

GRUPO II – CLASSE I – Primeira Câmara

TC 020.377/2017-7.

Natureza: I - Recurso de Reconsideração (Tomada de Contas Especial).

Entidade: Município de Caatiba/BA.

Responsável: Omar Sousa Barbosa (434.380.755-04).

Interessado: Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (00.378.257/0001-81).

Representação legal: Anamaria de Souza Ferraz Ribeiro Arcanjo (OAB/BA 29.663).

**SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. RECURSOS DO PNATE, EXERCÍCIOS 2011 E 2012, TRANSFERIDOS AO MUNICÍPIO DE CAATIBA/BA. NÃO COMPROVAÇÃO DA BOA E REGULAR UTILIZAÇÃO DOS RECURSOS FEDERAIS REPASSADOS, ANTE A AUSÊNCIA DOS PARECERES DO CACS/FUNDEB. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. APRESENTAÇÃO DOS PARECERES DO RESPECTIVO CONSELHO SOCIAL PELA APROVAÇÃO DAS CONTAS. INEXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADES APTAS A MANTER O ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. INSUBSISTÊNCIA DO JULGADO. CONTAS REGULARES COM RESSALVA. QUITAÇÃO AO RESPONSÁVEL. NOTIFICAÇÃO.**

## RELATÓRIO

Adoto como parte integrante deste relatório a instrução de mérito elaborada no âmbito da Secretaria de Recursos – Serur (peça 101), a seguir transcrita com os ajustes de forma pertinentes:

### INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recurso de reconsideração (peças 78 a 87) interposto por Omar Sousa Barbosa, à época dos fatos Prefeito do Município de Caatiba, Estado da Bahia, contra o Acórdão 5.383/2021-TCU-1ª Câmara (peça 47).

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

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

9.1. rejeitar as alegações de defesa apresentadas pelo Sr. Omar Sousa Barbosa;

9.2. julgar irregulares, com fundamento nos arts. 1º, I, e 16, III, "b" e "c", da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 19 e 23, III, da mesma lei, e com arts. 1º, I, e 209, II e III, e 214, III, do RI/TCU, as contas do Sr. Omar Sousa Barbosa e condená-lo ao pagamento das quantias abaixo especificadas, com a fixação do prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que

comprove, perante este Tribunal (art. 214, III, "a", do RI/TCU), o recolhimento da dívida aos cofres do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir das datas discriminadas, até a data do recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor:

Data de ocorrência	Valor histórico (R\$)
4/4/2011	5.769,52
3/5/2011	5.769,52
2/6/2011	5.769,52
5/7/2011	5.769,52
2/8/2011	5.769,52
5/9/2011	5.769,52
4/10/2011	5.769,52
3/11/2011	5.769,52
2/12/2011	5.769,52
12/4/2012	62,54
13/4/2012	3.596,28
17/5/2012	3.658,82
2/7/2012	3.658,82
2/8/2012	3.658,82
5/9/2012	3.658,82
2/10/2012	3.658,82
5/11/2012	3.658,82
4/12/2012	3.658,85
30/12/2012	3.658,82

9.3. aplicar ao Sr. Omar Sousa Barbosa a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 267 do RI/TCU, no valor de R\$ 13.000,00 (treze mil reais), com a fixação do prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprove, perante este Tribunal (art. 214, III, "a", do RI/TCU), o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do presente 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, II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

9.5. com fundamento no § 3º do art. 16 da Lei 8.443/1992, encaminhar cópia desta deliberação à Procuradoria da República no Estado da Bahia, para adoção das medidas que entender cabíveis.

## HISTÓRICO

2. O Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) instaurou tomada de contas especial em desfavor de Omar Sousa Barbosa, ex-Prefeito do Município de Caatiba, Estado da Bahia, em razão da omissão no dever legal de prestar contas do emprego de recursos pecuniários repassados no âmbito do Programa Nacional de Apoio ao Transporte Escolar (PNATE) nos exercícios de 2011 e 2012. O prazo para a apresentação da prestação de contas se encerrou em 30/4/2013.

3. O Fundo repassou ao município de Caatiba/BA, ao longo dos exercícios de 2011 e 2012, respectivamente, R\$ 51.925,68 e R\$ 32.929,41, valores que somam R\$ 84.855,091.

4. Encerrado o prazo para prestar contas, não se encaminhou ao FNDE a documentação exigida. Diante disso, o Fundo notificou o responsável e seu sucessor no cargo de Prefeito Municipal, Joaquim Mendes de Sousa Júnior, para que saneassem as irregularidades ou devolvessem os

<sup>1</sup> Peça 1, p. 22-23.

recursos transferidos. Sem sucesso quer no saneamento do procedimento de controle administrativo ou quer no ressarcimento do erário, o Fundo instaurou esta tomada de contas especial.

5. O relatório do tomador de contas especial assinalou como motivo para a instauração do procedimento a impugnação total das despesas e a não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos transferidos, dada a omissão no dever de prestar contas. Imputou-se débito de R\$ 84.855,09 a Omar Sousa Barbosa.

6. Ouvido no âmbito do Tribunal, o ora recorrente apresentou a documentação ao FNDE, conforme comprovantes de entrega às peças 14 e 15, datados de 5/6/2018. O Tribunal entendeu que o ora recorrente aduziu alegações de defesa insuficientes para afastar a sua responsabilidade no que concerne à mencionada irregularidade apontada pelo tomador de contas especial.

7. A Corte, “[c]om base nas informações recebidas, em conjunto com a manifestação do responsável” (item 14 da fundamentação da decisão, trazida à peça 48), reputou que:

a) a documentação apresentada pelo responsável não veio acompanhada de elementos de convencimento essenciais da constatação da boa e regular aplicação dos recursos, como assinalado no item 14 da fundamentação da decisão, trazida à peça 48;

b) os pareceres emitidos pelos CACS/FUNDEB não configuram mera formalidade, mas antes instrumentos de controle social necessários ao acompanhamento e ao controle da distribuição, da transferência e da aplicação dos recursos do Fundo, em atendimento à Resolução/CD/FNDE 12, de 17 de março de 2011, em seu art. 17;

c) a inexistência nos autos do mencionado parecer impede que se conclua acerca da boa e regular aplicação dos recursos disponibilizados ao município no âmbito do PNATE, e justificam a condenação em débito do responsável por sua gestão;

d) o prefeito sucessor protocolizou representação contra o ex-gestor perante o Ministério Público Federal em 16/7/2013, antes, portanto, das notificações encaminhadas pelo FNDE, em 15/8/2013;

e) não há nos autos meios de prova de que, tal como alegado, o responsável enviou a referida documentação em maio de 2014, muito depois de expirado o prazo estabelecido pelo FNDE em 30/4/2013;

f) somente depois de promovida a citação do responsável em 2018 fez ele contato com o FNDE para providenciar o encaminhamento da prestação de contas, que ao final se mostrou insuficiente para comprovação da boa e regular aplicação dos recursos recebidos nos exercícios de 2011 e 2012 do PNATE;

g) a apresentação intempestiva da documentação, ainda que incompleta, afasta a omissão no dever de prestar contas.

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

9. Diante disso, o interessado vem interpor o recurso ora examinado.

#### **ADMISSIBILIDADE**

10. Perfilha-se o exame de admissibilidade juntado à peça 88, em que se propõe conhecer do recurso e suspender os subitens 9.1, 9.2, 9.3 e 9.4 da decisão combatida, acolhido pelo relator do recurso, Ministro Vital do Rêgo (peça 91).

#### **MÉRITO**

##### **11. Delimitação**

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

a) a decisão objurgada se fundou na omissão no dever do ora recorrente de prestar contas dos recursos objeto do procedimento de controle administrativo ou na não comprovação do bom e regular emprego destes mediante os documentos por ele apresentados posteriormente ao FNDE (nesta instrução, item 12);

b) a decisão objurgada se fundou na falta do parecer do Conselho Municipal acerca da prestação de contas dos recursos objeto do procedimento de controle administrativo ou na não comprovação do

bom e regular emprego destes mediante os documentos por ele apresentados posteriormente ao FNDE (*ibid.*, item 13).

**12. Da superação da questão da omissão no dever de prestar contas ante a não comprovação do bom e regular emprego dos recursos pecuniários objeto das contas especiais mediante os documentos anexados ao instrumento de adução de alegações defensórias**

12.1. À peça 78, p. 1-4, o recorrente asseve que a prestação de contas “destes recursos em seus exercícios” teria tido lugar “de forma documental” e que o FNDE, mediante a “Res. N°. CD/FNDE n° 05 de 07/03/2013”, teria “instituído o acesso SigPC” e “tornando obrigatório que todas as prestações de contas dos exercícios pretéritos de 2011 e 2012, deveriam ser por meio informatizado” e concedido “prazo aos municípios para apresentarem as suas contas até data de 30/04/2013”.

12.2. O FNDE teria submetido “os ex-gestores” a “imbróglis”. Primeiro, por “mudar um procedimento no último ano de mandato”. Segundo, por “retroagir uma norma, qual seja: exigir a prestação de contas dos exercícios pretéritos de 2011 e 2012, através de em nova plataforma criada em 2013”.

12.3. Não teria havido na sucessão do cargo de Prefeito Municipal de Caatiba “cooperação de uma administração para a outra”, razão por que “o resultado não [teria] s[ido] atingido”.

12.4. Como a obrigatoriedade de prestação de contas junto ao SigPC teria sido estabelecida em 30/04/2013, quando o recorrente já não era mais o gestor do Município, “a responsabilidade do acessório caberia ao seu sucessor”, a quem cumpriria “inserir as informações no sistema citado”, o que não teria sido feito “por pura deliberação” deste.

12.5. O ora recorrente teria, depois de desocupar o cargo mencionado, “encaminha[do] novamente a prestação de contas do PNATE - exercícios de 2011 e 2012”, que teriam sido “recebidas no gabinete do novo gestor em 29/05/2014” pela servidora Adriana Nunes da Silva, como comprovariam o aviso de recebimento anexado ao instrumento de recurso (peça 87).

12.6. Em 14/06/2016, a mesma servidora, “imbuída de propósitos outros”, teria recebido “nova notificação do FNDE”, como faria ver o aviso de recebimento trazido à peça 81, mediante a qual o Fundo teria “cobra[do] as citadas prestações de contas”, e a Prefeitura Municipal não as teria apresentado “mesmo estando [elas] em [seu] poder”.

12.7. Documento anexo ao instrumento de recurso (peça 85) faria ver que a aludida servidora teria “garanti[do] [em carta precatória] que tinha ciência do endereço do ex-gestor Omar Sousa Barbosa, e que não se recorda da entrega dos ofícios do FNDE”.

12.8. Somente em 2018, mediante o recebimento do Ofício n° 0281/2018 - TCU/SECEX-PR, anexado ao instrumento de recurso (peça 82), o recorrente teria tido conhecimento de que “o novo gestor não tinha cumprido com a sua obrigação de alimentar o sistema SigPC, tornando este inadimplente para com o FNDE”.

12.9. Mesmo tendo em mente que não era sua incumbência, em 05/06/2018, depois de “insistentes tentativas junto ao FNDE”, finalmente teria obtido a senha de acesso ao sistema SigPC do Município de Caatiba, com o que teria “encaminh[ado] a referida prestação de contas”, como faria ver documento anexo ao instrumento de recurso (peça 83).

12.10. Diante disso, seria descabido tanto [i] o entendimento do FNDE/PNATE reproduzido em relatório emanado no âmbito do Tribunal – de que teria resultado a decisão combatida – no sentido de que “a formalidade do dever de prestar contas não foi integralmente cumprida” como [ii] a propositura pelo FNDE/PNATE de uma ação de improbidade administrativa de mesmo objeto destas contas especiais, em que posteriormente houve desistência do mencionado autor homologada pelo juízo cível, como faria ver anexo ao instrumento de recurso (peça 84) e [iii] a isenção, mediante a decisão guerreada, do sucessor do ora recorrente no cargo de Prefeito Municipal com base no juízo de que este “adotou medidas legais de resguardo ao erário”, considerando-se que a irregularidade havida teria decorrido da desídia deste.

12.11.À peça 78, p. 4-6, o recorrente defende que, “na forma [...] dos documentos de pagamentos apresentados na prestação de contas”, não teria havido “perda patrimonial para o FNDE, considerando o cumprimento do Programa do Transporte Escolar (PNATE)”.

12.12. Não teria medido esforços para enviar o instrumento de prestação de contas pela plataforma SigPC e que teria logrado fazê-lo, finalmente, “depois de insistentemente enviar ofícios e e-mails ao FNDE para liberar seu acesso ao sistema”, tarefa que caberia a seu sucessor no cargo a cujo ocupante incumbe o dever de prestar contas dos recursos em tela.

12.13. A prestação de contas do Programa PNATE/FNDE teria sido “atendida desde o ano de 2014” como faria ver os avisos de recebimento anexos a instrumento de recurso juntados à peça 87. Os documentos não teriam sido “inserido[s] no SigPC - exigência do Órgão a partir de 2013”, quando não mais “possu[iria] acesso à senha do sistema” por não mais ocupar o cargo de Prefeito Municipal.

12.14. Diante disso, seria de concluir que:

a) aplicar-se-ia ao caso concreto o infratranscrito o art. 10, § 1º, da Lei 8.429, de 25/6/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), alterada pela Lei 14.230 de 25/10/21:

§ 1º - Nos casos em que a inobservância de formalidades legais ou regulamentares não implicar perda patrimonial efetiva, não ocorrerá imposição de ressarcimento, vedado o enriquecimento sem causa das entidades referidas no art. 1º desta Lei.

b) a situação fática não se subsumiria à hipótese de improbidade administrativa prevista no infratranscrito inciso VI do mesmo dispositivo:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa (...)

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo, desde que disponha das condições para isso, com vistas a ocultar irregularidades;

12.15. O recorrente cita decisões judiciais proferidas em ações de improbidade administrativa em que se entendeu que o atraso na prestação de contas que teria havido no caso concreto não caracteriza ato de improbidade administrativa porque não se subsume à hipótese prevista no art. 11, inciso VI, da Lei n. 8.429/1992, dispositivo cuja interpretação não se pode fazer de modo extensivo.

12.16. À peça 78, p. 4 e 6, o recorrente diz que o entendimento exarado no item 32 do relatório da decisão vergastada (peça 49) de que “o FNDE [...] entendeu pela insuficiência das defesas apresentadas, concluindo pela persistência dos correspondentes débitos” não poderia prosperar por duas razões. Isso porque o Fundo teria desistido da “ação de Improbidade Administrativa de nº. 1000221-75.2017.4.01.3307” porque teria “consider[ado] que a prestação de contas foi realizada”. Com isso, o dano “[não teria sido] comprovado”. O documento trazido à peça 84, consistente em petição de desistência da mencionada ação feito pelo Ministério Público Federal, consistiria em comprovação de que “o Programa de Transporte Escolar [teria sido] realizado (vide doc. 06) [peça 84]”. Por força da referida desistência “resta[ria] clar[a] a [sua] boa-fé” desde “o momento da transição de seu governo para o gestor que lhe sucedeu (vide dc. 02) [peça 80]”.

12.17. Como não teria havido dano ao erário em razão do sumariado no parágrafo precedente, “socorrer[ia-o] o § 5º do art. 12 da Lei nº 14.230/21, dado a se caracterizar todo o conjunto probatório, como atos de menor ofensa aos bens jurídicos tutelados pela improbidade administrativa”.

12.18. Teria, assim, havido meras impropriedades ou faltas de natureza formal, situação fática que se subsumiria à hipótese de julgamento de regularidade das contas com ressalva prevista no art. 16, inciso II, da Lei 8.443/1992.

12.19. O recorrente sustenta que “a aplicabilidade da condição de irregular, só se corrobora[ria] com a omissão deliberada de prestar contas”, o que não teria tido lugar no caso concreto visto que “tal incumbência [teria sido] perseguida pelo [ora] recorrente por diversos momentos e finalmente realizada”.

12.20. Neste sentido seria o entendimento do Tribunal exarado no Acórdão 2.341/2006-TCU-Plenário, relatado pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, de cuja fundamentação se extrai o trecho a seguir reproduzido:

**Ora, tendo sido executado o objeto do convênio**, e demonstrado o nexo entre os recursos públicos federais repassados ao município e a obra (ao menos o nexo formal, que não foi descaracterizado em momento algum nestes autos) **não há como subsistir débito**. Os recursos foram mantidos na conta específica do convênio, a empresa contratada recebeu os recursos federais, emitiu as notas fiscais referentes a esses, e a obra foi realizada." [grifos do recorrente]

### Análise

12.21. Não assiste razão ao recorrente.

12.22. A alegação se funda essencialmente na premissa falsa de que a eventual elisão da imputação de omissão no dever de apresentar a prestação de contas dos recursos repassados se constitui por si só em prova do bom e regular emprego destes. A omissão no dever de prestar contas e a não comprovação do bom e regular emprego dos recursos a estas relativos são condutas reprováveis diversas, ainda que a primeira implique a segunda na medida em que sem a apresentação dos documentos mediante os quais se possa ter por comprovado o referido emprego se presume, como é pacífico na jurisprudência do Tribunal e do Supremo Tribunal Federal, a ocorrência de prejuízo ao erário por força do art. 70, parágrafo único, da Constituição da República.

12.23. No caso concreto, reputa-se que:

a) diversamente do alegado, a exigência feita em 2013 pelo FNDE de apresentação de prestações de contas relativas a exercícios anteriores por meio de sistema informatizado não se constitui em retroação antijurídica de norma dada a natureza procedimental – e não substantiva – da norma respectiva;

b) é razoável exigir de gestor de recursos pecuniários públicos federais que se informe no curso de alguns poucos meses sobre como proceder a novo modo, informatizado, de apresentação de prestação de contas;

c) incumbe ao responsável pela apresentação da prestação de contas de recursos pecuniários públicos fazê-la ao ente repassador dos recursos, de modo que descabe a parte das alegações mediante a qual o ora recorrente tenciona comprovar haver apresentado a servidora da Prefeitura Municipal de Caatiba a prestação de contas dos recursos objeto destas contas especiais;

d) a questão da omissão no dever de prestar contas restou superada no procedimento de controle administrativo – razão por que não se fulcrou a decisão objurgada também na alínea “a” do inciso III do art. 16 da Lei 8.443/1992 – na medida em que o Tribunal procedeu à oitiva do ora recorrente e, como memoriado no item 7, alínea “a”, desta instrução, reputou a documentação por ele apresentada ao FNDE em resposta à citação insuficiente para comprovar o bom e regular emprego dos recursos objeto das contas;

e) o recorrente não anexa a seu instrumento de recurso novos documentos mediante os quais se possa ter por comprovado o bom e regular emprego mencionado na alínea precedente, de maneira que não há nos autos novos elementos de convencimento relativos ao mérito das contas capazes de elidir a insuficiência mencionada na alínea precedente.

12.24. Conquanto superada a questão da omissão no dever de prestar contas, vale notar que não se aplicam os ditames da Lei de Improbidade Administrativa a procedimentos de controle administrativo. As normas processuais e substantivas regedoras do procedimento de controle administrativo encontram esteio na Constituição da República e Lei 8.443, de 16/7/1992. A lei evocada pelo recorrente trata de matéria da competência do Poder Judiciário a ser examinada mediante as ações cabíveis. Como se infere, aliás, do comando contido no art. 16, § 3º, da Lei 8.443, de 1992.

12.25. O documento juntado pelo recorrente à peça 84 se constitui em instrumento de desistência de ação por parte do Ministério Público Federal em face da perda de seu objeto, a saber a ocorrência de omissão no dever de prestar contas.

12.26. Entendimentos emanados no âmbito do Ministério Público Federal acerca do mérito de contas prestadas relativas a recursos pecuniários federais repassados não vinculam o juízo do Tribunal acerca do bom e regular emprego destes; por força da atribuição constitucional referida no subitem 13.7 desta instrução.

12.27. Ademais disso, como visto no item 12 desta instrução, a Corte não fundou seu juízo em tal ocorrência, mas antes na não comprovação pelo ora recorrente do bom e regular emprego dos recursos objeto das contas especiais mediante a adução de suas alegações defensórias na fase de instrução do processo.

12.28. Ainda que se admita a não ocorrência da mencionada omissão apenas para argumentar, a mera apresentação da prestação de contas obviamente não implica, como sustenta o recorrente, comprovação de boa e regular execução física e financeira do objeto do programa de transporte escolar objeto das contas.

12.29. Para tanto, haveria que exsurgir dos documentos apresentados a título de prestação de contas elementos de convencimento da aludida boa e regular execução, pois o Tribunal entendeu que os documentos apresentados para tanto pelo ora recorrente em suas alegações defensórias são insuficientes para tanto. O recorrente não anexa a seu instrumento de recurso documentos relativos a tal emprego, de modo que com a impugnação da decisão não houve alteração do conjunto de elementos de convencimento relativos ao mérito das contas.

### **13. Da superação da questão da falta do parecer do Conselho Municipal ante a não comprovação do bom e regular emprego dos recursos pecuniários objeto das contas especiais mediante os documentos anexados ao instrumento de adução de alegações defensórias**

13.1. À peça 78, p. 3-4, a recorrente tenciona resolver a “ausência do parecer do Conselho Municipal” assinalado no relatório da decisão vergastada (peça 49) mediante a apresentação de documentos anexados ao instrumento de recurso, a saber os juntados à peça 86, consistentes em “pareceres dos anos de 2011 e 2012, da lavra do Conselho de Acompanhamento e Controle Social - CACS – FUNDEB” em que se teria concluído “pela regularidade das citadas contas, bem como da execução do Programa do FNDE/PNATE, nestes exercícios”, o que, na sua visão, “sana[ria] a irregularidade indicada pelo órgão fiscalizador”.

#### **Análise**

13.2. A alegação não merece prosperar.

13.3. A falta do parecer mencionada no relatório da decisão vergastada se constitui em apenas um dos diversos elementos de convencimento constitutivos de conjunto em que se fundou a instrução do procedimento de controle administrativo.

13.4. Com visto no subitem 12 desta instrução, o ora recorrente apresentou documentos em resposta a seu chamamento a este para contradizer as imputações de irregularidades a ele feitas, dentre as quais a de não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos objeto das contas.

13.5. Com isso, a questão da falta do parecer restou superada na medida em que o próprio Tribunal pôde examinar os documentos apresentados pelo ora recorrente a título de prestação de contas.

13.6. Ademais disso, o exame do Tribunal não se vincula a decisões proferidas pelo conselho mencionado pelo recorrente.

13.7. A verificação da regularidade e a análise da prestação de contas de recursos federais administrados por quem deles esteja incumbido de fazê-lo é atribuída ao Tribunal de Contas da União, na função constitucional de auxiliar do Congresso Nacional, no exercício do Controle Externo, de acordo com o art. 71, inciso VI, do Estatuto Constitucional, combinado com o art. 5º, inciso VII, da Lei 8.442, de 1993.

13.8. Cite-se o Acórdão 10089/2018-TCU-Primeira Câmara, relatado pelo Ministro Vital do Rêgo: A apresentação para o TCU, em tomada de contas especial, de parecer do Conselho Municipal de Assistência Social acerca da regularidade das contas relativas a recursos repassados pelo Fundo Nacional de Assistência Social - FNAS, desprovida de documentação adicional a demonstrar o

nexo de causalidade entre os recursos da União transferidos e as despesas realizadas, por si só, não garante a demonstração da regular aplicação dos recursos.

13.9. Dessa forma, a aprovação de prestação de contas pelo conselho mencionado pelo recorrente não vincula o entendimento do Tribunal.

#### **EXAME INCIDENTAL DA EVENTUAL OCORRÊNCIA DE PERDA DE PODER PROCESSUAL PELO DECURSO DO TEMPO**

#### **14. 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**

14.1. O Tribunal possui atribuição constitucional para realizar de forma autônoma e independente a apreciação da regularidade das contas dos gestores de bens e direitos da União. Em alguns casos específicos é que tal não se dá. Admite-se, por exemplo, que sentença proferida em processo penal mediante a qual se conclua pela não ocorrência material do fato ou pela negativa de sua autoria impeça a propositura ou a continuidade de ação nos âmbitos civil e, por extensão, administrativo, consoante entendimento pacífico no Supremo Tribunal Federal exarado nos Mandados de Segurança 21.948-RJ, 21.708-DF e 23.635-DF.

14.2. Outra hipótese de observância mandatória pelo Tribunal de decisão judicial é efeito vinculante em relação “à administração pública direta e indireta” de súmulas para tanto aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) estatuído no art. 103-A da Constituição da República.

14.3. De outro lado, aplica-se somente ao Poder Judiciário o vínculo a decisões proferidas por aquela Corte em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida e de decisões proferidas pelo STJ em recursos repetitivos, por força do art. 927 do Código de Processo Civil brasileiro.

14.4. O Tribunal tem observado as decisões do STF com repercussão geral reconhecida, nada obstante a inexistência dessa obrigatoriedade. Tal conduta é consentânea com o princípio da eficiência informador da Administração Pública e com o princípio da economia processual, pois, não o fizesse, suas decisões contrárias ao entendimento firmado no STF acerca de temas a que tenha aquela Corte reconhecido repercussão geral seriam amiúde revertidas mediante a interposição do mandado de segurança previsto no art. 102, inciso I, alínea “d” da Constituição da República.

14.5. Entre as decisões em recursos extraordinários com repercussão conhecida pelo STF se encontra a proferida por aquele Tribunal no RE 636.886, em que se cuidou da incidência do instituto da prescrição na Lei 9.873/1999 em procedimentos de controle administrativo.

14.6. Por isso, examinar-se-á incidentalmente a seguir a eventual ocorrência das perdas de poder processual previstas na Lei 9.873/1999 e da prescrição das pretensões do Estado-Persecutor ao ressarcimento do erário e da punição pecuniária da ora recorrente sob o regime prescricional cível.

##### i) Premissas adotadas

14.7. Adotar-se-ão as premissas a seguir enumeradas sobre o tema desenvolvidas no âmbito da Serur no amadurecimento dos entendimentos exarados à peça 99, 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

14.8. A seguir aplica-se esse exame ao processo de controle administrativo.

ii.a) Do prazo

14.9. 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

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

14.11. 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.

14.12. Tratando-se 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.

14.13. 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

14.14. 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).

14.15. 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.

14.16. 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.

14.17. 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).

14.18. 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

14.19. A conduta reprovável discutida no processo, a saber a não comprovação do bom e regular emprego de recursos pecuniários públicos, 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.

14.20. O prazo para a prestação de contas dos recursos em foco expirou em 30/4/2013 (peça 1, p. 73) sem que esta tivesse sido recebida. Essa data, portanto, se constitui no marco inicial da contagem do prazo prescricional.

14.21. Da cronologia trazida em apêndice a esta instrução, continente somente de fatos bastantes para fundar o exame da eventual incidência do instituto nos casos concretos relativos a cada um dos ora recorrentes, depreende-se que períodos inferiores a cinco anos mediaram entre os fatos administrativos iniciador e interruptivo da contagem do prazo prescricional ali assinalados e a decisão objurgada.

14.22. Desse modo, não teve lugar no caso concreto 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

14.23. 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]

14.24. 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.

14.25. 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.

14.26. 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].

14.27. 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.

14.28. 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.

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

14.30. 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”.

14.31. 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 relacionarem-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].

14.32. 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 facultades/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, *judicato* significa julgado; juiz é *iudex (nominativo)* ou *iudicem (acusativo)*. Preclusão *pro judicato* 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, § 2º, RISTF37; aqui, haveria uma verdadeira preclusão *pro iudicato*). [grifou-se]

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

14.34. 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.

14.35. 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.

14.36. 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).

14.37. 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.

14.38. 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).

14.39. A fase ordinatória, como seu nome o 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]

14.40. 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.

14.41. 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

14.42. 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

14.43. 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.

14.44. 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”.

14.45. 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.

14.46. 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.

14.47. 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

14.48. 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

14.49. Passa-se à aplicação do entendimento ao caso concreto.

14.50. O termo final da contagem do prazo para a resposta à comunicação de audiência do responsável se constituiu em 6/6/2018, ante o recebimento do instrumento de comunicação de citação em 7/5/2018 (peça 8) e a prorrogação do prazo em quinze dias mediante o despacho juntado à peça 11. O ora recorrente protocolizou seu instrumento de adução de alegações defensórias em 15/6/2018 (peça 12).

14.51. Logo, o termo inicial da contagem do prazo relativamente a esse responsável consiste em 7/6/2018, primeiro dia em que houve expediente posterior a 6/6/2018.

14.52. 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 contagem ali assinalado e a prolatação da decisão guerreada.

14.53. Conclui-se que não teve lugar nos casos concretos 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

14.54. Considerando o exposto no subitem 14.7, parte final da alínea “c”, desta instrução, elabora-se o exame da prescrição do Estado ao ressarcimento do erário sob o regime prescricional cível.

v.a) Do regime prescricional cível

14.55. 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.

14.56. 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;

14.57. Quando da prolação 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 do 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

14.58. Quanto ao termo inicial da contagem do prazo prescricional no regime prescricional cível, há que considerar três hipóteses.

14.59. Tratando-se de situação fática de imputação de não comprovação do bom e regular emprego de recursos oriundos de relação jurídica não oriunda de convênio ou de ajustes congêneres – em que, portanto, não se prevê prestação de contas específica –, a prática do ilícito se caracteriza a partir da data da ocorrência do fato ilícito ou consumação do dano havido ao erário. 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.” [grifou-se]

14.60. Tratando-se, diversamente, de repasse dos recursos oriundos de convênios ou ajustes congêneres – em que, portanto, se prevê prestação de contas específica –, consoante o aludido entendimento emanado por ministros do STF sumariado na subalínea *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

14.61. 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

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

14.63. Em razão do exposto no subitem 14.ii.d desta instrução, o marco inicial da contagem dos prazo prescricional se constituiu em 30/4/2013.

14.64. Em 6/4/2018, ordenou-se a citação do ora recorrente mediante o despacho acostado à peça 5, portanto menos de dez anos depois dos termos iniciais coincidentes.

14.65. 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 aplicação de multa.

## CONCLUSÃO

15. Das análises empreendidas relativamente ao mérito do recurso se conclui que a decisão objurgada não se fundou quer na omissão no dever do ora recorrente de prestar contas dos recursos objeto do procedimento de controle administrativo quer na falta do parecer do Conselho Municipal acerca da prestação de contas desses recursos, mas antes na não comprovação do bom e regular emprego destes mediante os documentos por ele apresentados posteriormente ao FNDE. O recorrente não anexou ao instrumento de recursos documentos mediante os quais se possa ter por comprovado o aludido bom e regular emprego.

## PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

16. Do exposto, propõe-se, com fundamento nos arts. 32 e 33, inciso I, 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.

2. O diretor, ladeado pelo secretário da Serur em pronunciamento à peça 103, manifestou-se de acordo com a proposta de mérito sugerida na instrução técnica, sem prejuízo de trazer considerações complementares acerca do instituto da prescrição aplicável no âmbito do TCU, conforme se observa do seu parecer à peça 102, a seguir transcrito:

Trata-se de recurso de reconsideração (peças 78-87) interposto por Omar Sousa Barbosa, ex-prefeito do Município de Caatiba/BA, contra o Acórdão 5.383/2021 – TCU – 1ª Câmara (peça 47).

2. Não obstante concordar com a proposta de encaminhamento do auditor instrutor, peço licença apenas para acrescentar algumas considerações sobre a análise da prescrição - inclusive a fim de sintetizar o exame constante do item 14 da instrução anterior -, na linha que tem sido

apresentada pela Secretaria de Recursos do TCU, apoiada na atual tendência jurisprudencial sobre a matéria observada em decisões recentes do Supremo Tribunal Federal.

3. No exame da prescrição, a Serur tem adotado os entendimentos detalhados nas peças 99-100, que contêm estudo e pronunciamentos anteriores da secretaria sobre o tema. Nessas manifestações estão desenvolvidas as seguintes premissas:

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

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

c) até que sobrevenha norma específica, entende-se que a prescrição das pretensões punitiva e de ressarcimento, no processo de controle externo, deve observar o regime Lei 9.873/1999, na linha dos recentes pronunciamentos do STF a respeito. Assim, sem prejuízo de se realizar o exame da prescrição também segundo o prazo decenal previsto no Código Civil, o critério adotado, na formulação da proposta de encaminhamento, será o da Lei 9.873/1999.

d) recentemente, após à decisão proferida no RE 636.886, o STF julgou a **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5509** (Relator Ministro Edson Facchin), manejada contra dispositivos de lei ordinária e da Constituição do Estado do Ceará, fixando prazo prescricional para o processo do respectivo tribunal de contas. Os fundamentos da decisão do STF na ADI 5509 repercutem no processo do TCU porque tiveram como referência o modelo federal (princípio da simetria). Estabeleceu-se tratamento específico para as tomadas de contas especiais, distinguindo aquelas decorrentes de repasses sujeitos à prestação de contas específica e as relativas a situações em que os fatos são normalmente trazidos ao conhecimento do TCU por meio de denúncias e representações. Como regra geral, ficou estabelecido que *“o termo inicial da contagem do prazo deve ser o da entrada do processo de fiscalização no âmbito do Tribunal de Contas, ou dos órgãos que, por lei, são encarregados pelo controle interno”*.

Essa regra geral teve sua aplicação explicitada para algumas situações particulares, a saber:

- no caso de omissão de prestação de contas: *“o dano a ser apurado pela ausência de prestação de contas tem o lapso prescricional iniciado na data em que as contas deveriam ter sido entregues”*;

- na hipótese de irregularidades detectadas no exame da prestação de contas: *“o procedimento prévio à instauração da tomada de contas ... deve ser encerrado o quanto antes, sendo que as irregularidades que tenham porventura sido nele identificadas somente terão iniciada a fluência do prazo prescricional após a competente comunicação para o órgão de controle interno ou para o Tribunal de Contas”*;

- em irregularidades constatadas em fiscalizações, denúncias e representações: *“Finalmente, deve-se contar o prazo prescricional a partir da data do conhecimento da irregularidade nos casos em que, por iniciativa própria, o Tribunal realiza auditorias ou inspeções, assim como nos casos em que a ele são diretamente levadas as informações necessárias para a instauração de tomada de contas especial”*.

#### **Análise da prescrição segundo os critérios do Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário**

4. No que se refere à pretensão punitiva, o TCU tem tradicionalmente aplicado os critérios definidos no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, que, em incidente de uniformização de jurisprudência, orientou-se pela aplicação do Código Civil. Por este acórdão, em linhas gerais, a prescrição subordina-se ao prazo geral de dez anos (CC, art. 205), contado a partir da data da ocorrência do fato e interrompido pelo ato que ordenar a citação, a audiência ou a oitiva da parte.

4.1. Entre outras razões que justificaram a adoção desse critério destaca-se a de que o citado dispositivo constitui uma cláusula geral a ser empregada sempre que a pretensão for prescritível, mas a lei não estabelecer um prazo específico, como na hipótese.

4.2. Aplicando as mencionadas balizas ao caso em exame, há de considerar como termo inicial para contagem da prescrição o dia seguinte ao término do prazo final para a entrega da prestação de contas, 01/05/2013 (peça 1, p. 73), considerando que se verificou a omissão na prestação de contas. Tem-se que o ato que ordenou a citação do recorrente ocorreu em 06/04/2018 (peça 5), demonstrando que transcorreram menos de dez anos entre esses dois marcos da contagem prescricional.

#### **Análise da prescrição pelo regime da Lei 9.873/1999**

5. Adotando-se as premissas fixadas na Lei 9.873/1999 ao caso em exame, e mesmo considerando-se o prazo geral, de cinco anos, observa-se que não teria ocorrido a prescrição. Para tanto, é preciso considerar os seguintes parâmetros:

a) Termo inicial:

5.1. A Lei 9.873/1999, art. 1º, parte final, traz previsão expressa a respeito do início do prazo em se tratando de infração de caráter permanente ou continuado. Nesta hipótese, a prescrição começa a correr não da data de cada fato, e sim “do dia em que tiver cessado” a permanência ou a continuidade.

5.2. A Lei 9.873/1999 apresenta um prazo geral, de cinco anos (art. 1º), e um prazo especial, previsto no art. 1º, § 2º, a saber: “quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se-á pelo prazo previsto na lei penal”. Como não se tem notícia da propositura de ação penal contra o responsável acerca dos fatos de que se trata no presente processo, fica afastada essa possibilidade. Dessa forma, será considerado o prazo geral de cinco anos.

5.3. Na hipótese em exame, adotando-se como termo inicial para contagem da prescrição as balizas trazidas pela ADI 5509, tem-se que a fluência do prazo prescricional se inicia neste caso na data limite em que as contas deveriam ter sido entregues, 30/04/2015. Verifica-se que, apesar de haver fluído mais de cinco anos entre o marco inicial de contagem e a data da prolação da deliberação recorrida (31/03/2021), não ocorreu a prescrição quinquenal da Lei 9.873/1999, tendo em vista as causas interruptivas, mencionadas abaixo.

b) Prazo:

5.4. As causas interruptivas indicadas abaixo confirmam que a prescrição não ocorreu.

c) Interrupções por atos inequívocos de apuração dos fatos:

5.6. No regime da Lei 9.873/1999, a prescrição se interrompe “por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato” (art. 2º, II). Os exemplos típicos, no caso em exame, são:

a) em 07/04/2017, Relatório de TCE 147/2017 (peça 1, p. 58-63),

c) em 18/05/2017, Relatório de Auditoria 515/2017 (peça 1, p.72-74);

d) em 07/05/2018, citação do responsável (peças 7-8);

e) em 30/3/2021, prolação do acórdão recorrido (peça 47).

d) Da prescrição intercorrente:

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

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

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

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

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

5.14. Assim, caso o tribunal venha a adotar a sistemática da Lei 9.873/1999 para aferir a prescrição, convém avaliar, oportunamente, a possibilidade de ajustes na IN-TCU 71/2012, para que as tomadas de contas especiais encaminhadas ao tribunal contemplem informações sobre as interrupções ocorridas na fase interna do procedimento (como, por exemplo, declaração do órgão instaurador da TCE, de que o processo não ficou paralisado por mais de três anos, na forma do art. 1º, § 1º, da citada lei).

5.15. No caso, observa-se que o processo não ficou inativo por período superior a três anos.

6. Com esse adendo acerca da prescrição, manifesto-me de acordo com a proposta de encaminhamento do auditor-instrutor (peça 101), no sentido de conhecer deste recurso, para no mérito negar-lhe provimento.

3. O representante do MPTCU que oficiou nos autos manifestou-se em conformidade com a proposta da Serur, consoante parecer acostado à peça 104 e a seguir transcrito:

Examina-se recurso de reconsideração interposto por Omar Sousa Barbosa contra o Acórdão 5383/2021-1ª Câmara (peça 47), mediante o qual esta Corte julgou suas contas irregulares e condenou o responsável ao recolhimento da dívida aos cofres do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, bem como aplicou-lhe a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/92.

2. O presente processo foi instaurado pelo FNDE em razão da omissão no dever de prestar contas do emprego dos recursos repassados ao Município de Caatiba/BA no âmbito do Programa Nacional de Apoio ao Transporte Escolar – PNATE, nos exercícios de 2011 e 2012.

3. Da análise efetuada pela Serur (peça 101), constata-se que os argumentos apresentados na peça recursal não são suficientes para elidir as ocorrências apontadas nos autos e que fundamentaram a condenação imposta pelo Tribunal.

4. O Sr. Diretor, por sua vez, acompanhou as conclusões do auditor instrutor e aproveitou para fazer uma análise complementar a respeito do instituto da prescrição (peça 102).

5. Verifica-se, ainda, que o responsável não anexou documentos complementares que comprovassem o bom e regular emprego dos recursos repassados. Em vista disso, não há elementos nos autos capazes de alterar a deliberação recorrida.

6. Desse modo, considerando adequada a análise da unidade técnica, este representante do Ministério Público de Contas manifesta-se de acordo com a proposta de encaminhamento (peça 101), no sentido de que esta Corte conheça e negue provimento ao presente recurso de reconsideração, mantendo-se os exatos termos do Acórdão 5383/2021-1ª Câmara.

É o Relatório.