defesa da coisa pública, buscando o ressarcimento do dano causado ao erário. Precedente [MS n. 24.961, Relator o Ministro CARLOS VELLOSO, DJ 04.03.2005].*
>
> *3. Não se impõe a observância, pelo TCU, do disposto nos artigos 148 a 182 da Lei n. 8.112/90, já que o procedimento da tomada de contas especial está disciplinado na Lei n. 8.443/92.*
>
> *4. O ajuizamento de ação civil pública não retira a competência do Tribunal de Contas da União para instaurar a tomada de contas especial e condenar o responsável a ressarcir ao erário os valores indevidamente percebidos. Independência entre as instâncias civil, administrativa e penal.*
>
> *5. A comprovação da efetiva prestação de serviços de assessoria jurídica durante o período em que a impetrante ocupou cargo em comissão no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região exige dilação probatória incompatível com o rito mandamental. Precedente [MS n. 23.625, Relator o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 27.03.2003].*
> *6. Segurança denegada, cassando-se a medida liminar anteriormente concedida, ressalvado à impetrante o uso das vias ordinárias.*

34. O voto condutor do Acórdão 2/2003-TCU-2ª Câmara demonstra a posição pacífica deste Tribunal sobre o tema, quando assim dispôs:

> *O TCU tem jurisdição própria e privativa sobre as pessoas e matérias sujeitas a sua competência, de modo que a proposição de qualquer ação no âmbito do Poder Judiciário não obsta que esta Corte cumpra sua missão constitucional. De fato, por força de mandamento constitucional (CF, art. 71, inc. II), compete a este Tribunal julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores da administração federal direta e indireta, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao Erário. E, para o exercício dessa atribuição específica, o TCU é instância independente, não sendo cabível, portanto, tal como pretende o interessado, que se aguarde manifestação do Poder Judiciário no tocante à matéria em discussão.*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52164535.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

35. Por todo o anterior exposto, com fundamento nos arts. 32, I, e 33 da Lei 8.443/1992, submetem-se os autos à consideração superior, para posterior encaminhamento ao Gabinete do Relator, Ministro Benjamin Zymler, nos termos do art. 152 do RI/TCU, por intermédio do MP/TCU, propondo:

a) conhecer os recursos de reconsideração interpostos pelos Srs. José Machado Vilar, Antônio José Barbosa Campos Filho, Raimundo Pinheiro Júnior, Gilberto de Brito Serejo, Herbert de Paula Silva, Fabiano Lima da Silva, pela Sra. Marlene de Souza Lima e pela empresa Marlene F. Lima contra o Acórdão 2.637/2011-TCU-Plenário, para, no mérito negar-lhes provimento;

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

O titular da Secretaria de Recursos manifestou-se nos seguintes termos:

"*Inicialmente, ressalto que esta Tomada de Contas Especial (TCE) é originária de um amplo trabalho de auditoria realizada no município em 2003 pela Secex/MA que teve como objetivo a fiscalização da aplicação dos recursos federais repassados no período de 1997 a 2001 (TC 005.737/2002-8).*

2. Nestes autos, examina-se a aplicação dos recursos do Fundef nos exercícios de 1998 a 2001.

3. A imputação de débito decorre de pagamentos de bens e serviços com suporte em notas fiscais inidôneas; pagamentos efetivados com divergência entre o nome dos favorecidos nos cheques e o nome dos supostos fornecedores dos bens e serviços e saques de recursos da conta corrente bancária do Fundef sem apresentação de comprovantes das despesas correspondentes, nos termos do item 4 da proposta de deliberação do Exmo. Ministro-Relator André Luís Carvalho.

4. Em linhas gerais, concordo com a proposta de encaminhamento aprovada no âmbito da 1ª Diretoria Técnica, por seus fundamentos, no sentido de conhecer dos presentes recursos, para, no mérito negar-lhes provimento. Adicionalmente, passo a registrar algumas considerações com vistas a complementar os posicionamentos precedentes.

5. A par da falta de comprovação de nexo de causalidade entre os recursos transferidos à municipalidade e a relação de despesas informada na prestação de contas, não devem ser aceitos também, a nosso ver, o argumento segundo o qual os apontados recursos financeiros foram aplicados, em sua totalidade, para atender as necessidades locais da comunidade estudantil do Município de Buriti-MA (peça 111, p. 9) – o que, em tese, poderia justificar a ocorrência de desvio de finalidade em benefício do município. Isso porque não se extrai dos autos qualquer elemento probatório apto a respaldar essa linha argumentativa. Como destacado pelo Ministro-Relator, "(...) os responsáveis não conseguiram acostar aos autos qualquer elemento que evidenciasse o efetivo benefício da comunidade da área de educação local com os referidos valores questionados, todos oriundos da complementação da União em relação ao Fundef" (item 16 da proposta de deliberação).

6. Sobre a alegação dos recorrentes de prescrição quinquenal tanto da pretensão de ressarcimento ao erário quanto da pretensão punitiva, cabem algumas reflexões.

7. Pelo fato de a Lei nº 8.443/1992 não dispor sobre a prescrição da pretensão punitiva desta Corte, cabe ao intérprete recorrer à analogia, em atenção ao art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Assim, este Tribunal de Contas da União (TCU) há algum tempo vem se valendo do prazo geral de dez anos, estabelecido no Código Civil (art. 205), para suplantar tal lacuna legislativa. É o que se depreende das seguintes decisões: Acórdãos 510/2005, 1.803/2010, 771/2010 e

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52164535.

474/2011, do Plenário; Acórdãos 3.036/2006 e 847/2007, da 1ª Câmara; e Acórdãos 5/2003 e 3.132/2006, da 2ª Câmara.

8. É bem verdade que, na grande maioria dos casos, os precedentes enfrentaram a questão da prescrição sob a ótica da pretensão de ressarcimento ao erário, quando internamente não havia entendimento consolidado sobre a tese imprescritibilidade (Acórdão nº 2.709/2008-Plenário), nesse particular, motivado por decisão do Supremo Tribunal Federal (MS 26.210-9/DF). Nesse sentido, o Tribunal não tinha o costume de examinar a prescrição da pretensão punitiva de forma isolada, a qual "ficava a reboque" daquela tese central sobre a qual, com mais frequência, se insurgiam as partes nos processos de controle externo.

9. No Poder Judiciário, é pacífico o entendimento de que o prazo prescricional em se tratando de multa administrativa deve ser de cinco anos, quando a lei expressamente não o exija, em consonância com a realidade de várias outras normas de Direito Público, tais como: a Lei nº 9.873/1999, para a pretensão punitiva da Administração no exercício do poder de polícia; o Código Tributário Nacional, para a cobrança de crédito tributário; o Decreto nº 20.910/1932, para cobrança de dívidas passivas da União, Estados/DF e Municípios; a Lei nº 8.112/1990, para ação disciplinar contra servidor público; e a Lei nº 8.429/1992, para ações destinadas à aplicação das sanções expressas nessa lei.

10. Por elucidativo, transcrevo os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

"ADMINISTRATIVO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. DANO AO ERÁRIO. RESSARCIMENTO. IMPRESCRITIBILIDADE. MULTA. PRESCRIÇÃO QÜINQÜENAL. 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 qüinqüenal.
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 reger-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);

"AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. MULTA ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. PRAZO QUINQUENAL. DECRETO 20.910/32. ATÉRIA APRECIADA SOB O RITO DO ART. 543-C, DO CPC. RESP N.º 1.112.577/SP REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA).
1. A sanção administrativa é consectário do Poder de Polícia regulado por normas administrativas. A aplicação principiológica da isonomia, por si só, impõe a incidência recíproca do prazo do Decreto 20.910/32 nas pretensões deduzidas em face da Fazenda e desta em face do administrado.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52164535.

2. Deveras, e ainda que assim não fosse, no afã de minudenciar a questão, a Lei Federal 9.873/99 que versa sobre o exercício da ação punitiva pela Administração Federal colocou um pá de cal sobre a questão assentando em seu art. 1º caput: '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.'
3. A possibilidade de a Administração Pública impor sanções em prazo vintenário, previsto no Código Civil, e o administrado ter a seu dispor o prazo quinquenal para veicular pretensão, escapa ao cânone da razoabilidade, critério norteador do atuar do administrador, máxime no campo sancionatório, onde essa vertente é lindeira à questão da legalidade.
4. Outrossim, as prescrições administrativas em geral, quer das ações judiciais tipicamente administrativas, quer do processo administrativo, mercê do vetusto prazo do Decreto 20.910/32, obedecem à quinquenalidade, regra que não deve ser afastada ***in casu****. (...)" (AgRg no Ag 1069662/SP, Relator Ministro Luiz Fux; Data do Julgamento: 1/6/2010; grifos nossos).*

11. Celso Antonio Bandeira de Mello, revendo seu posicionamento outrora manifestado sobre a matéria, assevera:

*"Não há regra alguma fixando genericamente um prazo prescricional para as ações judiciais do Poder Público em face do administrado. Em matéria de débitos tributários o prazo é de cinco anos, a teor do art. 174 do Código Tributário Nacional, o qual também fixa, no art. 173, igual prazo para a decadência do direito de constituir o crédito tributário. No passado, sustentávamos que, não havendo especificação legal dos prazos de prescrição para as situações tais ou quais, deveriam ser decididos por analogia com os estabelecidos na lei civil, na conformidade do princípio geral que dela decorre: prazos longos para atos nulos e mais curtos para os anuláveis. Reconsideramos tal posição. Remeditando sobre a matéria, parece-nos que o correto não é a analogia com o Direito Civil, visto que, sendo as razões de Direito Público, nem mesmo em tema de prescrição caberia buscar inspiração em tal fonte. Ademais, salvo disposição legal expressa, não haveria razão prestante para distinguir entre administração e administrado no que concerne ao prazo ao cabo do qual faleceria o direito de reciprocamente se proporem ações. Isto posto, estamos em que, faltando regra específica que disponha de modo diverso, ressalvada a hipótese de comprovada má-fé em uma, outra ou em ambas as partes da relação jurídica que envolva atos ampliativos de direito dos administrados, o prazo para a Administração proceder, judicialmente, contra eles é, como regra, de cinco anos, quer se trate de atos nulos, quer se trate de atos anuláveis" (****in*** *Curso de Direito Administrativo. 17. ed. São Paulo: Malheiros. p. 930).*

12. Recentemente, o assunto tomou posição de destaque nos debates deste Tribunal em face de representação específica da Conjur (TC 021.540/2010-1), pendente de julgamento, sob a relatoria do Exmo. Ministro Benjamin Zymler.

13. Trata-se de processo de elevada importância em razão da necessidade de balizamento definitivo do tema no âmbito desta egrégia Corte, o que permitirá também que a preliminar de prescrição seja invocada pelas unidades técnicas, na fase de instrução, antes da propositura de qualquer penalidade.

14. Sabe-se que a prescrição, por se tratar de questão de ordem pública, deve ser reconhecida de ofício quando não alegada pela parte. Traçando-se um paralelo com a legislação penal, o art. 61 do Código de Processo Penal dispõe que "Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício". Inúmeros julgados do Superior Tribunal de Justiça

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52164535.

corroboram essa disposição literal, como não poderia ser diferente (v.g. AgRg no REsp 1256886/PR e HC 132804/MS).

15. Por certo, não se trata apenas de firmar entendimento sobre o prazo prescricional – se cinco ou dez anos. Inúmeros outros pontos correlacionados ao tema necessitam de definição, a nosso ver, como a fixação do termo ***a quo*** *para contagem desse prazo – se da ocorrência do fato ou do conhecimento do fato pelo TCU – e das eventuais causas interruptivas.*

16. Diante dessas ponderações, mostra-se coerente e plenamente defensável o prazo de cinco anos para efeito de prescrição da pretensão punitiva, pois a falta disposição legal a respeito do assunto na Lei Orgânica (Lei nº 8.443/1992) sugere que se extraia do Direito Administrativo, dada a sua independência científica, as bases para a integração dessa lacuna.

17. Todavia, considerando estar pendente de apreciação pelo Plenário o TC 021.540/2010-1, no qual a questão está sendo abordada sob todas as suas vertentes – no que se inclui o debate relativo à definição do termo ***a quo*** *e das causas interruptivas da contagem do prazo prescricional –, acompanho o prazo geral de 10 (dez) anos estabelecido no Código Civil, em conformidade com a atual jurisprudência do TCU.*

18. Em vista do estágio avançado de discussão da matéria internamente, avalio que eventual proposição contrária à orientação até então firmada pelo Tribunal – isto é, pela tese dos dez anos (Código Civil) – poderia tumultuar os julgamentos de diversos processos oriundos desta unidade até o desfecho daqueles autos paradigmáticos. Isso em função da grande quantidade de recursos nos quais a preliminar de prescrição da pretensão punitiva é suscitada pelos recorrentes.

19. No caso concreto, como as irregularidades tiveram início em 1998, e até 2002 transcorreram apenas 5 anos, não se aplica a regra de transição prevista no art. 2.028 do CC. Logo, de 1998 (data de ocorrência do fato) a 2003 (ano de prolação do Acórdão 911/2003-Plenário, que determinou a conversão dos autos de fiscalização em TCE) passaram-se menos de dez anos, não se tendo consumado a prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal. Não haveria que se falar também de eventual prescrição intercorrente, visto que entre aquele julgado e o Acórdão 2.637/2011-Plenário, ora recorrido, de natureza condenatória, transcorreram, da mesma forma, menos de dez anos.

20. Ante o exposto, submeto os autos à consideração superior, propondo que os presentes apelos sejam conhecidos para, no mérito, ser-lhes negado provimento."

Por fim, o representante do Ministério Público junto ao TCU apresentou o seguinte Parecer:

À vista dos elementos contidos nos autos, e considerando que, com o julgamento do TC 021.540/2010-1 e a consequente prolação do Acórdão 1.314/2013 – Plenário, não houve alteração formal na jurisprudência do Tribunal em relação ao assunto prescrição da pretensão punitiva do TCU, uma vez que a representação de que tratavam aqueles autos não foi conhecida; manifestamo-nos de acordo com a proposta alvitrada pelo Titular da SERUR na instrução que integra a peça 140.

É o relatório.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52164535.