

GRUPO I – CLASSE I – Primeira Câmara

TC 034.285/2018-0

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

Unidade: Município de Pirapemas/MA

Responsável: Eliseu Barroso de Carvalho Moura (054.829.413-53)

Representação legal: Renata Cristina Azevedo Coqueiro Portela (OAB/MA 12.257-A)

SUMÁRIO: RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR – PNAE. IMPUGNAÇÃO PARCIAL DAS DESPESAS. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO, DE NULIDADE DA CITAÇÃO OU DA ILEGITIMIDADE DA PARTE. CONHECIMENTO E NEGATIVA DE PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Adoto como parte do relatório a instrução elaborada na Secretaria de Recursos (Serur), acolhida pelo corpo diretivo da unidade:

“INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recurso de reconsideração (peças 74 a 76) interposto por Eliseu Barroso de Carvalho Moura, ex-Prefeito do Município de Pirapemas, Estado do Maranhão, à época dos fatos contra o Acórdão 13.415/2020-TCU-1ª Câmara (Peça 54).

1.1. Reproduz-se integralmente o teor do dispositivo da decisão impugnada:

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

9.1. considerar revel o responsável, Sr. Eliseu Barroso de Carvalho Moura, com fundamento no art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 202, § 8º, do RITCU;

9.2. julgar irregulares as contas do responsável, Sr. Eliseu Barroso de Carvalho Moura, ex-Prefeito do Município de Pirapemas-MA, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas “b” e “c”, 19, caput, e 23, inciso III, da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 1º, inciso I, 209, incisos II e III, 210 e 214, inciso III, do Regimento Interno do TCU, e condená-lo ao pagamento das importâncias a seguir especificadas, com a fixação do prazo de 15 (quinze) dias para que comprove, perante este Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno do TCU), o recolhimento das dívidas aos cofres do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora, calculados a partir das datas indicadas até a data do efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor:

Data da Ocorrência	Valor Original (R\$)
29/9/2009	37.155,14
31/12/2009	40.531,20
5/11/2009	764,32

9.3. aplicar ao responsável, Sr. Eliseu Barroso de Carvalho Moura, a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 267, do Regimento Interno do TCU, no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), com a fixação do prazo de 15 (quinze) dias, a partir da notificação, para que comprove, perante este Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno do TCU), o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro

Nacional, atualizada monetariamente desde a data deste acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da 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 a notificação, e

9.5. encaminhar cópia deste acórdão à Procuradoria da República no Estado do Maranhão, nos termos do art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992, c/c o § 7º do art. 209 do Regimento Interno do TCU, para adoção das medidas cabíveis.'

HISTÓRICO

2. O Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação instaurou tomada de contas especial em desfavor de Eliseu Barroso de Carvalho Moura, Prefeito do Município de Pirapemas/MA à época dos fatos, em razão da impugnação parcial das despesas realizadas com os recursos recebidos por força do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) no exercício de 2009.

3. Assinalaram-se no relatório do tomador de contas e parecer do dirigente do órgão de controle interno as seguintes irregularidades na execução das despesas: (i) execução do programa com documentos fiscais inidôneos; (ii) trânsito de mercadorias não comprovado; (iii) omissão de indicações legais (emitiram-se todas as notas fiscais apresentadas com omissão das indicações previstas em normativo que rege o Imposto de Circulação de Mercadorias); (iv) falhas no processo de definição e elaboração do cardápio; (v) controle social inexistente; (vi) simulação de procedimento licitatório; e (vii) falta de merenda escolar.

4. Validamente chamado ao procedimento para apresentar suas alegações defensórias e razões de justificativa ou recolher aos cofres do tesouro federal o valor pecuniário correspondente ao débito imputado, o responsável deixou transcorrer in albis o prazo para tanto, com o que se fez revel e se deu prosseguimento ao processo.

5. Ao examinar as contas depois de instruído o processo, o Tribunal formulou os seguintes juízos: (i) o silêncio do responsável implicou a não produção de prova da regular aplicação dos recursos sob sua responsabilidade, em afronta às normas que impõem aos gestores públicos a obrigação legal de, sempre que demandados pelos órgãos de controle, apresentar os documentos que demonstrem a correta utilização das verbas públicas, a exemplo do contido no art. 93 do Decreto-Lei 200/1967; (ii) é adequada a aplicada ao responsável da multa proporcional de que trata o art. 57 da Lei 8.443/1992, em face do disposto no art. 19, caput, da referida Lei; (iii) não incide no caso concreto a prescrição de que trata o Acórdão 1.441/2016 - Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler.

6. Daí a decisão reproduzida no subitem 1.1 desta instrução.

7. Diante disso, irrisignado, o interessado vem interpor o recurso sob análise.

ADMISSIBILIDADE

8. Perfilha-se o exame de admissibilidade juntado à peça 77, em que se propõe conhecer do recurso e suspender os subitens 9.2, 9.3 e 9.4 da decisão combatida, acolhido pelo relator do recurso, Ministro Jorge Oliveira (peça 79).

MÉRITO

9. Delimitação

9.1. Quanto ao mérito do recurso, no essencial é de perquirir:

a) se é nula a decisão combatida por inválida a citação do ora recorrente (nesta instrução, item 10)

b) se prescreveram as pretensões do Estado-Persecutor ao ressarcimento do erário e à punição do responsável e se teve lugar a preclusão temporal para o Estado-Juiz no impulsionamento do processo (ibid., item 11);

c) se cabe no caso concreto excluir a responsabilidade do ora recorrente porque teria ele delegado, ao secretário municipal, competência para ordenar as despesas relativas ao emprego dos recursos pecuniários objeto das contas (ibid., item 12).

10. Da validade da citação do ora recorrente

10.1. *À peça 74, p. 8-10, o recorrente assere que pessoa dele diversa “estranha a seu convívio” recebeu o expediente mediante o qual se tencionou citá-lo para apresentar suas alegações de defesa.*

10.2. *Diante disso, seria nulo o acórdão guerreado porque se teria infringido o art. 179, inciso II, do Regimento Interno do Tribunal e teriam sido violados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.*

Análise

10.3. *A alegação não merece prosperar.*

10.1. *Segundo o art. 22, inciso I, da Lei 8.443, de 1992, as comunicações realizadas pelo Tribunal devem observar a forma estabelecida no seu Regimento Interno, cujo art. 179, inciso II, estabelece que as comunicações processuais far-se-ão mediante carta registrada, com aviso de recebimento que comprove a entrega no endereço do destinatário.*

10.2. *Não é mister a entrega pessoal das comunicações processuais promovidas no processo de controle administrativo impulsionado pelo Tribunal, razão por que o aviso de recebimento não precisa ser assinado pelo próprio destinatário. Assim, apenas quando não estiver presente o aviso de recebimento (AR) específico é que se buscará outro meio de comunicação processual.*

10.3. *Também não há que se falar em aplicação subsidiária das disposições contidas no Código de Processo Civil, pois a matéria é regulada por normativo específico desta Corte de Contas, editado no exercício de sua competência constitucional. A validade de tal critério de comunicação processual é referendada pela jurisprudência deste Tribunal. Nesse sentido, por exemplo, os Acórdãos 316/2018 – Plenário, relator Ministro Vital do Rêgo, 5.419/2017 – 2ª Câmara, relator Ministro Augusto Nardes, 2.798/2017 – 1ª Câmara, relato Ministro Bruno Dantas, 3.254/2015 – 1ª Câmara, relator Ministro Benjamin Zymler.*

10.4. *O entendimento encontra amparo em deliberação do Plenário do Supremo Tribunal Federal, proferida em sede de agravo regimental em mandado de segurança (MS-AgR 25.816/DF, relator Ministro Eros Grau), conforme excerto a seguir transcrito:*

‘EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. ART. 179 DO REGIMENTO INTERNO DO TCU. INTIMAÇÃO DO ATO IMPUGNADO POR CARTA REGISTRADA, INICIADO O PRAZO DO ART. 18 DA LEI N. 1.533/51 DA DATA CONSTANTE DO AVISO DE RECEBIMENTO. DECADÊNCIA RECONHECIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O envio de carta registrada com aviso de recebimento está expressamente enumerado entre os meios de comunicação de que dispõe o Tribunal de Contas da União para proceder às suas intimações.

2. O inciso II do art. 179 do Regimento Interno do TCU é claro ao exigir apenas a comprovação da entrega no endereço do destinatário, bastando o aviso de recebimento simples.’

11. Da não ocorrência quer das prescrições das pretensões do Estado-Persecutor ao ressarcimento do erário e à punição do responsável quer da preclusão temporal para o Estado-Juiz no impulsionamento do processo

11.1. *Dado o julgamento do Supremo Tribunal Federal no RE 636.886, importa analisar não só alegação recursal, mas também, de ofício, a eventual ocorrência das perdas de poder processual previstas na Lei 9.873/1999.*

11.2. *Desnecessário enfrentar presentemente a questão da prescrição das pretensões do Poder Público ao ressarcimento do erário e à punição do ora recorrente sob o regime do Código Civil brasileiro porque se o fez no item 8 da fundamentação (peça 55) da decisão, em que se concluiu pela não incidência do instituto sob tal regime no caso concreto relativamente a tal pretensão. Perfilha-se o entendimento ali exarado.*

11.3. *Passa-se a examinar a eventual ocorrência das prescrições de tais pretensões sob o regime da Lei 9.873/1999, questão não enfrentada à época em razão do entendimento então pacífico de que essa pretensão era imprescritível.*

i) Premissas adotadas

11.4. *Adotar-se-ão as premissas a seguir enumeradas sobre o tema desenvolvidas no âmbito da Serur no amadurecimento dos entendimentos exarados à peça 95, continente de estudo e pronunciamentos anteriores da Secretaria a respeito da matéria:*

a) *ao julgar o RE 636.886, o STF deu nova interpretação ao art. 37, § 5º, da Constituição da República. Fixou a tese de que “é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”;*

b) *cumprido adotar o mesmo regime prescricional para o exame das prescrições das pretensões à aplicação de sanção punitiva e ao ressarcimento do erário no procedimento de controle administrativo, dado o seu objetivo comum de estabelecer para o Estado prazo para agir: caracterizar o ilícito, identificar seu autor, dimensionar as consequências da conduta e impor as consequências legais;*

c) *até que sobrevenha norma específica, cumprir adotar no exame da ocorrência da prescrição mencionada o regime prescricional estatuído na Lei 9.873, de 23/11/1999, na linha dos recentes pronunciamentos do STF a respeito, sem deixar de empreender também o exame da prescrição segundo o prazo decenal previsto no Código Civil brasileiro;*

d) *ante a necessária aplicação ao caso concreto do entendimento fundador da decisão vinculante aludida no sentido de que se aplica a Lei 9.873/1999 ao procedimento de controle administrativo, cumprir examinar também a eventual subsunção da situação fática à hipótese de perda de poder processual pelo Poder Público prevista no art. 1º, § 1º, do citado diploma legal.*

ii) Análise da eventual ocorrência da prescrição objeto do art. 1º, caput, da Lei 9.873/1999

11.5. *A análise a seguir elaborada se aplica tanto ao caso concreto do ora recorrente com ao da empresa com ele condenada solidariamente, pois se aplicam os mesmos marcos temporais a ambos os casos.*

ii.a) Do prazo

11.6. *A Lei 9.873/1999 estabelece um prazo geral de cinco anos, na cabeça seu art. 1º, e um especial, previsto no § 2º do mesmo artigo, a seguir reproduzido: “quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se-á pelo prazo previsto na lei penal”.*

ii.b) Do termo inicial da contagem do prazo

11.7. *Quanto ao termo inicial, a referida lei prevê o tratamento a ser dado a situações de ilícitos permanentes ou continuados.*

11.8. *Seu art. 1º, parte final, traz previsão expressa a respeito do início do prazo em se tratando de infração consistente em prática de ato merecedor de sanção punitiva. Nesta hipótese, a prescrição começa a correr a partir da prática do ato.*

11.9. *Em se tratando, diversamente, de infração de caráter permanente ou continuado, a prescrição começa a correr não da data de cada fato, e sim “do dia em que tiver cessado” a permanência ou a continuidade – como na reiteração de pagamentos irregulares, por vícios em sucessivas medições de uma mesma obra.*

11.10. *Nesse regime, como se infere do enfatizado pelo STF no voto do ministro Roberto Barroso, no MS 32.201, assim como no voto do ministro Gilmar Mendes, no RE 636.886, a contagem do prazo de prescrição no caso de convênios e instrumentos congêneres só começa a correr, (i) se prestadas as contas tempestivamente, na data em que tal se deu, (ii) se prestadas as contas intempestivamente, na data em que teve lugar a primeira medida inequivocamente persecutória administrativa de apuração dos fatos ou na em que teve lugar a prestação extemporânea, o que ocorrer primeiro, (iii) se não prestadas as contas por omissão no dever de fazê-lo, na data em que teve lugar a primeira medida persecutória mencionada.*

ii.c) Das causas de interrupção da contagem do prazo

11.11. No regime da Lei 9.873/1999, a contagem do prazo relativo à prescrição prevista no caput do seu art. 1º se interrompe sempre que concretizada qualquer das hipóteses estabelecidas nos incisos do seu art. 2º, a saber: pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital (inciso I); por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato (inciso II); pela decisão condenatória recorrível (inciso III); por qualquer ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da administração pública federal (inciso IV).

11.12. Como se vê, a lei contempla uma variedade de causas e há autonomia entre elas. A própria determinação do TCU para que se realize auditoria para averiguar determinado fato interrompe a prescrição, como destacado no julgamento do MS 32.201.

11.13. Entende-se por atos inequívocos de apuração (i) a investigação de irregularidades realizada pela autoridade administrativa no exercício do seu poder persecutor, ainda que de forma indireta (p. ex., por meio de verificação remota de dados regularmente enviados pelo administrado), (ii) a remessa de correspondências ao imputado pedindo esclarecimentos sobre fatos – desde que comprovadamente recebidas, independentemente de resposta – e (iii) as correspondências dirigidas a terceiros e por eles recebidas com vistas a confirmar a existência ou a natureza de fatos supostamente irregulares praticados por outrem.

11.14. De outro lado, reputa-se que não são atos inequívocos de apuração, exatamente por não envolverem investigação alguma de fatos: (i) os atos de impulso processual, como a circulação dos autos pelas diversas áreas técnicas da Administração envolvidas no procedimento, ainda que sejam emitidas manifestações ou despachos; (ii) os pareceres, meros atos opinativos que analisam fatos e sugerem providências; (iii) a eventual abertura de procedimento administrativo punitivo, pois que nesta hipótese se sabe, quando mesmo por indícios, qual é o fato ilícito praticado e quem é o responsável pela sua prática (isto é, o ato de apuração é antecedente necessário do ato de abertura do processo administrativo).

11.15. Nessa linha de raciocínio, não se devem confundir atos inequívocos de apuração com atos integrantes da cadeia de produção da decisão final, de sorte que haverá atos não interruptivos do prazo prescricional quinquenal e interruptivos do prazo trienal conducente à caracterização da prescrição por paralisação do processo administrativo.

ii.d) Aplicação do entendimento ao caso concreto

11.16. A conduta reprovável discutida no processo não se constitui em crime consoante decisão judicial transitada em julgado. Por isso, aplica-se o prazo prescricional de cinco anos previsto no art. 1º da Lei 9.873/1999.

11.17. O Tribunal responsabilizou o ora recorrente pela conduta de caráter permanente ou continuado consistente na ordenação irregular de despesas. O termo inicial se constitui, por isso, no dia em que tiver cessado a permanência ou a continuidade à luz dos autos, a saber: 5/11/2009, a última data de realização de despesa dentre as enumeradas no subitem 2.4 (peça 7, p. 2-3) do Parecer 629/2015 da Divisão de Análise Especial de Prestação de Contas de Programas Educacionais.

11.18. Da cronologia trazida em apêndice a esta instrução, continente somente de fatos bastantes para fundar o exame da eventual incidência do instituto no caso concreto, depreende-se que interregnos inferiores a cinco anos mediaram entre os fatos administrativos iniciador, o interruptivo da contagem do prazo prescricional ali assinalado e a decisão objurgada.

11.19. Conclui-se que não teve lugar a prescrição prevista no caput do art. 1º da Lei 9.873/1999.

iii) Análise da eventual ocorrência da preclusão temporal objeto do art. 1º, § 1º, da Lei 9.873/1999

11.20. A relação jurídica processual judicial se estabelece na chamada relação trilateral ou tripartite, na qual são sujeitos o Estado-Juiz, o autor e o réu, sendo imparcial o Estado e parciais – por isso denominados de ‘partes’ - o autor e o réu. No procedimento administrativo, diversamente, há uma relação jurídica em que o interessado figura no polo passivo e o Poder Público figura tanto na qualidade de sujeito parcial integrante do polo ativo, na condição de Estado-Persecutor promotor das medidas apuratórias dos fatos, como na de sujeito imparcial julgador, na qualidade de Estado-Juiz no processo administrativo, impulsionador dos atos ordinatórios, instrutórios e decisórios. Veja-se a esse respeito o ensinamento de

Alexandre de Moraes, bem a propósito Ministro do Supremo Tribunal de Federal relator do RE 636.886, em sua obra Direito Constitucional (15ª ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 124):

*‘O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe **paridade total de condições com o Estado-persecutor** e plenitude de defesa (**direito** à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, **de ser processado e julgado pelo juiz competente**, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).’ [grifou-se]*

11.21. *Na redação do art. 1º, § 1º, da Lei 9.873/1999, o sintagma “pendente de julgamento ou despacho” é antecedido de vírgula, do que se infere que se constitui em expressão de valor explicativo – e não restritivo – do sentido semântico do adjetivo “paralisado”. Por isso, há que ter por processo paralisado, para os efeitos desta norma, aquele em que, por praticado ato pendente por quem figure no polo ativo da relação processual constituída – ou por expirado o prazo para tanto – não há mais empecilho à prática de atos pela autoridade administrativa incumbida de praticar atos consistentes em despacho ordinatório ou instrutório ou em julgamento.*

11.22. *O instituto ali previsto não consiste em prescrição, vale dizer, em encobrimento da eficácia da pretensão do Estado-Persecutor ou do Estado-Exequente a figurar no polo ativo da relação jurídica; a conduzir-se, portanto, de modo parcial. Daí que a sua denominação de “prescrição” se constituiu numa atecnia legislativa.*

11.23. *Diferentemente do que se pode pensar, não se trata de prescrição intercorrente. O que faz adjetivável de intercorrente determinada espécie do gênero prescrição é a sua ocorrência não antes de iniciado o processo, ou extraprocessualmente, mas sim quando o integrante do polo ativo da relação jurídica injustificadamente deixa de dar curso ao processo **em curso** – vale dizer, depois de constituída a relação processual – mediante a prática dos atos que lhe cabe, deixando-o paralisado sem justa causa pelo prazo da prescrição. Vale-se do escólio de Carlos Roberto Gonçalves (in *Direito Civil Brasileiro*, volume 1: parte geral. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014., p. 514): “Configura-se a prescrição intercorrente quando o autor de **processo já iniciado** permanece inerte, de forma continuada e ininterrupta, durante lapso temporal suficiente para a perda da pretensão” [grifou-se].*

11.24. *Pode ela ter lugar tanto em processo cognitivo como em processo executório. Conquanto tanto no Código Processual Civil como no Código Processual Penal brasileiros só conste menção à prescrição intercorrente na execução de decisões, na Doutrina o instituto também é previsto no processo cognitivo. Ela tem lugar em processo cognitivo quando há encobrimento da eficácia de pretensão do autor; no executório, há encobrimento da eficácia de pretensão do exequente. Tratando-se de procedimento de controle administrativo, em qualquer das suas fases, desde a inquisitória à decisória, eventualmente prescreve uma ou mais das pretensões do Estado-Persecutor à condenação a ressarcir o erário e a aplicar sanção punitiva. Tratando-se, diversamente, do processo executório desse decorrente com base no título executivo extrajudicial em que consiste a decisão do Tribunal de Contas da União, eventualmente prescreve a pretensão do Estado-Exequente à execução da dívida.*

11.25. *A inércia de que trata o art. 1º, § 1º, da Lei 9.873/1999 não é do integrante de polo ativo da relação jurídica, consistente no Estado-Persecutor, causadora da perda do direito de exercer a sua pretensão, mas antes de inércia do integrante da relação jurídica na condição de autoridade administrativa que pessoaliza o Estado-Juiz em processo administrativo, incumbida de praticar atos de impulsionamento do processo (ordinatórios, instrutórios ou decisórios) depois de iniciado este com a citação válida do integrante do polo passivo da dita relação.*

11.26. *Trata-se, na verdade, do instituto da preclusão temporal para o juiz.*

11.27. *Fredie Didier Jr., em seu Curso de Direito Processual Civil (19ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 474), leciona: “A preclusão é definida como perda de uma situação jurídica ativa processual: seja a perda de poder processual das partes, seja a perda de um poder do juiz”.*

11.28. *O festejado processualista cuida na mesma obra de fazer distinção entre os institutos da preclusão temporal e da prescrição: “Cabe, ainda, diferenciar preclusão temporal, prescrição e decadência. Isso porque confusões podem ser feitas entre tais institutos pelo fato de todos eles relacionaram-se à ideia de tempo e de inércia” (ibid., p. 484). E assim conceitua prescrição: “a prescrição é o encobrimento (ou*

extinção, na letra do art. 189 do Código Civil) da eficácia de determinada **pretensão** (ibid., p. 485)” [grifou-se].

11.29. O preclaro doutrinador ali também discorre sobre a preclusão temporal para o juiz (Op. Cit., p. 485-486):

‘Enquanto a prescrição se relaciona aos direitos a uma prestação, a preclusão temporal refere-se, tão-somente, a faculdades/poderes de natureza processual.

Demais disso, prescrição e decadência são institutos de direito material, enquanto preclusão é instituto de direito processual. A prescrição e a decadência ocorrem extraprocessualmente - malgrado sejam ambas reconhecidas, no mais das vezes, dentro de um processo -, e suas finalidades projetam-se também fora do processo: visam à paz e à harmonia sociais, bem como a segurança das relações jurídicas. Já a preclusão temporal ocorre, sempre e necessariamente, durante o desenrolar do processo, e sua finalidade precípua restringe-se, igualmente, ao âmbito processual; visa, sobretudo, ao impulso do desenvolvimento, de forma segura e ordenada, para que se chegue ao ato final (prestação da jurisdição).

6. PRECLUSÃO PARA O JUIZ

A doutrina e a jurisprudência têm por sinônimas as designações preclusão judicial ou preclusão pro judicato, que nada mais seriam que a perda de um poder do juiz. Rigorosamente, porém, a melhor designação é preclusão para o juiz ou preclusão judicial. Preclusão pro iudicato significa julgamento implícito. Como afirma José Maria Tesheiner: “Preclusão pro judicato não significa preclusão para o juiz. Em latim, iudicato significa julgado; juiz é iudex (nominativo) ou iudicem (acusativo). Preclusão pro iudicato significa “preclusão como se tivesse sido julgado”. Se houve decisão, e ocorreu preclusão, não há “preclusão pro judicato”, porque esta supõe ausência de decisão. (...) Admitindo-se que haja preclusão para o juiz, diga-se, em bom português: “preclusão para o juiz”; não, preclusão “pro judicato”, em mau latim”

*Já vimos, ao classificarmos as preclusões, que subsistem, indiscutivelmente, em nosso sistema, preclusões judiciais lógicas e consumativas. **Não se cogita, doutrinariamente, preclusão judicial temporal, já que os prazos para o juiz são impróprios. Essa lição doutrinária precisa ser revista. Não somente pelo fato de que os prazos para o juiz não podem ser anódinos, mas também pela existência de enunciados normativos expressos, como a hipótese de julgamento implícito prevista no Regimento Interno do STF, para o caso de o ministro do STF silenciar, após o prazo de vinte dias, sobre a existência de repercussão geral do recurso extraordinário (art. 324, § 2-, RISTF37; aqui, haveria uma verdadeira preclusão pro iudicato).**’* [grifou-se]

11.30. Teve lugar a confusão citada pelo processualista entre os dois institutos na elaboração da redação do art. 1º, § 1º, da Lei 9.873/1999.

11.31. Mediante o dispositivo ora analisado se estatuiu, na verdade, o instituto da preclusão temporal para o Estado-Juiz em processo administrativo aplicar punições por inércia em que tenha quedado a autoridade administrativa competente para a prática dos atos ordinatórios, instrutórios e decisórios cabíveis. Noutras palavras, a paralisação do processo prevista no art. 1º, § 1º, da Lei 9.873/1999 se concretiza com a inércia do Poder Público no dever de impulsioná-lo mediante a prática de atos consistentes em “julgamento ou despacho”. Nada tem que ver, portanto, com o instituto da prescrição no procedimento administrativo: encobrimento do poder processual do Estado-Persecutor ou, conforme o caso, do Estado-Exequente.

11.32. Vale observar que no julgamento originador da mencionada decisão vinculante do STF, somente o Ministro Gilmar Dantas se manifestou sobre o intuito da prescrição intercorrente e ao fazê-lo, no item 5 de seu voto, intitulado “prescrição intercorrente”, não mencionou art. 1º, § 1º, da Lei 9.873/1999, mas antes dispositivos do processo judicial cível de execução de dívida constituída pelo título executivo extrajudicial em que consistiu a decisão do Tribunal de Contas do União (o Ministro transcreveu integralmente o art. 1º daquele estatuto legal, mas ao tratar do item 4 de seu voto, intitulado “Prazo prescricional aplicável”, e sem se debruçar sobre o § 1º). Ali se examinou, portanto, a eventual ocorrência inércia do Estado-Exequente integrante do polo ativo no processo judicial de execução de crédito. Quer dizer, não se tratou do instituto da preclusão temporal havida em procedimento cognitivo de controle administrativo por

inércia do Estado-Juiz de contas ou de fiscalização de atos e contratos na desincumbência do seu dever de praticar os atos processuais integrantes da cadeia de produção da decisão final.

11.33. *Porque de interesse para esta análise mais adiante, faz-se uma breve distinção das fases do procedimento ordinário cível brasileiro, cujas normas processuais se aplicam subsidiariamente ao de controle administrativo (Súmula 106 do Tribunal).*

11.34. *À luz do Código de Processo Civil de 1973, Cândido Dinamarco (in Instituições de direito processual civil. 6. ed. v. II. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 346) leciona que*

‘a estrutura do procedimento ordinário brasileiro costuma ser escandida pela doutrina mediante a indicação de quatro fases mais ou menos definidas, a saber: a) a postulatória, na qual se situam três dos cinco elementos estruturais dos procedimentos cognitivos (demanda, citação e resposta); b) a ordinatória, que culmina com o saneamento do processo na audiência preliminar; c) a instrutória, onde, como o nome diz, procede-se à instrução da causa; d) a decisória, em que tem lugar a sentença de mérito. ‘

11.35. *A fase postulatória é “aquela em que se formulam demandas, fazem-se as citações e tem o réu a oportunidade para oferecer sua defesa. É a fase inicial do procedimento, ou introdutória” (ibid., p. 348).*

11.36. *A fase ordinatória, como o nome diz,*

‘é o segmento do procedimento ordinário em que se põe ordem no processo. Na concepção brasileira do procedimento ordinário, logo que termina a fase postulatória o juiz toma decisões e determina providências destinadas a eliminar efeitos e a dar impulso ao procedimento, para que ele possa receber a instrução mediante a prova e depois chegar à sentença de mérito. Esse conjunto de atividades chama-se saneamento do processo e sanear significa: sanar, curar, purificar. O juiz saneia o processo (a) oferecendo oportunidades para que as partes exerçam plenamente o contraditório, (b) impondo exigências destinadas a eliminar irregularidades e (c) organizando as atividades probatórias a serem desenvolvidas na fase subsequente (instrutória). Os atos ordinatórios constituem exercício do poder jurisdicional e o juiz tem o poder-dever de realizá-lo a requerimento de uma das partes ou mesmo ex officio porque é seu dever fazer constantemente o controle da presença dos pressupostos sem os quais o julgamento do mérito não é admissível.’ (ibid., p. 548). [grifou-se]

11.37. *Dada a sua natureza persecutória, a sua fase inicial ou introdutória não é de jaez postulatório, mas antes inquisitório: nela se apuram os fatos, se responsabiliza pelas pretensas irregularidades detectadas quem supostamente as tenha praticado e se fazem as citações para oferecer aos responsáveis a oportunidade de contradizer as imputações mediante a apresentação de suas alegações de defesa.*

11.38. *Dá-se a incidência do instituto ora examinado na hipótese de que mais de três anos medeiam entre quaisquer dos seguintes momentos processuais: (i) aquele em que, terminada a fase inicial do procedimento e iniciada a relação processual quer com a resposta do responsável quer com a caracterização da sua revelia, faz-se exigível prática de atos processuais pela autoridade administrativa, revestida da qualidade de impulsionadora e julgadora; (ii) aqueles em que, na fase ordinatória do procedimento, tomam-se decisões e se determinam providências destinadas a eliminar efeitos e a dar impulso ao procedimento, mediante despachos ou decisões interlocutórias; (iii) aqueles em que, na fase instrutória, também mediante despachos ou decisões interlocutórias, saneia-se o processo; e (iv) aqueles em que, na fase decisória, proferem-se julgamentos.*

iii.a) Do prazo

11.39. *O art. 1º, § 1º, da Lei 9.873/1999 estabelece que é de três anos o prazo relativo ao instituto específico da preclusão temporal para o Poder Público aplicar sanção na condição de Estado-Juiz em procedimento administrativo.*

iii.b) Do termo inicial da contagem do prazo

11.40. *À mingua de estabelecimento na Lei 9.873/1999 do termo inicial da contagem do prazo previsto no seu art. 1º, § 1º, é mister buscar subsídios no direito processual civil para formular entendimento acerca de questão arrimado nas conceituações empreendidas naquele campo do sistema jurídico brasileiro.*

11.41. *Some-se à distinção das fases do procedimento de controle administrativo o conceito de citação inculcado no art. 238 do Código de Processo Civil brasileiro: “Citação é o ato pelo qual são convocados o*

réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual”. Como entende o Superior Tribunal de Justiça no REsp 756/RO, “nula a citação, não se constitui a relação processual”.

11.42. *Daí que no procedimento de controle administrativo só há “processo” em curso desde o início da sua fase ordinatória em diante. Na sua fase inicial ou introdutória, de natureza inquisitória, não há relação processual constituída; tampouco, portanto, “processo” no sentido jurídico estrito da palavra.*

11.43. *Importa notar que descabe falar em paralisação no período em que transcorre o prazo para manifestação do responsável. Enquanto este não se manifestar, ou não se caracterizar a sua revelia com a expiração do prazo para tanto, inexistente inércia do Poder Público, visto que a prática de atos consistentes em despachos ordinatórios ou instrutórios ou em julgamento sem o exame da manifestação do particular implicaria nulidade por violação das garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa.*

11.44. *Nessa linha de raciocínio, por disposição expressa da Lei nº 9.873/1999, a contagem do prazo trienal previsto em seu art. 1º, § 1º, tem início no momento a partir do qual passa a ser exigível a emissão pela Administração de despachos, quer ordinatórios quer instrutórios, ou julgamento. Por isso, a contagem do prazo se inicia na primeira data em que houver expediente posterior àquela em que se dá a apresentação pelo responsável de suas alegações defensórias ou a expiração do prazo a ele concedido para tanto, o que tiver lugar antes.*

iii.c) *Das causas de interrupção da contagem do prazo*

11.45. *A interrupção da contagem do prazo da prescrição processual prevista no último dispositivo legal citado se dá com a prática por autoridade administrativa de ato processual de qualquer jaez integrante da cadeia de produção da decisão final – quer dizer, ordinatório, instrutório ou decisório – ali simplesmente denominado de “julgamento ou despacho”. Vale notar, portanto, que cumpre distinguir tal hipótese das previstas no art. 2º da Lei 9.873/1999 para a interrupção da prescrição punitiva por inércia do Estado-Persecutor.*

iii.d) *Aplicação do entendimento ao caso concreto*

11.46. *Passa-se à aplicação do entendimento ao caso concreto.*

11.47. *Fizeram-se validamente citação e audiência do responsável. Passa a ser exigível o impulsionamento do processo pela autoridade administrativa disso incumbida no primeiro dia de expediente depois da protocolização da resposta das comunicações citada feita por último ou depois da expiração dos respectivos prazos que tiver lugar por último, o que se der antes. Como o responsável não respondeu a nenhuma das duas comunicações o termo final da contagem do prazo para a resposta à citação da responsável se constituiu em 16/12/2020, primeira data em que houve expediente no Tribunal posterior a 13/12/2019, data sem expediente no Tribunal em que se contam quinze dias a partir da publicação do edital de citação em 28/11/2019 (peça 47). Como memoriado, o ora recorrente se fez revel.*

11.48. *Logo, o termo inicial da contagem do prazo consiste em 20/1/2020, primeiro dia em que houve expediente posterior a 16/12/2019.*

11.49. *Da cronologia trazida em apêndice a esta instrução, continente somente de fatos bastantes para fundar o exame da eventual incidência do instituto no caso concreto, depreende-se que interregno inferior a três anos mediou entre o fato administrativo iniciador da respectiva contagem e a prolação da decisão guerreada.*

11.50. *Conclui-se que não teve lugar no caso concreto a preclusão temporal prevista no art. 1º, § 1º, da Lei 9.873/1999.*

12. Do acerto da responsabilização do ora recorrente

12.1. *À peça 74, p. 10-15, o recorrente sustenta que não funcionou como ordenador de despesas relativas à execução do programa de alimentação escolar (PNAE) no Município de Pirapemas. No início de sua gestão do Município de Pirapemas teria “nome[ado] como ordenadora de despesa relativo à Educação a Sra. BEATRIZ PEREIRA DOS SANTOS, Secretária de Educação”, mediante o Decreto nº. 007, de 2/1/2009, trazido aos autos em cópias anexas (peça 76, p. 1-7 e 8-9) a seu instrumento de recurso.*

12.2. Por essa maneira, “toda execução do programa de alimentação escolar federal, empenhos, liquidação e autorizações de pagamento e dever de prestar contas” teria estado sob a responsabilidade da mencionada delegada “juntamente com Secretário de Administração (Sr. Carlos Giovani Lopes Barroso) do Município” e “sob orientação e controle do respectivo conselho”.

12.3. O recorrente discorre sobre o instituto da delegação de competência no âmbito do Direito Administrativo e afirma que até mesmo os membros do Conselho de Alimentação Escolar teriam sido nomeados pela referida delegada, como faria ver documento acostado ao instrumento de recurso.

12.4. Diante disso, conclui que sua responsabilização teria sido fundada meramente em sua “condição de prefeito [do Município]”.

12.5. Por fim, evoca as seguintes decisões do Tribunal em que se teria excluído a responsabilidade do prefeito municipal em face de comprovada “delegação da responsabilidade”: Acórdão 4.460/2014 – 2ª Câmara e Acórdão 1372/2015 – TCU – Plenário.

Análise

12.6. Não assiste razão ao recorrente.

12.7. Transcreve-se a parte de interesse do decreto evocado pelo recorrente (peça 76, p. 7):

‘DECRETO Nº 007 DE 02 DE JANEIRO DE 2009. DESIGNA ORDENADORES DE DESPESA, SUAS ATRIBUIÇÕES E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. O Prefeito Municipal de Pirapemas (MA), no uso de suas atribuições que lhe confere o art. 58, inciso II, juntamente com os arts. 65, inciso II e IV, da Lei Orgânica, considerando o disposto no § 2º da Instrução Normativa 009/2005-TCE/MA, RESOLVE: Art. 1º - São ordenadores de despesas do Poder Executivo Municipal:

[...]

V. O Secretário Municipal de Educação, para a **emissão de notas de empenho** à conta do **Fundo Municipal de Desenvolvimento do Ensino Básico e Valorização do Magistério-FUNDEB** e Fundo Municipal de Educação-FME;’ [grifou-se]

12.8. Como se vê, diferentemente do afirmado pelo recorrente, mediante o decreto parcialmente se delegou competência ao Secretário Municipal de Educação (i) tão somente para emitir notas de empenho, quer dizer, exclusivamente para dar cabo da etapa inicial da realização das despesas, e (ii) para dois fundos distintos daquele a que se referem os recursos objeto das contas especiais.

12.9. Diante disso, por falta de fundamento fático da alegação de que teve lugar a delegação para realizar as despesas relativas ao emprego dos recursos objeto das contas, faz-se desnecessário enfrentar no caso concreto a questão da possível exclusão da responsabilidade do ora recorrente e, portanto, examinar as fundamentações das decisões por ele evocadas.

12.10. Não é demasiado lembrar que a exclusão da responsabilidade de delegante, conforme a jurisprudência do Tribunal, é possível de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

12.11. Cite-se como exemplo o Acórdão 8328/2018 – 2ª Câmara, relatado pelo Ministro Vital do Rêgo, em que o Tribunal excluiu a responsabilidade do delegante em relação a uma irregularidade e não a excluiu e relação a outra. Extraí-se da fundamentação daquela decisão o trecho reproduzido a seguir:

‘3.1.8 - Responsáveis:

Nome: Francisco das Chagas Magalhães Mesquita [...]

Conduta: O gestor deixou de fiscalizar os atos dos Srs. José Otacílio Catunda Magalhães e Osvaldo Cavalcante Júnior, responsáveis pela Secretaria de Obras, a cuja secretaria se encontrava vinculado o setor de transportes, bem assim da Secretária de Educação, Sra. Célia Maria Bernardo Carvalho, procedendo assim em culpa in vigilando, permitindo que os primeiros negligenciassem o acompanhamento do abastecimento dos veículos, e a segunda autorizasse pagamentos de combustíveis/lubrificantes com veículo (Kombi, placa HVF 4517) que se encontrava parado em uma oficina localizada em Fortaleza, no período compreendido entre fevereiro de 2009 a agosto de 2010, conforme declaração pestada pelo proprietário da oficina.

[...]

Cito, por exemplo, que o município de Santa Quitéria/CE, em 2009, detinha a propriedade de 37 veículos e 2 motocicletas (peça 9, p. 18-20, TC Processo 010.143/2012-2, apenso) , o que seria desarrazoado exigir do gestor máximo do município que tivesse ciência do abastecimento de cada veículo componente da frota da municipalidade e que se encontrava alocado nas respectivas secretarias municipais.

[...]

Além disso, no exercício de 2009, ocorreu a emissão pelo Posto Santo Expedito Ltda. de 22 notas fiscais, que tiveram os pagamentos efetivados com recursos do Fundeb, a partir de autorização da Sra. Célia Maria Bernardo Carvalho, então secretária municipal de educação, em razão de delegação de competência recebida pelo prefeito de Santa Quitéria/CE.

Nesse escopo, tem razão o ora recorrente, na medida em que a delegação de competência, de fato, foi concedida à titular da secretaria municipal de educação e o Sr. Francisco das Chagas Magalhães Mesquita não participou dos atos autorizatórios de pagamentos que ensejaram o uso irregular dos recursos do Fundeb, referentes ao abastecimento e manutenção do veículo Kombi, placa HVF 4517, que se encontrava parado em uma oficina localizada em Fortaleza, à época dos respectivos pagamentos.

Portanto, entendo que as razões recursais apresentadas pelo Sr. Francisco das Chagas Magalhães Mesquita merecem acolhimento no que concerne ao desvio de recursos do Fundeb mediante sua utilização para abastecimento e manutenção de veículos sucateados e/ou parados há mais de um ano.

Por outros motivos que passo expor, não merecem acolhimento os apelos recursais do Sr. Francisco das Chagas Magalhães Mesquita no sentido de que o mesmo instrumento de delegação de competência afasta sua responsabilidade em relação à irregularidade referente ao pagamento indevido de remuneração a servidores pertencentes à secretaria de educação de Santa Quitéria/CE, embora cedidos para outras unidades da prefeitura e/ou órgãos externos àquela municipalidade, por meio da folha de pagamento custeada com recursos do Fundeb.

Neste caso, o ora recorrente assinou diversas portarias de nomeação dos servidores arrolados na lista constante do subitem 3.4.1 do relatório de fiscalização (peça 1, p. 23-26) , a qual identificou os servidores que receberam os pagamentos indevidos de que trata essa ocorrência, o que caracteriza sua responsabilidade quanto à irregularidade constatada.

Assim sendo, acolho o entendimento esposado pela Serur, que teve anuência do Parquet de Contas, de modo a dar provimento parcial ao recurso, a fim de excluir a responsabilidade solidária do Sr. Francisco das Chagas Magalhães Mesquita (item 9.4.1 do acórdão recorrido) relativa à utilização indevida de recursos do Fundeb para abastecimento e manutenção de veículos sucateados e parados há mais de um ano.' [grifou-se]

CONCLUSÃO

13. Das análises anteriores conclui-se que:

a) não é nula a decisão combatida;

b) não prescreveram as pretensões do Estado-Persecutor ao ressarcimento do erário e à punição do responsável e não teve lugar a preclusão temporal para o Estado-Juiz no impulsionamento do processo;

c) descabe excluir a responsabilidade do ora recorrente ante a alegação de que teria delegado a secretário municipal competência para ordenar as despesas relativas ao emprego dos recursos pecuniários objeto das contas, dado que os documentos por ele trazidos aos autos não fazem prova do alegado.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

14. Do exposto, propõe-se, com fundamento nos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443, de 16/6/1992:

a) conhecer do recurso de reconsideração interposto por Eliseu Barroso de Carvalho Moura e, no mérito, negar-lhe provimento;

b) notificar da decisão sobrevinda o recorrente e os demais interessados notificados do Acórdão impugnado, sem deixar de anexar ao expediente de notificação cópia do relatório e da fundamentação da decisão.

À consideração superior, para posterior encaminhamento ao Ministério Público especializado e ao Ministro-Relator Jorge Oliveira.”

2. O Ministério Público junto ao TCU (MPTCU) manifestou-se de acordo com as conclusões da Serur, enfatizando, relativamente às questões processuais reclamadas pela parte, que:

“não se defere pedido de notificação pessoal para produção de sustentação oral quando da apreciação do processo, pois a publicação das pautas das sessões na imprensa oficial ou no portal do TCU, na internet, e em excerto do Boletim do Tribunal, é suficiente para promover a intimação do interessado para a realização da sustentação oral” (Acórdão 6101/2017 – 2ª Câmara, Relator Ministro Augusto Nardes) e

“As normas processuais que regulam a atuação do TCU não preveem a colheita de depoimentos dos responsáveis ou de testemunhas, devendo o Tribunal pronunciar-se com base em provas documentais” (Acórdão 1703/2020-Plenário, Relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti)

É o Relatório.