

GRUPO I – CLASSE I – Primeira Câmara

TC 031.322/2015-8.

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

Entidade: Fundação Nacional de Saúde/Superintendência Estadual do Maranhão (Funasa/Suest/MA).

Recorrente: Marcírio Ferreira de Souza (067.512.963-04).

Representação legal: Rômulo da Silva Santos (OAB/MA 7.321).

SUMÁRIO: RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. ARGUMENTOS QUE NÃO AFASTAM AS PREMISSAS QUE NORTEARAM O JULGAMENTO A QUO. NEGATIVA DE PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Adoto como parte do relatório a abaixo transcrita manifestação da Secretaria de Recursos (peça 73) nestes autos, que contou com o aval do corpo diretivo daquela unidade especializada (peças 74-75):

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recurso de reconsideração interposto pelo Sr. Marcírio Ferreira de Souza, ex-servidor da Fundação Nacional de Saúde (Funasa); contra o Acórdão 531/2020-TCU-1ª Câmara, rel. Ministro WALTON ALENCAR RODRIGUES. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

9.1. considerar revel a empresa Tricone Construtora Ltda., para todos os efeitos, com fundamento no art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992, dando-se prosseguimento ao processo;

9.2. rejeitar as alegações de defesa de Marcírio Ferreira de Souza;

9.3. julgar irregulares as contas da empresa Tricone Construtora Ltda. e de Marcírio Ferreira de Souza, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, III, “c”, 19 e 23, III, da Lei 8.443/1992, e condená-los, em regime de solidariedade, ao pagamento do débito de R\$ 52.558,50, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para que comprovem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno do TCU), o recolhimento da dívida ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir de (05/02/2003) até a data do recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor;

9.4. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendida à notificação;

9.5. encaminhar cópia deste acórdão ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado do Maranhão, nos termos do § 3º do art. 16 da Lei 8.443/1992, para adoção das medidas que entender cabíveis;

9.6. dar ciência do inteiro teor desta deliberação à Funasa e aos responsáveis.

HISTÓRICO

2. Cuidam os autos de tomada de conta especial instaurada pela Fundação Nacional de Saúde/Superintendência Estadual do Maranhão (Funasa/Suest/MA), em desfavor do Sr. Marcírio Ferreira de Souza, ex-servidor da entidade, e do Sr. Ozano Alves Costa, representante da empresa

Tricone Construtora Ltda., em razão do atesto de nota fiscal e consequente pagamento do valor respectivo sem a entrega total dos serviços e materiais objeto do Contrato 40/2002, firmado entre a Funasa/MA e a referida empresa para fornecimento e serviços de instalação de conjuntos completos de reservatórios d'água elevados, compostos de estrutura pré-moldada em concreto armado e caixa d'água em fibra de vidro (peças 1, p. 196-212; e 3, p. 249-257).

2.1. A partir do exame da fase externa desta TCE (peças 7-8), realizou-se a citação solidária do Sr. Marcírio Ferreira de Souza e da empresa Tricone Construtora Ltda. (CNPJ 04.931.710/0001-96), em virtude das seguintes condutas irregulares ocasionadoras de dano ao erário (peças 9, 11 e 25):

a) Sr. Marcírio Ferreira de Souza: atestar nota fiscal sem a entrega total dos serviços e materiais oriundos do Contrato 40/2002, firmado entre a Funasa/MA e a empresa Tricone Construtora Ltda. para fornecimento e serviços de instalação de estrutura pré-moldada e caixa d'água;

b) empresa Tricone Construtora Ltda.: receber a totalidade da nota fiscal 002 emitida em decorrência do Contrato 40/2002, firmado com a Funasa/MA, sem que tenha realizado ou entregue a totalidade dos serviços e materiais a que tinha se comprometido e descrito na nota fiscal.

2.2. A unidade técnica propôs a rejeição das alegações de defesa do Sr. Marcírio Ferreira de Souza, embora tenha reconhecido a boa-fé do responsável, razão pela qual alvitrou a fixação de novo e improrrogável prazo para recolhimento do débito, atualizado monetariamente, aos cofres da Funasa (peças 27-29). Tal proposta contou com a aquiescência do *parquet especial* (peça 30).

2.3. Diante das razões expostas pelo Relator (não reconhecimento da boa-fé dos responsáveis), em face da revelia da empresa Tricone Construtora Ltda. e da rejeição das alegações de defesa do Sr. Marcírio Ferreira de Souza, esta Corte de Contas deliberou, por meio do Acórdão 531/2020-TCU-1ª Câmara, julgar irregulares as contas do Sr. Marcírio Ferreira de Souza e da empresa Tricone Construtora Ltda., condenando-os em débito.

2.4. Irresignado, o Sr. Marcírio Ferreira de Souza interpôs recurso de reconsideração (peça 48) contra o Acórdão 531/2020-TCU-1ª Câmara (peça 31), espécie de recurso objeto do presente exame.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Em linha com o entendimento do MPTCU (peça 54), o recurso foi admitido pelo relator, Ministro VITAL DO RÊGO, com a atribuição de efeito suspensivo aos itens 9.3 e 9.4 do Acórdão 531/2020-TCU-1ª Câmara (peça 55). Superada a proposta de não conhecimento formulada inicialmente pela Serur (peças 50-52), passa-se ao exame técnico.

EXAME TÉCNICO

4. Delimitação

4.1. Constitui objeto do presente recurso definir as seguintes questões:

a) preliminar:

a.1) prescrição do ressarcimento ao erário;

b) mérito:

b.1) nulidade do atesto de nota fiscal por ausência de competência para produzir o ato.

4.2. Registra-se que o presente exame atentará para a questão da responsabilidade subjetiva com base na Lei 13.655/2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), mormente no que concerne aos arts. 22 e 28 da novel legislação.

5. Prescrição do ressarcimento ao erário

5.1. Ainda que o recorrente não tenha pugnado, no âmbito do presente recurso, acerca da temática “prescrição do dano ao erário”, tem-se que essa deve ser examinada nestes autos por se tratar de questão de ordem pública.

5.2. A prescrição do dano ao erário assume particular relevância, dado o julgamento, pelo STF, do RE 636.886 (tema 899 da repercussão geral). Os significativos impactos deste julgamento foram objeto de análise pela Secretaria de Recursos (Serur) nos autos do TC 027.624/2018-8. Por economia processual, juntou-se a estes autos (peça 72) cópia do exame e do pronunciamento da unidade emitidos pela Serur naquele processo, em que foram fundamentadas as seguintes premissas, que serão consideradas no presente exame:

a) pela jurisprudência até então vigente, a pretensão punitiva exercida pelo Tribunal de Contas estava sujeita à prescrição, regida pelos critérios fixados no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, redator Ministro WALTON ALENCAR RODRIGUES. Já quanto ao débito, a ação de ressarcimento era considerada imprescritível, por expressa previsão do art. 37, § 5º, da Constituição Federal. No entanto, ao julgar o RE 636.886, o STF conferiu nova interpretação a esse dispositivo, fixando a tese de que “é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”;

b) embora o RE 636.886 tenha por objeto a execução de acórdão condenatório proferido pelo TCU, a interpretação conferida pelo STF ao art. 37, § 5º, da Constituição Federal, afeta a ação de ressarcimento como um todo, abrangendo não só a execução, mas também a pretensão condenatória. E, ao contrário da decisão proferida no julgamento do tema 897 (RE 852.475), no tema 899, relativo à atuação do Tribunal de Contas, a conclusão de que a pretensão de ressarcimento é prescritível foi estabelecida de forma categórica, sem ressaltar as condutas dolosas qualificáveis como ato de improbidade;

c) as pretensões punitiva e de ressarcimento devem observar o mesmo regime na atividade de controle externo, dado o objetivo comum da prescrição, de fixar prazo para o Tribunal de Contas agir, buscando caracterizar o ilícito, identificar seu autor, dimensionar as consequências da conduta (em especial, a quantificação do dano) e impor as consequências legais, independentemente do fato de tais consequências terem natureza punitiva ou ressarcitória;

d) o Código Civil e a Lei 9.873/1999 constituem as duas alternativas que, de forma mais consistente, polarizam os debates acerca do regime de prescrição a ser observado no processo de controle externo. Não obstante a relevância dos fundamentos utilizados no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, favoráveis à aplicação do Código Civil (Lei 10.406/2002), a Lei 9.873/1999 adota balizas usuais no âmbito do direito público, prevê causas de interrupção em tudo compatíveis com o processo de controle externo e já vem sendo utilizada pelo STF para limitar o exercício da pretensão punitiva pelo TCU, em decisões posteriores ao Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário. Assim, até que sobrevenha norma específica, entende-se que a prescrição das medidas de ressarcimento a cargo do TCU deve observar o regime da Lei 9.873/1999;

e) considerando, porém, que o acórdão proferido no RE 636.886 encontra-se embargado, não é recomendável reconhecer a prescrição desde logo, ante a possibilidade de esclarecimento da decisão em sentido diverso do ora defendido (notadamente quanto aos atos dolosos) ou mesmo a modulação de seus efeitos, para preservar as ações de controle instauradas com base no entendimento jurisprudencial até então vigente; e

f) assim, nos casos em que a prescrição não tenha ocorrido por nenhum dos dois regimes (Código Civil ou Lei 9.873/1999), o desfecho do processo não se alterará, qualquer que seja a premissa adotada (imprescritibilidade, prescritibilidade pelo Código Civil ou pela Lei 9.873/1999), viabilizando-se o imediato julgamento. Já nas situações em que a pretensão de ressarcimento esteja prescrita por algum dos dois regimes, ou por ambos, é recomendável que o julgamento do processo seja sobrestado, até ulterior deliberação do Tribunal.

5.3. As manifestações da Serur juntadas à peça 72 foram elaboradas quando ainda não estava disponibilizado o inteiro teor do acórdão do RE 636.886. Em nova análise após a publicação da decisão (DJe de 24/6/2020), inclusive mediante o cotejo com os demais votos proferidos no julgamento, conclui-se pela subsistência das premissas indicadas acima, cabendo destacar dois aspectos relevantes.

5.4. O primeiro diz respeito à ressalva aos atos dolosos de improbidade. Observa-se que tanto na

manifestação do TCU, como *amicus curiae* (peça 35 do RE 636.886), como na manifestação do Ministério Público Federal na condição de fiscal da ordem jurídica (peça 38 do RE 636.886), o tema 897 foi invocado com o fim de preservar a atuação dos tribunais de contas no caso de prejuízos causados dolosamente, mediante condutas típicas de improbidade administrativa. Todavia, o pedido não foi acolhido. No ponto, não houve divergência quanto ao entendimento do relator, de que “as razões que levaram a maioria da Corte a estabelecer excepcional hipótese de imprescritibilidade, no tema 897, não estão presentes em relação as decisões do Tribunal de Contas que resultem imputação de débito ou multa”.

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

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

5.7. Quanto à **análise da prescrição segundo os critérios do Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário**, a prescrição da pretensão punitiva e do débito subordinam-se ao prazo geral de dez anos (art. 205 da Lei 10.406/2002 - Código Civil), contado a partir da data da ocorrência do fato e interrompido pelo ato que ordenar a citação, a audiência ou a oitiva da parte. A presente TCE refere-se a atesto de nota fiscal e consequente pagamento do valor respectivo sem a entrega total dos serviços e materiais objeto do Contrato 40/2002. O ato ilegal de liquidação da despesa ocorreu em 30/12/2002 (peça 1, p. 380-383), com a consumação do pagamento em 5/2/2003 (peça 1, p. 386). Nesse ponto, insta consignar que a vigência do contrato foi de 10/12/2002 a 10/2/2003 (peça 1, p. 196-212, 230-232, 238, 248, 252-254, 298, 304 e 330-332), de modo que a partir de 11/2/2003, configurou-se a mora contratual.

5.8. O ato ordenatório das citações que interrompe a fruição do prazo data de 29/9/2017 (peça 8). Logo, verifica-se a **incidência do prazo decenal de prescrição** previsto no art. 205 do Código Civil entre a data da ocorrência do fato e interrompido pelo ato que ordenou a citação.

5.9. No que concerne à **análise da prescrição pelo regime da Lei 9.873/1999**, é preciso considerar os seguintes parâmetros:

a) Termo inicial:

a.1) a Lei 9.873/1999, art. 1º, traz previsão expressa a respeito do início do prazo em se tratando de infração instantânea. Nesta hipótese, a prescrição começa a correr da data da prática do fato;

a.2) considerando que, no presente caso, a irregularidade refere-se a atesto de nota fiscal e consequente pagamento do valor respectivo sem a entrega total dos serviços e materiais objeto do Contrato 40/2002, tem-se que termo inicial é a data do início da mora contratual, qual seja, 11/2/2003 (peça 1, p. 196-212, 230-232, 238, 248, 252-254, 298, 304 e 330-332);

b) Prazo:

b.1) a Lei 9.873/1999 apresenta um prazo geral, de cinco anos (art. 1º), e um prazo especial, previsto no art. 1º, § 2º, a saber: “quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se-á pelo prazo previsto na lei penal”;

c) interrupções por atos inequívocos de apuração dos fatos, sendo que no regime da Lei 9.873/1999, a prescrição se interrompe “por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato” (art. 2º, II). Tal diploma legal prevê como causas interruptivas: I - pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital; II - por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato; III - pela decisão condenatória recorrível; IV - por qualquer ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da administração pública federal. Os exemplos típicos, no caso em exame, são: (i) PAD instaurado pela Funasa; (ii) TCE instaurada pela Funasa; (iii) pronunciamento do controle interno; e (iv) TCE no âmbito do TCU. Com esse fundamento, a prescrição foi interrompida:

c.1) em 28/10/2004, com a Portaria CORE-MA/DIREH/247, a designar a comissão do PAD

(peça 1, p. 11);

c.2) em 23/2/2005, com o Relatório Final da Comissão de PAD (peça 2, p. 332-362);

c.3) em 15/2/2007, com a Portaria 360/GM, do Ministério da Saúde, a julgar administrativamente o então servidor Marcírio Ferreira de Souza com a pena de demissão (peça 3, p. 148-152);

c.4) em 30/8/2011, com a Portaria Funasa 0423, a designar servidor para providências para fins de tomada de contas especial (peça 3, p. 106);

c.5) em 10/10/2011, com a Portaria Funasa 0502, a designar servidor para providências para fins de tomada de contas especial (peça 3, p. 106);

c.6) em 13/11/2011, com a Portaria Funasa 0563, a designar servidor para providências para fins de tomada de contas especial (peça 1, p. 3);

c.7) em 25/6/2014, data do Relatório de TCE (peça 3, p. 249-257);

c.8) em 12/8/2015, data do pronunciamento do dirigente de controle interno (peça 3, p. 294);

c.9) em 29/9/2015, data do Pronunciamento Ministerial (peça 3, p. 295);

c.10) em 29/9/2017, data da instrução preliminar de citação (peças 7-8);

c.11) em 15/8/2018, data da instrução de mérito (peças 27-29);

d) interrupções pela citação dos responsáveis, sendo que a prescrição também é interrompida “pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital”, nos termos do art. 2º, I, da Lei 9.873/1999. E, no regime dessa lei, a interrupção se dá pela citação propriamente dita, e não pelo despacho que a ordena. Com esse fundamento, houve a interrupção em 12/10/2017 (peças 9 e 11);

e) interrupção pela decisão condenatória recorrível (art. 2º, inciso III, da Lei 9.873/1999), sendo que para esse fundamento, houve a interrupção em 28/1/2020, data da sessão em que foi proferido o acórdão condenatório (peça 31). Essa interrupção é relevante, por estabelecer prazo para julgamento do recurso;

f) da prescrição intercorrente:

f.1) nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei 9.873/1999, opera-se a prescrição intercorrente se o processo ficar paralisado por mais de três anos, aguardando “julgamento ou despacho”;

f.2) note-se que há uma correlação entre essa hipótese e as causas de interrupção da prescrição do art. 2º. Com efeito, uma vez interrompida a prescrição por alguma das hipóteses do art. 2º, o processo não pode ficar inativo, sem qualquer inovação processual relevante, por mais de três anos;

f.3) trata-se de prazo específico, não se aplicando nem o prazo geral de cinco anos nem o prazo especial, da lei penal (§ 2º). A finalidade da prescrição intercorrente, com seu prazo próprio, é a de assegurar a eficiência e celeridade nas apurações administrativas. Seria contrário a essa finalidade a paralisação injustificada do processo por período maior que o triênio estabelecido para a hipótese;

f.4) a extrapolação do prazo de três anos, sem inovação relevante no processo, pode configurar negligência. Por isso, além de se operar a prescrição, deve-se promover a “apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso”;

f.5) em muitas situações, o exame da prescrição intercorrente pode ficar prejudicado nos processos já em tramitação no TCU. Como a ação de ressarcimento era considerada imprescritível, as peças que compõem a tomada de contas especial, elencadas no art. 10 da Instrução Normativa-TCU 71/2012, não contemplam informações pormenorizadas quanto ao andamento do processo na fase interna, o que pode prejudicar a análise de eventual paralisação por mais de três anos;

f.6) assim, caso o tribunal venha a adotar a sistemática da Lei 9.873/1999 para aferir a prescrição, convém avaliar, oportunamente, a possibilidade de ajustes na IN-TCU 71/2012, para que as tomadas de contas especiais encaminhadas ao tribunal contemplem informações sobre as

interrupções ocorridas na fase interna do procedimento; e

f.7) especificamente quanto a esta TCE, em que pese os indícios de ocorrência de prescrição intercorrente entre as causas “3” e “4” da alínea “c” retro, há que se sopesar que, como dito alhures (alínea f.5), em muitas situações, o exame da prescrição intercorrente pode ficar prejudicado nos processos já em tramitação no TCU. Como a ação de ressarcimento era considerada imprescritível, as peças que compõem a tomada de contas especial, elencadas no art. 10 da Instrução Normativa-TCU 71/2012, não contemplam informações pormenorizadas quanto ao andamento do processo na fase interna, o que pode prejudicar a análise de eventual paralisação por mais de três anos. Desse modo, ante a insuficiência de elementos, considera-se, *in casu*, **prejudicado o exame da prescrição intercorrente**;

5.10. Diante da análise da questão prescricional procedida nos itens 5.2 a 5.9 deste exame, conclui-se que **ocorreu prescrição do dano ao erário** com base somente no regime do Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário.

5.11. Não se mostra recomendável, porém, decidir, nesta ocasião, pela utilização de um ou outro regime, ante o cenário exposto, de que é possível o esclarecimento da decisão (oposição de embargos declaratórios), em sentido diverso da compreensão ora defendida, ou mesmo a modulação de sua eficácia, para preservar as ações de controle instauradas com base no entendimento jurisprudencial então vigente.

5.12. Diante disso, propõe-se, em sede preliminar, que o **juízo** do presente recurso de reconsideração seja **sobrestado** até o trânsito em julgado do RE 636.886 ou ulterior deliberação do Tribunal a respeito do tema.

5.13. Por derradeiro, é importante mencionar que, em relação à multa relativa à irregularidade danosa ao erário, considerada prescrita pelo acórdão recorrido, não é possível sua aplicação em recurso exclusivo do responsável. Ainda que a ocorrência da prescrição seja agora afastada, considerando-se as balizas da Lei 9.873/1999, o novo critério não pode ser aplicado para agravar a situação do recorrente, ante a proibição de *reformatio in pejus*.

6. Nulidade do atesto de nota fiscal por ausência de competência para produzir o ato

6.1. O recorrente apresentou a tese de que o ato administrativo materializado no atesto da nota fiscal objeto desta TCE seria nulo, haja vista sua ausência de competência, à época do fato, para produzir tal ato administrativo; tendo ele aduzido, para tanto, os seguintes argumentos (peça 48, p. 2-7):

a) pertenceria ao quadro de servidores do Ministério da Saúde, sendo que seu ato de deslocamento para a Funasa não teria sido formalizado até 2004 (peça 48, p. 2); e

b) seriam nulos todos os atos por ele praticados anteriormente a formalização em 2004, por motivo de vício insanável de competência (peça 48, p. 2-7).

Análise:

6.2. De plano, **refuta-se** a tese do recorrente. Com efeito, o fato de o Sr. Marcílio Ferreira de Souza, na condição de servidor público, não ter tido formalizado, até 2004, sua cessão para a Funasa não pode servir de anteparo para invalidar todas as suas condutas funcionais no âmbito de tal entidade. Em outras palavras, não seria plausível supor que todos os atos administrativos produzidos pelo servidor em questão teriam sido nulos até 2004, sob pena de se afrontar gravemente a própria segurança jurídica e o ato jurídico perfeito.

6.3. Demais disso, a competência do Sr. Marcílio Ferreira de Souza para praticar atos administrativos no âmbito do Contrato 40/2002 está fartamente materializada nos presentes autos, conforme se observa às peças 1, p. 37-59, 196-212, 222, 236, 292, 380-383, 386; e 2, p. 254 e 264.

6.4. Nesse contexto, pondera-se que, ao aceitar a incumbência de fiscalizar tal contrato, o recorrente assumiu os riscos inerentes a tal atividade, não havendo nos autos documentos que comprovem a irresignação do responsável pelo fato de não ter tido sua cessão formalizada à época do ato irregular objeto desta TCE. Ademais, o recorrente deu causa ao ato irregular (atesto de nota

fiscal e consequente pagamento do valor respectivo sem a entrega total dos serviços e materiais objeto do Contrato 40/2002), de modo que, segundo art. 173 do Regimento Interno do TCU, não poderia sequer arguir a nulidade de tal ato administrativo.

6.5. Por fim, no que concerne à questão da responsabilidade subjetiva com base na Lei 13.655/2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), cabe assinalar que as alterações promovidas pela norma legal, em especial a inclusão do art. 28, não provocam modificação nos requisitos necessários à responsabilidade financeira pelo débito – o dever de indenizar os prejuízos ao erário permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa (Acórdãos 2391/2018-TCU-Plenário, rel. Ministro BENJAMIN ZYMLER, e 5547/2019-TCU-1ª Câmara, rel. Ministro BENJAMIN ZYMLER).

CONCLUSÃO

7. Das análises anteriores, conclui-se, em sede **preliminar**, pelo **sobrestamento** do julgamento do processo até o trânsito em julgado do RE 636.886 ou ulterior deliberação do Tribunal a respeito do tema, haja vista que incidiu a prescrição com base no regime do Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário. Caso **não** seja **acolhida** a preliminar ora suscitada, propõe-se, alternativamente, o conhecimento do recurso com **negativa de provimento**, considerando-se que o recorrente detinha, à época da irregularidade, competência para a prática do ato administrativo, não podendo a parte arguir a nulidade de ato que ele mesmo deu causa (art. 173 do Regimento Interno do TCU); sob pena ainda de afrontar gravemente a segurança jurídica, o ato jurídico perfeito, a verdade material e a instrumentalidade das formas.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

8. Ante todo o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise do recurso de reconsideração interposto pelo Sr. Marcírio Ferreira de Souza, contra o Acórdão 531/2020-TCU-1ª Câmara, propondo-se, com fundamento no art. 32, inciso I, e 33, da Lei 8.443/1992:

I) Primeira situação (conhecimento da preliminar acerca da prescrição do dano ao erário):

a) **sobrestar**, em sede preliminar, o julgamento do recurso até o trânsito em julgado do RE 636.886 ou ulterior deliberação do Tribunal a respeito do tema;

II) Segunda situação (não conhecimento da preliminar acerca da prescrição do dano ao erário):

a) **conhecer** do recurso e, no mérito, **negar-lhe provimento**; e

b) dar ciência da deliberação que vier a ser adotada ao recorrente, à Fundação Nacional de Saúde (Funasa), à Controladoria-Geral da União, à Procuradoria da República no Estado do Maranhão, e aos demais interessados.

2. O membro do Ministério Público junto ao TCU, neste ato representado pelo Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico, assim se manifestou (peça 78), *verbis*:

À vista dos elementos constantes nos autos, aquiescemos à análise e às conclusões da unidade técnica quanto ao mérito do recurso em exame. Conforme bem demonstrado à peça 73, mostra-se improcedente a alegação de que o recorrente não detinha competência para atestar a nota fiscal objeto desta TCE.

Por outro lado, com as devidas vênias, dissentimos da proposta de sobrestar o processo até a apreciação definitiva do RE 636.886, porquanto tal medida pode gerar precedente capaz de provocar o acúmulo de processos não julgados e trazer sérios prejuízos à contemporaneidade do controle externo ao criar jurisprudência contrária ao Princípio da Independência de Instâncias.

Em relação à prescrição da pretensão punitiva, cabe tecermos breves considerações. Conforme entendimento defendido pela Procuradora-Geral do MP/TCU no julgamento do TC 032.048/2016-5, os prazos prescricionais da pretensão punitiva a serem observados pelo TCU, com o advento das recentes decisões do STF relacionadas ao instituto da prescrição (1.ª Turma: MS 32.201, DJe-173, 4/8/2017; 2.ª Turma: MS 35.512-AgR, DJe-135, 19/6/2019 e MS 36.067, DJe-234, 28/10/2019), devem ser os definidos pela Lei 9.873/1999, tese que anuímos em outros processos.

A referida Lei estabelece prazo de prescrição para o exercício da ação punitiva pela Administração Pública Federal, dispondo ainda sobre o termo inicial e as causas de interrupção da respectiva contagem:

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.

§ 2º Quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se pelo prazo previsto na lei penal.

Art. 2º Interrompe-se a prescrição da ação punitiva:

I – pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital;

II - por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato;

III - pela decisão condenatória recorrível.

IV – por qualquer ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da administração pública federal. (grifamos)

Com efeito, a contagem do prazo prescricional será interrompida e restituída na integralidade sempre que verificada a ocorrência de alguma das hipóteses legais, não havendo vedação no sentido de que esse prazo seja interrompido mais de uma vez.

No caso concreto, conforme análise empreendida às fls. 4/6 da peça 73, o processo ficou paralisado por mais de três anos, incidindo no caso a prescrição prevista na § 1º do art. 1º da Lei 9.873/1999. Na presente etapa processual, há pouco efeito prático de tal constatação, haja vista que a prescrição da pretensão punitiva já fora reconhecida na decisão recorrida.

Sobre possível prescrição quinquenal do débito, avaliamos que neste momento, em razão de o direito material ao ressarcimento ser diferente da pretensão sancionadora, a discussão precisa ser aprofundada pelo Tribunal e deve-se aguardar o trânsito em julgado do RE 636.886, mantendo-se até lá o entendimento assentado pela imprescritibilidade do débito.

Assim, ante todo o exposto, renovadas as vênias, manifestamo-nos pelo conhecimento do recurso interposto pelo Sr. Marcílio Ferreira de Souza, para, no mérito, negar-lhe provimento.

É o relatório.

VOTO

Por atender aos requisitos de admissibilidade, conheço do recurso de reconsideração interposto pelo Sr. Marcírio Ferreira de Souza, ex-servidor da Fundação Nacional de Saúde (Funasa), contra o Acórdão 531/2020-TCU-1ª Câmara, por meio do qual este Tribunal julgou irregulares as suas contas e o condenou, solidariamente com a empresa Tricone Construtora Ltda., ao ressarcimento do dano apurado.

2. Originalmente, a tomada de contas especial foi instaurada em razão do atesto de nota fiscal e consequente pagamento do valor respectivo sem a entrega total dos serviços e materiais objeto do Contrato 40/2002, firmado entre a Funasa/MA e a referida empresa para fornecimento e serviços de instalação de conjuntos completos de reservatórios d'água elevados, compostos de estrutura pré-moldada em concreto armado e caixa d'água em fibra de vidro.

3. Os prejuízos apurados decorreram da constatação de vistoria técnica realizada por servidores da Funasa, no período de 17 a 24/1/2005 (peça 2, p. 217-232), no sentido de que foram instalados oito conjuntos (dois de 20 mil litros e seis de 10 mil litros) de reservatórios, em pleno funcionamento, porém em desacordo com o previsto na proposta aprovada.

4. Com efeito, foram suprimidos um dos quatro pilares previstos para cada sistema de reservatório de 20 mil litros e dois dos quatro pilares dos sistemas de 10 mil litros, assim como os respectivos blocos de fundação (peça 2, p. 232, item 11). Também se verificou que a empresa havia entregado dois reservatórios de 20 mil litros e dois de 15 mil litros, que estavam depositados no almoxarifado da Funasa.

5. Nesse passo, o débito de R\$ 52.558,58 resultou da glosa dos materiais e serviços não entregues do total faturado de R\$ 96.750,00.

6. O recorrente alegou, em síntese, que “*o ato administrativo materializado no atesto da nota fiscal objeto desta TCE seria nulo, haja vista sua ausência de competência, à época do fato, para produzir tal ato administrativo...*”.

7. Esclareceu que pertencia ao quadro de servidores do Ministério da Saúde, sendo que seu ato de deslocamento para a Funasa não teria sido formalizado até 2004, o que motivaria a nulidade de todos os atos por ele praticados anteriormente àquela data, por haver vício insanável de competência.

8. Após analisar as peças recursais, a Secretaria de Recursos (Serur) examinou, além dos argumentos do recorrente, a possibilidade de prescrição da pretensão ressarcitória, ainda que o apelo recursal não tenha abordado o tema, por se tratar de questão de ordem pública. Para tanto, avaliou a questão à luz dos critérios do Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário e da prescrição pelo regime da Lei 9.873/1999.

9. Em suma, a unidade especializada propôs sobrestar o julgamento do feito até apreciação definitiva do tema da prescrição pelo Supremo Tribunal Federal (RE 636.886), ou até deliberação conclusiva do TCU a respeito do tema:

5.11. Não se mostra recomendável, porém, decidir, nesta ocasião, pela utilização de um ou outro regime, ante o cenário exposto, de que é possível o esclarecimento da decisão (oposição de embargos declaratórios), em sentido diverso da compreensão ora defendida, ou mesmo a modulação de sua eficácia, para preservar as ações de controle instauradas com base no entendimento jurisprudencial então vigente.

5.12. Diante disso, propõe-se, em sede preliminar, que o **julgamento** do presente recurso de reconsideração seja **sobrestado** até o trânsito em julgado do RE 636.886 ou ulterior deliberação do Tribunal a respeito do tema.

10. Alternativamente, sugeriu o não conhecimento da preliminar acerca da prescrição do dano ao erário, com proposta de conhecimento do recurso e negativa de provimento.
11. O Ministério Público junto ao Tribunal (MPTCU), em parecer lançado à peça 78, manifestou-se de acordo com a proposta de mérito da unidade instrutiva no que diz respeito à improcedência da alegação de que o recorrente não detinha competência para atestar a nota fiscal objeto desta TCE.
12. No entanto, diverge da proposta de sobrestar o processo até a apreciação definitiva do RE 636.886, porquanto tal medida poderia *“gerar precedente capaz de provocar o acúmulo de processos não julgados e trazer sérios prejuízos à contemporaneidade do controle externo ao criar jurisprudência contrária ao Princípio da Independência de Instâncias.”*
13. Especificamente quanto à prescrição, afirma que os prazos prescricionais da pretensão punitiva a serem observados pelo TCU devem ser os definidos pela Lei 9.873/1999, em linha com as recentes decisões do STF sobre o tema, e com a tese defendida pela procuradora-geral do MPTCU, acompanhada por seus pares em diversos processos.
14. De outro modo, acerca da prescrição do débito, o MPTCU avaliou que a discussão precisa ser aprofundada pelo Tribunal e se deve aguardar o trânsito em julgado do RE 636.886, mantendo-se até lá o entendimento assentado pela imprescritibilidade do débito.
15. Introduzidos os fatos, registro que concordo, em essência, com os pareceres prévios, razão pela qual adoto os argumentos neles expendidos e transcritos no relatório precedente em minhas razões de decidir, naquilo que não contrariem os comentários que passo a anotar.
16. De plano, ratifico despacho de peça 55, para conhecer do presente recurso de reconsideração por observar os requisitos de admissão tratados nos arts. 32, inciso I, e 33, da Lei 8.443/1992.
17. Rememoro que a Serur, mesmo sem que tal questão tenha sido arguida em sede recursal, procedeu à análise da prescrição da pretensão de ressarcimento a cargo do TCU, por entender que se trata de questão de ordem pública. Já a pretensão punitiva não se discute na presente fase, porque foi considerada prescrita no acórdão recorrido, com base nos ditames do Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário.
18. Aliás, foi esta mesma decisão que balizou a análise da unidade técnica para fins de verificação de ocorrência da prescrição ressarcitória, além da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF, em especial da decisão adotada no RE 636.886, que julgou o Tema 899, com repercussão geral, tendo por parâmetro as disposições que integram a Lei 9.873/1999, seguindo entendimento da Corte Suprema.
19. A aplicação dos marcos jurisprudenciais e normativos mencionados no item anterior ao caso concreto conduziu a Serur a concluir pela ocorrência de prescrição do dano ao erário com base somente no regime do Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário. Ainda assim, a unidade técnica não propõe adotar tal premissa, porquanto ainda se discute os contornos dessa matéria no STF. Ela sugere a possibilidade de sobrestamento dos autos até a completa definição da questão, proposta que não acompanho pelos mesmos motivos arguidos pelo MPTCU.
20. De fato, em nova interpretação do alcance do art. 37, § 5º, da CF/1988, o STF fixou a tese, relativamente ao Tema 899, de que *“é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”*. A decisão em foco, proferida no âmbito do RE 636.866, foi nítida ao alcançar a fase executória das decisões desta Corte, sem, contudo, ter tratado com a mesma clareza se teria abrangido ou não a fase constitutiva do título executivo extrajudicial, o que ensejou a oposição de embargos de declaração pela Advocacia-Geral da União, ainda pendente de apreciação.
21. Assim, até decisão final do STF acerca do tema, a bem delimitar o alcance do julgado que

deu ensejo à tese aprovada no Tema 899, opto por continuar a seguir a jurisprudência dominante neste TCU, sedimentada na Súmula TCU 282, segundo a qual é imprescritível a pretensão de ressarcimento por parte da União.

22. Registro que recentes decisões deste Tribunal, adotadas após o que restou deliberado pelo STF no Tema 899, também abraçaram, por ora, a tese da imprescritibilidade da pretensão ressarcitória no âmbito do controle externo, a exemplo dos Acórdãos 5.236/2020-TCU-1ª Câmara, 6.171/2020-TCU-2ª Câmara, 6.084/2020-TCU-1ª Câmara, 5.681/2020-TCU-2ª Câmara, 6.846/2020-TCU-2ª Câmara, 6.676/2020-TCU-2ª Câmara, 6.707/2020-TCU-2ª Câmara, 6.473/2020-TCU-1ª Câmara, 6.466/2020-TCU-1ª Câmara, 6.465/2020-TCU-1ª Câmara, entre outros.

23. Essa também foi a linha de entendimento abraçada pelo *Parquet* de Contas em seu parecer firmado à peça 78.

24. Em que pese esse meu posicionamento, por prudência, e antevendo a possibilidade de eventuais questionamentos judiciais acerca do tema, acompanho a linha argumentativa da Serur, para verificar também a adequação do caso concreto à jurisprudência do STF, tendo por base as disposições da Lei 9.873/1999, e, ao final, concluir pela inoccorrência da prescrição ressarcitória.

25. Nesse sentido, entendo adequada a análise dos marcos temporais do caso em julgamento empreendida pela unidade técnica, com a utilização da data do atesto da nota fiscal e consequente pagamento do valor respectivo sem a entrega total dos serviços e materiais objeto do Contrato 40/2002, como o termo inicial de contagem de prazo, tendo em conta as causas interruptivas do prazo prescricional, conforme se observa no subitem 5.9 da instrução transcrita no relatório precedente.

26. Superada a questão de ordem pública, passo a tratar da questão de mérito acerca da análise do argumento de que o ateste da nota fiscal seria nulo, assim como todos os atos praticados pelo recorrente antes de 2004, em face da ausência de formalização de sua cessão do Ministério da Saúde para a Funasa, segundo defende.

27. Nesse aspecto, não acolho os argumentos do recorrente, na mesma linha defendida pelo MPTCU e pela Serur. O responsável assumiu os riscos ao aceitar a incumbência de fiscalizar o contrato, sem qualquer comprovação de haver se indignado ou contestado tal tarefa por não ter tido sua cessão formalizada à época do ato irregular aqui em exame.

28. Assim, ao praticar o ato mesmo tendo ciência da não formalização de sua atuação na Funasa, concorreu para a ocorrência do vício, não podendo sequer arguir nulidade sobre o fato, nos termos do artigo 173 do Regimento Interno deste TCU.

29. Especificamente quanto à possível aplicação do artigo 28 da LINDB (Lei 13.655/2018), esclareça-se que o dispositivo não alcança as questões discutidas nestes autos, por se tratar expressamente de condenação em débito. Ou seja, o conceito de gradação da culpa revela-se inadequado quando se trata do dever de reparar ou indenizar por danos causados ao erário, consoante já decidiu este Tribunal em vários julgados.

30. Nesse sentido, relembro que a interpretação do aludido art. 28 não atinge os requisitos necessários à responsabilidade financeira pelo débito – o dever de indenizar os prejuízos ao erário permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa (Acórdãos 2.391/2018-TCU-Plenário e 5.547/2019-TCU-1ª Câmara).

31. Por essas razões, ao concluir que os argumentos do apelo não são aptos a reformar a decisão combatida, nego provimento ao recurso de reconsideração em apreciação, mantendo-se incólume o teor do Acórdão 531/2020-TCU-1ª Câmara.

Ante o exposto, voto pela adoção da minuta de acórdão que ora trago ao exame deste Colegiado.



TCU, Sala das Sessões, em 17 de agosto de 2021.

Ministro VITAL DO RÊGO
Relator

ACÓRDÃO Nº 11289/2021 – TCU – 1ª Câmara

1. Processo TC 031.322/2015-8.
2. Grupo I – Classe de Assunto: I - Recurso de reconsideração (Tomada de Contas Especial).
3. Recorrente: Marcírio Ferreira de Souza (067.512.963-04).
4. Entidade: Fundação Nacional de Saúde/Superintendência Estadual do Maranhão (Funasa/Suest/MA) do Maranhão.
5. Relator: Ministro Vital do Rêgo.
- 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro Walton Alencar Rodrigues.
6. Representante do Ministério Público: Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Recursos (Serur).
8. Representação legal: Rômulo da Silva Santos (OAB/MA 7.321).

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de recurso de reconsideração interposto por Marcírio Ferreira de Souza contra o Acórdão 531/2020-TCU-1ª Câmara, que, entre outros, julgou suas contas irregulares e o condenou em débito;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 1ª Câmara e diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer do presente recurso de reconsideração, por atender aos requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992, para, no mérito, negar-lhe provimento;

9.2. notificar o recorrente da presente decisão.

10. Ata nº 29/2021 – 1ª Câmara.
11. Data da Sessão: 17/8/2021 – Telepresencial.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-11289-29/21-1.
13. Especificação do quórum:
 - 13.1. Ministros presentes: Jorge Oliveira (na Presidência) e Vital do Rêgo (Relator).
 - 13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.
 - 13.3. Ministro-Substituto presente: Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
JORGE OLIVEIRA
na Presidência

(Assinado Eletronicamente)
VITAL DO RÊGO
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
PAULO SOARES BUGARIN
Subprocurador-Geral