

GRUPO I – CLASSE I – Primeira Câmara

TC 029.336/2017-1

Natureza: Recurso de Reconsideração em Tomada de Contas Especial

Entidades: Município de Sítio Novo - MA e Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação

Responsáveis: Carlos Jansen Mota Sousa (587.415.692-53); João Carvalho dos Reis (168.460.442-72); Nesp Construções Comércio e Locação Ltda. (03.526.303/0001-30).

Representação legal: Sérgio Eduardo de Matos Chaves (7405/OAB-MA), Flávio Vinicius Araujo Costa (9023/OAB-MA) e outros, representando Carlos Jansen Mota Sousa; Adriana Santos Matos (18101/OAB-MA), representando Município de Sítio Novo - MA.

SUMÁRIO: RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. PAC-2. CONSTRUÇÃO DE UNIDADE DE EDUCAÇÃO INFANTIL. OMISSÃO. INEXECUÇÃO DO OBJETO. TRANSFERÊNCIA DOS RECURSOS À EMPRESA CONTRATADA. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. RAZÕES RECURSAIS INSUFICIENTES PARA AFASTAR AS CONCLUSÕES HAVIDAS EM VISTORIAS **IN LOCO** REALIZADAS A MANDO DO FNDE. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO

RELATÓRIO

Cuidam os autos de recurso de reconsideração interposto pelo Sr. Carlos Jansen Mota contra o Acórdão 3.553/2021-1ª Câmara.

2. O presente feito trata, originalmente, de tomada de contas especial instaurada pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), em razão da omissão no dever de prestar contas dos recursos repassados ao município de Sítio Novo/MA em face do Termo de Compromisso 2.719/2012 – Programa de Aceleração do Crescimento (PAC-2) – Proinfância, cujo objeto era a construção de uma unidade de educação infantil, conforme a Resolução CD/FNDE 69/2011, de 28/11/2011.

3. Para a execução do objeto, foi previsto o aporte de R\$ 1.453.100,64. A vigência foi estipulada para o período de 8/6/2012 a 5/6/2015, tendo sido estabelecida a data de 5/10/2015 como a limite para a apresentação da prestação de contas.

4. O FNDE repassou ao município de Sítio Novo/MA a importância de R\$ 290.620,13, a qual foi creditada na conta específica da avença em 19/6/2012. A interrupção no aporte de recursos decorreu da verificação, em vistoria realizada pelo órgão concedente, de que o município havia utilizado praticamente a totalidade dos recursos supramencionados no pagamento da empresa contratada, sem que houvesse registro do início da construção da edificação.

5. Submetidos os autos a esta Corte de Contas, foi promovida a citação do Sr. Carlos Jansen Mota Sousa, na condição de prefeito municipal de Sítio Novo/MA (gestão 2009-2012), tendo em vista

a não comprovação da boa e regular aplicação referente ao recebimento e à utilização dos recursos transferidos pelo Termo de Compromisso 2.719/2012.

6. Ademais, foi efetivada a audiência do Sr. João Carvalho dos Reis, ex-prefeito do Município de Sítio Novo/MA (gestão 2013-2016), devido ao não cumprimento do prazo originalmente estipulado para prestação de contas dos recursos supramencionados.

7. Diante das respostas enviadas, a SecexTCE entendeu por bem citar o Sr. Carlos Jansen Mota Sousa (novamente) e a sociedade empresária Nesp Construções Comércio e Locação Ltda., tendo em vista a inexecução do objeto do Termo de Compromisso 2.719/2012.

8. Na ocasião, foram imputadas as seguintes condutas aos responsáveis:

8.1. Sr. Carlos Jansen Mota Sousa: *“realizar pagamentos em favor da empresa Nesp Construções Comércio e Locação Ltda. sem que tenha havido a efetiva execução do serviço correspondente aos valores pagos”*; e

8.2. Nesp Construções Comércio e Locação Ltda.: *“deixar de executar o serviço correspondente aos pagamentos recebidos, configurando recebimento indevido de recursos públicos”*;

9. Diante das respostas apresentadas, o Tribunal decidiu, por meio do Acórdão 3.553/2021-1ª Câmara, julgar regulares com ressalva as contas do Sr. João Carvalho dos Reis; julgar irregulares as contas do Sr. Carlos Jansen Mota Sousa e da empresa Nesp Construções Comércio e Locações Ltda.; condenar os dois últimos responsáveis ao pagamento do débito a seguir indicado; e imputar-lhes multas individuais no valor de R\$ 40.000,00, com fulcro no art. 57 da Lei 8.443/1992:

9.1. Valor do Débito:

VALOR ORIGINAL (R\$)	DATA DA OCORRÊNCIA
287.981,60	20/8/2012
2.974,50	22/8/2012

10. Irresignado com essa decisão, o Sr. Carlos Jansen Mota Sousa ingressou com o presente recurso de reconsideração, o qual recebeu a seguinte análise no âmbito da Serur – transcrição parcial com os ajustes de forma que entendi pertinentes:

“3. Citados validamente Carlos Jansen Mota Sousa, prefeito de Sítio Novo/MA na gestão 2009-2012, e a empresa contratada Nesp Construções Comércio e Locação Ltda. e ouvido em audiência João Carvalho dos Reis, gestor municipal no período de 2013-2016, para se manifestar sobre a omissão no dever de prestar contas do emprego dos recursos em questão, o Tribunal deliberou condenar o primeiro em solidariedade com a segunda ao ressarcimento de dívida correspondente à integralidade dos valores transferidos e puni-los mediante a aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/92 e acolher as razões de justificativa aduzidas pelo último.

4. O Tribunal fez as seguintes constatações: (i) consta no extrato da conta bancária obtido na instrução do procedimento (peça 10, p. 38) que o crédito na conta específica do repasse dos recursos federais ocorreu em 19/6/2012 (R\$ 290.620,13) e que em 20/8/2012 se fez transferência no valor de R\$ 287.981,60 (peça 10, p. 40) para a empresa Nesp Construções Comércio e Locação Ltda. (peça 32, p. 323), emissora da nota fiscal juntada à peça 32, p. 324, no valor total de R\$ 297.500,00; (ii) consta no mesmo extrato a emissão de DOC no valor de R\$ 2.974,50, em 22/8/2012 (peça 10, p. 40), supostamente destinado ao pagamento de ISSQN sobre o serviço para cuja execução se contratou a aludida empresa (peça 32, p. 330); (iii) nos relatórios dos monitoramentos promovidos pelo concedente nos anos de 2014 e 2015 se registraram os fatos de que não se executou a obra (peça 1, p. 46 e 54) e de que o “único resquício de que a obra teria sido iniciada são armaduras de blocos estocadas no resto do que seria o barracão”.

5. Diante disso, considerando que quase se transferiu a totalidade dos recursos repassados à empresa Nesp Construções Comércio e Locação Ltda. apenas dois meses depois de creditados na conta bancária de sua movimentação, considerando que os serviços correspondentes não foram realizados e considerando que os recursos repassados foram gastos no curso do mandato de Carlos Jansen Mota e considerando que seu sucessor, João Carvalho dos Reis, adotou medidas para resguardar o erário, a Corte excluiu a responsabilidade de João Carvalho dos Reis, julgou irregulares as contas de Carlos Jansen Mota e da empresa Nesp Construções Comércio e Locação Ltda., contratada pela municipalidade e recebedora dos recursos, condenou os dois últimos ao pagamento do débito apurado (R\$ 290.956,10, em valores históricos) e puniu os dois últimos mediante aplicação de multa.

4. Daí o dispositivo da decisão reproduzido no subitem 1.1 desta instrução.

5. Diante disso, Carlos Jansen Mota vem interpor o recurso ora examinado.

ADMISSIBILIDADE

6. Perfilha-se o exame de admissibilidade juntado à peça 100, em que se propõe conhecer do recurso e suspender os subitens 9.5, 9.6 e 9.7 da decisão combatida, acolhido pelo relator do recurso, Ministro Benjamin Zymler (peça 106).

PRELIMINAR

7. Da não ocorrência de prescrições das pretensões do Estado Persecutor ao ressarcimento do erário e da punição pecuniária e da não ocorrência de preclusão temporal para o Estado-Juiz de contas e de fiscalização de atos e contratos

7.1. 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 e sob o regime prescricional cível.

i) Premissas adotadas

7.2. Adotar se ão as premissas a seguir enumeradas sobre o tema desenvolvidas no âmbito da Serur no amadurecimento dos entendimentos exarados à peça 139, 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) cumpre 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, cumpre 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, cumpre 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

7.3. *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*

7.4. *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 pelo prazo previsto na lei penal”.*

ii.b) *Do termo inicial da contagem do prazo*

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

7.6. *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.*

7.7. *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.*

7.8. *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*

7.9. *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).*

7.10. *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.*

7.11. *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.*

7.12. 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).

7.13. 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*

7.14. 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.

7.15. O Tribunal responsabilizou a 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: 22/8/2012, a última data de movimentação de débito na conta corrente específica para tanto (peça 10, p. 38 e 40).

7.16. 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 mediarão entre os fatos administrativos iniciador e interruptivo da contagem do prazo prescricional ali assinalados e a decisão objurgada.

7.17. Desse modo, 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*

7.18. 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).’

7.19. 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.

7.20. *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.*

7.21. *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].*

7.22. *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 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.*

7.23. *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.*

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

7.25. *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”.*

7.26. *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].*

7.27. *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 iudicato, 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 iudicato 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 iudicato", 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 iudicato", 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, § 2º, RISTF37; aqui, haveria uma verdadeira preclusão pro iudicato).'

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

7.29. *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.*

7.30. *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 "[p]rescrição 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 da União (o Ministro transcreveu integralmente o art. 1º daquele estatuto legal, mas ao tratar do item 4 de seu voto, intitulado "[p]razo 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.*

7.31. *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).*

7.32. *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.’

7.33. *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).*

7.34. *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).’

7.35. *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.*

7.36. *Dá-se a incidência do instituto ora examinado na hipótese de que mais de três anos mediem 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*

7.37. *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*

7.38. *À míngua 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.*

7.39. *Some-se à distinção das fases do procedimento de controle administrativo o conceito de citação insculpido 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”.*

7.40. *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.*

7.41. *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.*

7.42. *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*

7.43. *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*

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

7.45. *O termo final da contagem do prazo para a resposta à citação do responsável se constituiu em 6/3/2019, dado que mediante o despacho trazido à peça 28 se prorrogou por quinze dias o prazo, contados do vencimento original, 19/2/2019, ante o recebimento do instrumento citatório (peça 17) em 4/2/2019 (peça 23). A apresentação das alegações de defesa se deu em 27/2/2019 (peça 29).*

7.46. *Logo, o termo inicial da contagem do prazo consiste em 28/2/2019, primeiro dia em que houve expediente posterior a 27/9/2019, a mais remota dentre a de término do prazo de resposta e a de apresentação de alegações defensórias mencionadas no parágrafo anterior.*

7.47. *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.*

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

iv) *Análise da eventual ocorrência da prescrição sob o regime do Código Civil*

iv.a) *Do regime prescricional cível*

7.49. *Mediante o anteriormente citado Acórdão 1441/2016 Plenário, relator o ministro Benjamin Zymler, o Tribunal aprovou incidente de uniformização de jurisprudência em que firmou o entendimento de que a matéria se subordina ao prazo prescricional de dez anos indicado no art. 205 do Código Civil, contado a partir da data de ocorrência da conduta reprovável a ser sancionada.*

7.50. *Transcrevem-se os trechos do dispositivo do acórdão de interesse para o exame da alegação recursal:*

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

9.1. deixar assente que:

9.1.1. a pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União subordina-se ao prazo geral de prescrição indicado no art. 205 do Código Civil;

9.1.2. a prescrição a que se refere o subitem anterior é contada a partir da data de ocorrência da irregularidade sancionada, nos termos do art. 189 do Código Civil;

9.1.3. o ato que ordenar a citação, a audiência ou oitiva da parte interrompe a prescrição de que trata o subitem 9.1.1, nos termos do art. 202, inciso I, do Código Civil;

9.1.4. a prescrição interrompida recomeça a correr da data em que for ordenada a citação, a audiência ou oitiva da parte, nos termos do art. 202, parágrafo único, parte inicial, do Código Civil;

9.1.5. haverá a suspensão da prescrição toda vez que o responsável apresentar elementos adicionais de defesa, ou mesmo quando forem necessárias diligências causadas por conta de algum fato novo trazido pelos jurisdicionados, não suficientemente documentado nas manifestações processuais, sendo que a paralisação da contagem do prazo ocorrerá no período compreendido entre a juntada dos elementos adicionais de defesa ou da peça contendo o fato novo e a análise dos referidos elementos ou da resposta da diligência, nos termos do art. 160, §2º, do Regimento Interno;

7.51. *Quando da prolatação do Acórdão 1441/2016 – Plenário reputava-se imprescritível a pretensão do Estado ao ressarcimento do erário em procedimento de controle administrativo. Por isso, o entendimento à época se aplicou exclusivamente à pretensão à sanção punitiva decorrente de causação de prejuízo ao erário em procedimentos desse jaez. Diante da multicitada decisão vinculante do STF no sentido de que tem lugar tal pretensão a ressarcimento, reputa-se que presentemente, por força do evento vinculante da decisão mencionada, há que aplicar o entendimento tanto à pretensão do Estado buscar reparação ao erário como a sanção punitiva objeto da decisão supratranscrita, dado que a sanção punitiva é acessória da sanção reparatória, como se depreende da leitura do art. 57 da Lei 8.443/1992 e como comentado em votos proferidos no próprio Acórdão 1441/2016 – Plenário.*

iv.b) *Do termo inicial da contagem do prazo sob o regime prescricional cível*

7.52. *Quanto ao termo inicial da contagem do prazo prescricional no regime prescricional cível, há que considerar duas hipóteses.*

7.53. *Tratando-se de situação fática de imputação de não comprovação do bom e regular emprego de recursos percebidos por gestores sujeitos à persecução de controle efetuada mediante tomada ou prestação de contas não oriunda de convênio ou de ajustes congêneres, a prática do ilícito se caracteriza a partir da data de ocorrência do fato ilícito ou da data de consumação do dano,*

conforme o caso concreto. Nesse sentido o infratranscrito trecho da fundamentação do paradigmático Acórdão 1441/2016 lavrado por seu redator, ministro Walton Alencar Rodrigues:

‘No que se refere ao termo inicial do lapso prescricional, entendo que deve ser o mesmo que correntemente é utilizado pelo Tribunal, ou seja, a data da prática do ilícito administrativo.

Tal termo a quo fundamenta-se no princípio da actio nata, positivado no art. 189 do CC/2002, in verbis:

“Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.”

7.54. *Tratando-se, diversamente, de repasse dos recursos oriundos de convênios ou ajustes congêneres, consoante o aludido entendimento emanado por ministros do STF sumariado na sublinha ii.b deste item de instrução, o início da contagem do prazo prescricional cível se dá conforme o seguinte critério: (i) apresentada a prestação de contas, tempestiva ou intempestivamente, na data em que tal se deu ou , na data subsequente à de término do prazo final para tanto, o que ocorrer primeiro; (ii) não apresentada, na data subsequente à de término do prazo final para tanto.*

iv.c) *Das causas de interrupção do prazo prescricional sob o seu regime cível*

7.55. *Na hipótese de adoção do regime prescricional cível, caberá aplicar, no que couber, as hipóteses de interrupção de contagem do prazo prescricional estabelecidas no art. 202 do Código Civil. Entende-se que cabe subsumir à hipótese prevista no inciso I daquele artigo aos atos administrativos praticados na fase externa, portanto não inquisitiva, da persecução de controle administrativo mediante os quais se tenha ordenado a citação do responsável. Atos nesse sentido praticados na fase inquisitiva da persecução equivalem às notificações extrajudiciais enviadas pelo autor ao réu anteriormente à propositura da ação cível, logo não consistentes em ato praticado por quem se categorize como pessoa análoga ao juiz da causa cível.*

iv.d) *Aplicação do entendimento ao caso concreto relativamente ao ora recorrente e à empresa condenada em solidariedade a ele*

7.56. *No caso concreto, adotado o regime prescricional do Código Civil, cabe aplicar o prazo geral de prescrição estabelecido no art. 205 daquele estatuto.*

7.57. *O termo inicial se no dia em que cessou a permanência ou a continuidade à luz dos autos, a saber: 22/8/2012, a última data de movimentação de débito na conta corrente específica para tanto (peça 10, p. 38 e 40).*

7.58. *Em 14/1/2019, portanto menos de dez anos depois do termo inicial, ordenou se a citação do ora recorrente mediante pronunciamento da unidade técnica aposto à peça 14.*

7.59. *Conclui-se que, adotado o regime prescricional cível, não prescreveram no procedimento de controle administrativo as pretensões do Estado à condenação do ora recorrente a ressarcir o erário e à sua punição mediante aplicação de multa.*

MÉRITO

8. *Delimitação*

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

a) *se os elementos probatórios ora trazidos aos autos comprovam o bom e regular emprego dos recursos pecuniários objeto das contas especiais (nesta instrução, item 9);*

b) *se a comprovação da conduta de má-fé do ora recorrente condiciona a sua condenação a ressarcir o erário e a sua punição mediante aplicação de multa (ibid., item 10).*

9. *Da não comprovação do bom e regular emprego dos recursos repassados*

9.1. *À peça 85, p. 2 5, o recorrente assevera que houve “imperfeição na integralidade da documentação relativa à prestação de contas”, que os documentos anexos ao seu instrumento de recurso (peça 86 a 95) “confirma[m] o pagamento e execução do Termo de Compromisso 02719/2012”, razão por que “as falhas verificadas não vão além de falhas formais”. Diante dessa situação fática, sustenta que, tal como se deu noutras decisões do Tribunal na mesma hipótese, “não há que se falar em prejuízo ao erário”.*

Análise

9.2. *Não assiste razão ao recorrente.*

9.3. *O procedimento de controle administrativo não é invariavelmente informado pelo princípio da verdade material (ou real), segundo o qual a Administração deve buscar aquilo que realmente é verdade, e não se restringir ao que restou demonstrado no procedimento.*

9.4. *Em situações fáticas bastante frequentes prevalece o princípio que a ele se opõe, o da verdade formal.*

9.5. *Um dessas situações fáticas é constituída pela decisão em juízo criminal de questão da existência de fato ou de sua autoria. Diante disso, em primeiro lugar, é vedado o enfrentamento da questão das responsabilidades civil ou administrativa, em regra independentes, e, portanto, a busca da verdade material nessas esferas não criminais, por força do estatuído no art. 935 do Código Civil. Em segundo, a responsabilidade civil ou administrativa eventualmente imputada em julgamento proferido há que ser desconstituída mediante o instrumento cabível se se vier a lume decisão proferida em juízo criminal no sentido da inexistência do fato ou da autoria respectivos.*

9.6. *Outra dessas situações fáticas é aquela em que declarações emanadas de agentes da Administração Pública consubstanciadas em documentos elaborados em razão de seu ofício revestem se, em razão da fé pública de que gozam em tais circunstâncias, de presunção juris tantum (relativa, ou que admite prova em sentido contrário) de autenticidade e de veracidade. Quer dizer, prevalece sempre o que nelas se achar atestado, até que se produza prova contrária idônea e inequívoca.*

9.7. *A situação fática mais frequente em que prevalece a verdade formal na esfera administrativa é aquela em que, tal como no caso concreto, pessoa incumbida de gerir recursos pecuniários públicos não comprova a boa e regular aplicação desses. Porque tal situação atrai a incidência do infratranscrito art. 70, parágrafo único, da Constituição da República, estatuidor da regra de que a não comprovação do bom e regular emprego de recursos pecuniários públicos faz prova presuntiva de sua má e irregular aplicação:*

‘Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.’

9.8. *A falta da comprovação mencionada se reveste de presunção juris tantum (relativa, ou que admite prova em sentido contrário) de autenticidade e de veracidade da imputação de causação de prejuízo ao erário.*

9.9. *Dito doutro modo, em matéria de gestão de recursos públicos, o ônus da prova é invertido. De conseguinte, para que sejam julgadas regulares suas contas deve o responsável produzir e juntar aos autos elementos probatórios suficientemente robustos para fazer ver cabalmente não apenas as despesas realizadas mas também o nexo causal entre estas e os recursos repassados para sua realização. Na hipótese de falta de elementos de comprovação da aplicação regular de recursos públicos pecuniários federais se constitui prova presuntiva e o Tribunal, portanto, não carece de indícios ou provas da sua não aplicação ou de sua aplicação irregular.*

9.10. *A jurisprudência da Corte, em consonância também com o disposto no art. 93 do Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967, c.c. o art. 66, do Decreto no 93.872, de 23 de dezembro de 1986,*

é pacífica no sentido de que compete ao gestor comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos, conforme entendimento assentado nos seguintes julgados: Acórdãos TCU n.ºs 11/97-Plenário; 87/97-2ª Câmara; 234/95-2ª Câmara; 291/96-2ª Câmara; 380/95-2ª Câmara; e Decisões n.ºs 200/93-Plenário; 225/95 -2ª Câmara; 545/92-Plenário.

9.11. *O Supremo Tribunal Federal sempre se posicionou no sentido de que, em Direito Financeiro, cabe ao administrador público provar que não cometeu irregularidades a eles eventualmente imputadas:*

‘Em Direito Financeiro, cabe ao ordenador de despesas provar que não é responsável pelas infrações, que lhe são imputadas, das leis e regulamentos na aplicação do dinheiro público.’ (MS 20.335/DF, Relator Min. MOREIRA ALVES, DJU 25/2/1983)’

9.12. *Vale citar elucidativo trecho da fundamentação da Decisão 225/2000 – 2ª Câmara, da lavra do Ministro Adylson Motta:*

‘A não-comprovação da lisura no trato de recursos públicos recebidos autoriza, a meu ver, a presunção de irregularidade na sua aplicação. Ressalto que o ônus da prova da idoneidade no emprego dos recursos, no âmbito administrativo, recai sobre o gestor, obrigando-se este a comprovar que os mesmos foram regularmente aplicados quando da realização do interesse público. (...)’

9.13. *Nas situações fáticas descritas retro se faz prova presuntiva da imputação à ora recorrente da causação do prejuízo ao erário constatado. Colhe-se da lição de Plácido e Silva em sua obra Vocabulário Jurídico (28ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 1124):*

‘PROVA PRESUNTIVA. É a que se firma numa determinação legal, que se constitui em prova por determinação legal.

E, neste caso, salvo para tornar desfeita ou para a anular, o que cabe à parte contrária, quando se trata de presunção relativa, a menção da presunção legal dispensa o encargo da prova, desde que ela própria a produza.’

9.14. *A não execução de objeto de obra paga com os recursos públicos administrados pelo ora recorrente constitui indubitavelmente em causa de presunção da ocorrência de prejuízo ao erário se se produzir na instrução do procedimento prova relativa nesse sentido. Quer dizer, desnecessária é a produção de prova cabal da ocorrência em face do exposto nos subitens precedentes desta instrução.*

9.15. *Verifica-se que no caso concreto se produziu prova relativa da ocorrência da hipótese de irregularidade descrita no parágrafo precedente ante o registro nos relatórios dos monitoramentos promovidos pelo concedente nos anos de 2014 (peça 1, p. 46) e 2015 (ibid., p. 54) de que não se executou a obra (peça 1, p. 46 e 54) e de que o "único resquício de que a obra teria sido iniciada são armaduras de blocos estocadas no resto do que seria o barracão".*

9.16. *Diante do suporte fático da decisão objurgada, condensado no item 4 desta instrução, caberia reformá-la se os documentos anexos ao instrumento de recurso, analisados em conjunto com os juntados aos autos na instrução do processo, constituíssem elementos de convencimento diversos, robustos e convergentes da execução da obra e o nexo de causalidade entre os recursos pecuniários pretensamente empregados e as respectivas despesas registradas em documentos.*

9.17. *Tal não se deu.*

9.18. *Por ocasião da mencionada apresentação de alegações defensórias (peças 29 a 32), o ora recorrente juntou aos seguintes documentos enumerados nos infratranscritos itens 34 a 36 da instrução trazida à peça 68:*

‘34. Os documentos apresentados pelo responsável se referem à licitação realizada pelo município para a execução do objeto do Termo de Compromisso 02719/2012, tendo sido apresentado o seguinte:

cópia do termo de compromisso, das ARTs, do edital da tomada de preços, das propostas apresentadas, do contrato firmado com a construtora e da nota fiscal de pagamento.

35. Tal documentação, ao contrário do que afirma o responsável, não demonstra a execução do objeto do convênio nem constitui uma prestação de contas válida, pois esta deveria conter os documentos previstos no art. 29, incisos I e II, da Resolução CD/FNDE 69/2011, de 28/11/2011, como segue:

I. demonstrativos da regularidade da execução financeira dos recursos transferidos:

- a) demonstrativo Sintético da Execução Físico-Financeira;*
- b) relação de pagamentos efetuados;*
- c) relação de bens adquiridos, produzidos ou construídos com recursos da União;*
- d) extratos bancários da conta corrente específica em que os recursos foram depositados pelo FNDE e extratos das aplicações financeiras realizadas e da respectiva conciliação bancária, quando for o caso;*
- e) demonstrativo da execução da receita e despesa, evidenciando os recursos recebidos em transferências, os rendimentos auferidos da aplicação dos recursos no mercado financeiro e os saldos;*
- f) cópia do despacho adjudicatário e homologação de licitações realizadas ou justificativa para sua dispensa ou inexigibilidade, com o respectivo embasamento legal; e*
- g) comprovante de recolhimento dos recursos, nos termos do art. 24, quando for o caso;*

II. demonstrativos de regularidade dominial e técnica da(s) obra(s):

- a) cópia da certidão atualizada e autenticada do(s) imóvel(is) objeto do Termo de Compromisso pactuado, comprovando a dominialidade do(s) terreno(s), com a devida averbação da(s) edificação(ões);*
- b) cópia do termo de aceitação definitiva da(s) obra(s);*
- c) cópia do termo de conclusão da execução da(s) obra(s); e*
- d) cópia de Certidão Negativa de Débito (CND) da(s) obra(s), nos termos da Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil (RFB) nº 971, de 13 de novembro de 2009.*

36. Quanto ao suposto documento de quitação que teria sido dado pelo concedente, conforme item 32.5 desta instrução, o responsável não apresentou nenhuma comprovação.'

9.19. Enumeram-se os mencionados documentos ora anexados ao instrumento de recurso:

- a) extratos bancários (peças 86 a 88, 89, p. 1 2, 90, 91, 93);*
- b) nota fiscal (peça 89, p.3);*
- c) registro contábil (peças 92);*
- d) documentos relativos à licitação empreendida para a execução da obra (peças 94 e 95).*

9.20. Todos esses documentos ora anexados constavam anteriormente dos autos:

- a) os extratos bancários, obtidos com o Branco do Brasil S.A. mediante comunicação de diligência, à peça 10;*
- b) a nota fiscal, à peça 32, p. 324;*
- c) o registro contábil, à peça 32, p. 330;*
- d) os documentos relativos à licitação, às peças 30 e 31.*

9.21. *Dentre os documentos ora anexados não constam, portanto, os previstos no art. 29, incisos I e II, da Resolução CD/FNDE 69/2011, de 28/11/2011, listados no item 35 da transcrição feita no subitem 9.18 desta instrução e cuja falta arrimou o entendimento da Corte de que houve prejuízo ao erário causado pelo ora recorrente.*

9.22. *Assim, reputa-se que os documentos constantes dos autos, discriminados nos subitens 9.19 e 9.20 desta instrução, não constituem elementos de convencimento diversos, robustos e convergentes da execução da obra – máxime considerando-se a falta dos previstos no art. 29, incisos I e II, da Resolução CD/FNDE 69/2011, de 28/11/2011 –, de modo que não servem de prova contrária à prova relativa produzida no processo no sentido de que houve prejuízo ao erário causado pelo ora recorrente.*

10. *Do não condicionamento da decisão objurgada à produção de prova de conduta de má-fé*

10.1. *À peça 85, p. 5, o recorrente assevera que cumpre “considerar as circunstâncias e especificidades do caso em concreto” que “sempre agiu com boa-fé em seus atos de gerência dos recursos públicos [pecuniários objeto das contas especiais]”.*

Análise

10.2. *A alegação não merece prosperar.*

10.3. *Por força de preceito constitucional, acertadamente adota o Tribunal a tese da responsabilidade subjetiva do agente público. Noutras palavras, reputa que não se admite a responsabilidade objetiva em processos de persecução de controle administrativo no concernente às consequências de natureza tanto ressarcitória como sancionatória.*

10.4. *Restou assentado no Acórdão 1830/2006-TCU-Plenário, relator o Ministro Benjamin Zymler, que é defeso à Corte invocar responsabilidade objetiva do agente público pela prática de atos administrativos. Ali se entendeu que*

‘a competência do TCU, na inexecução contratual de que decorra dano ao erário federal, é fixada pela existência de conduta dolosa ou culposa de agente público, sem o que a lesão suportada pelos cofres públicos deverá ser sanada por meio da competente ação judicial, fora do âmbito de atuação do TCU.’

10.5. *Quanto às consequências de natureza punitiva, vale reproduzir o seguinte trecho da fundamentação do Acórdão 2006/2006 – Plenário, relator o relator o Ministro Benjamin Zymler:*

‘Não se cogita, atualmente, da possibilidade de apenação por esta Corte, sem que se vislumbre a existência de culpa do responsável. A responsabilidade dos agentes que gerem recursos públicos apurada pelo TCU é subjetiva.

Quanto aos gestores públicos, devem estar presentes os seguintes elementos, para que se possa apená-los:

- a) ação comissiva ou omissiva e antijurídica;*
- b) existência de dano ou infração a norma legal, regulamentar ou contratual (irregularidade);*
- c) nexo de causalidade entre a ação e a ilicitude verificada; e*
- d) dolo ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia) do agente.’*

10.6. *Daí que é mandatória a demonstração dos seguintes requisitos para a imputação quer de débito quer de penalidade a agente público, entre os quais não se inclui a verificação de conduta de má-fé: ato ilícito (comissivo ou omissivo); dano efetivo (ato concreto); culpa lato sensu (negligência, imperícia, imprudência ou dolo); nexo de causalidade entre a ocorrência e conduta do agente; capacidade de o agente, com base no parâmetro de um homem médio, identificar a ilicitude do fato.*

10.7. *Isso se deu no caso concreto, como se verá a seguir.*

10.8. *Como visto no subitem 9.13 desta instrução, a não comprovação do bom e regular emprego de recursos públicos por parte de quem os tenha administrado faz prova presuntiva da imputação à ora recorrente da causação do prejuízo ao erário constatado.*

10.9. *Daí que a conduta consistente em administrar recursos públicos e não comprovar o seu bom e regular emprego preenche os requisitos mencionados para a imputação de débito ou de penalidade a agente público e constitui o elemento subjetivo do fato jurídico fundador da fundamentação da aplicação de sanção.*

10.10. *Noutras palavras, a prova presuntiva produzida neste processo se funda na ponderação do elemento subjetivo da conduta reprovável consistente no descumprimento do dever de fazer algo, a saber: comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos administrados.*

10.11. *Consequentemente, a situação fática sob exame se subsume à hipótese de descumprimento do preceito constitucional citado.*

CONCLUSÃO

11. *Das análises empreendidas acerca do mérito do recurso se conclui que:*

a) os elementos probatórios ora trazidos aos autos não comprovam o bom e regular emprego dos recursos pecuniários objeto das contas especiais;

b) a comprovação da conduta de má fé do ora recorrente não condiciona quer a sua condenação a ressarcir o erário quer sua punição mediante aplicação de multa.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

12. *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 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 Benjamin Zymler.”

11. O Diretor da Serur aquiesceu ao aludido encaminhamento.

12. O Ministério Público junto ao TCU se pronunciou da seguinte forma:

“Diante dos elementos constantes dos autos, este representante do Ministério Público de Contas da União manifesta-se de acordo com a proposta oferecida pela Secretaria de Recursos (Serur), em pareceres uniformes (peças 121 a 122).

2. *Quanto à prescrição da pretensão reparatória, tendo em vista a repercussão do recente entendimento do STF no bojo do RE 636.886, salientamos que, considerando o prazo geral de prescrição do art. 205 da Lei 10.406/2002 – que se entende aplicável ao presente caso, diante da falta de norma específica que regule o instituto da prescrição da pretensão ressarcitória no âmbito do Controle Externo –, não ocorreu a prescrição, seja considerando como termo inicial o prazo final para prestação de contas, 5/10/2015 (peça 1, p. 91); seja adotando a data da ocorrência do pagamento indevido, 22/8/2012 (peça 10, p. 38 e 40); uma vez que o ato ordinatório da citação ocorreu em 19/9/2019 (peça 43).”*

É o relatório.