

PROCESSO ADMINISTRATIVO 677783

Órgão: Prefeitura Municipal de Engenheiro Caldas
Parte: Divino Jordão de Oliveira
Procuradores: Mauro Jorge de Paula Bonfim, OAB/MG 43.712; João Francisco da Silva, OAB/MG 49.364; Tarso Duarte de Tassis, OAB/MG 84.545
MPTC: Glaydson Santo Soprani Massaria
RELATOR: CONSELHEIRO SUBSTITUTO VICTOR MEYER

EMENTA

PROCESSO ADMINISTRATIVO. INSPEÇÃO ORDINÁRIA. PREFEITURA MUNICIPAL. CONVÊNIO. FUNDEF. PREJUDICIAL DE MÉRITO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. RECONHECIMENTO. MÉRITO. IRREGULARIDADE EM DESPESAS COM RECURSOS DO FUNDEF DESACOMPANHADAS DE COMPROVANTES LEGAIS. AUSÊNCIA DE EVIDÊNCIAS DE QUE TENHA HAVIDO BUSCA POR PARTE DO RESPONSÁVEL PARA OBTER SEM ÊXITO DOCUMENTOS QUE PUDESSEM ELIDIR A IRREGULARIDADE. IRREGULARIDADE DAS DESPESAS. DETERMINAÇÃO DE RESSARCIMENTO. ARQUIVAMENTO.

1. Conforme disposto no art. 118-A, parágrafo único, da Lei Orgânica deste Tribunal, os processos que tenham sido autuados até 15/12/2011 prescrevem quando ocorre a paralisação da tramitação processual do feito em um setor por mais de 5 (cinco) anos.
2. O reconhecimento da prescrição não inviabiliza, entretanto, a análise acerca da existência de eventual prejuízo aos cofres públicos, tendo em vista que, nos termos do § 5º do art. 37 da Constituição da República, as ações que visam ao ressarcimento ao erário são imprescritíveis.
3. Determina-se o ressarcimento por parte do responsável, em virtude da irregularidade das despesas com recursos do FUNDEF, desacompanhadas de comprovantes legais, em conformidade com a Resolução n. 13/13 deste Tribunal.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

23ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara – 8/8/2019

CONSELHEIRO SUBSTITUTO VICTOR MEYER:

I – RELATÓRIO

Trata-se de processo administrativo decorrente da conversão de inspeção ordinária realizada na Prefeitura Municipal de Engenheiro Caldas, com a finalidade de fiscalizar os atos de gestão municipais atinentes aos aspectos orçamentários, financeiros e patrimoniais do executivo no período compreendido entre janeiro de 1997 e dezembro de 2000, conforme consta à fl. 08.

Em seu relatório de inspeção, apresentado às fls. 08/540, a equipe inspetora concluiu, às fls. 35/41, pela ocorrência de diversas irregularidades.

Após autuado, o processo fora distribuído ao Conselheiro Eduardo Carone Costa (fl. 541), o qual determinou, à fl. 546, a conversão da inspeção em processo administrativo e, ato contínuo,

a citação do prefeito de Engenheiro Caldas à época para que, na forma do então vigente §1º do art. 229 do Regimento Interno, apresentasse suas alegações sobre os fatos descritos no relatório de inspeção.

Uma vez citado, o senhor Divino Jordão de Oliveira requereu a prorrogação de prazo, às fls. 550 e 555, tendo apresentado suas razões às fls. 563/567, alegando, em síntese, que as irregularidades apontadas pelo exame técnico não denotam a ocorrência de dano ao erário, nem dolo ou culpa do gestor.

Após longo decurso de tempo sem sofrer impulsos relevantes, os autos foram remetidos à Coordenadoria para Otimização da Análise de Processos – OTIMIZAR, a qual apresentou relatório, às fls. 579/581, concluindo pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva desse Tribunal, nos termos do art. 118-A da Lei complementar n. 102/2008, bem como pela “[...] impossibilidade de se proceder análise conclusiva acerca dos apontamentos”, de modo que, sob a sua ótica, “não há nos autos elementos suficientes que sejam capazes de atestar a ocorrência das referidas irregularidades ou viabilizar a quantificação de eventual prejuízo delas decorrente, conforme já narrado pela própria equipe técnica no termo de ocorrência de fl. 44.”.

Posteriormente, os autos foram encaminhados ao Ministério Público de Contas, que, em parecer de fls. 583/584v., ratificou o relatório apresentado pela unidade técnica, concluindo que “[...] inexistem elementos imprescindíveis para a imposição de ressarcimento de dano ao erário [...]” e que, portanto, “[...] o processo em tela deve ser extinto com resolução de mérito, uma vez que o poder punitivo do Tribunal de Contas do Estado encontra-se prescrito, nos termos do art. 110-E c/c art. 118-A da Lei Complementar n. 102/2008”.

Por fim, os autos foram redistribuídos à minha relatoria e encaminhados ao meu gabinete.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Quanto à pretensão punitiva - prejudicial de mérito

A Lei Orgânica do Tribunal dispõe, em seu artigo 110-B, que “a pretensão punitiva do Tribunal de Contas fica sujeita a prescrição, conforme o prazo fixado para cada situação”, tornando-se imperioso, portanto, apurar se o objeto dos presentes autos encontra-se fulminado pelo instituto prescricional.

Em suas manifestações, tanto a unidade técnica desta Casa quanto o Ministério Público de Contas opinaram pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva desta Corte, com fundamento no artigo 118-A, de sua Lei Orgânica.

Percebe-se, da análise dos autos, que nele são apuradas irregularidades que podem vir a ensejar, além da determinação de ressarcimento de eventual dano ao erário, a aplicação de multa ao responsável, conforme disposto nos arts. 85 e 86 da Lei Orgânica do Tribunal.

Todavia, para que esta Corte venha a exercer sua pretensão punitiva, devem ser observados, em prol da segurança jurídica, para os processos autuados até 15/12/2011, os prazos fixados no artigo 118-A do referido instrumento legal, bem como as causas interruptivas da prescrição fixadas no art.110-C, que assim dispõem:

Art. 118-A – Para os processos que tenham sido autuados até 15 de dezembro de 2011, adotar-se-ão os prazos prescricionais de:

I – cinco anos, contados da ocorrência do fato até a primeira causa interruptiva da prescrição;

II – oito anos, contados da ocorrência da primeira causa interruptiva da prescrição até a primeira decisão de mérito recorrível proferida no processo;

III – cinco anos, contados da prolação da primeira decisão de mérito recorrível até a prolação da decisão de mérito irrecorrível.

Parágrafo único – A pretensão punitiva do Tribunal de Contas para os processos a que se refere o caput prescreverá, também, quando a paralisação da tramitação processual do feito em um setor ultrapassar o período de cinco anos.

Art. 110-C – São causas interruptivas da prescrição:

I – despacho ou decisão que determinar a realização de inspeção cujo escopo abranja o ato passível de sanção a ser aplicada pelo Tribunal de Contas;

II – autuação de feito no Tribunal de Contas nos casos de prestação e tomada de contas;

III – autuação de feito no Tribunal de Contas em virtude de obrigação imposta por lei ou ato normativo;

IV – instauração de tomada de contas especial pelo Tribunal de Contas;

V – despacho que receber denúncia ou representação;

VI – citação válida;

VII – decisão de mérito recorrível.

Diante dos referidos dispositivos legais, conclui-se que o presente caso se amolda à hipótese de prescrição da pretensão punitiva descrita no parágrafo único do art. 118-A, da Lei Orgânica, uma vez que o trâmite do feito restou paralisado na unidade técnica desta Casa por período superior a cinco anos.

Em consulta ao “Histórico de Tramitação” do feito, disponível no Sistema de Gestão e Administração de Processos – SGAP, nota-se que, após ingressar na “CARPAM – DERAOP – DAE”, em 01/10/2003, o feito deixou as dependências das unidades técnicas desta Corte apenas em 01/09/2017, quando fora encaminhado ao Ministério Público de Contas, tendo ocorrido a prescrição, portanto, em 01/10/2008.

Desse modo, restando demonstrada a paralisação do feito em um mesmo setor por período muito superior a cinco anos, proponho, com fundamento no parágrafo único do art. 118-A, da Lei Orgânica, o reconhecimento, em prejudicial de mérito, da prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

De acordo.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Também de acordo.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Também de acordo.

ACOLHIDA.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO VICTOR MEYER:

Quanto à pretensão de ressarcimento - prejuízo ao exercício do contraditório

O reconhecimento da prescrição não inviabiliza, entretanto, a análise acerca da existência de eventual prejuízo aos cofres públicos, tendo em vista que, nos termos do § 5º do art. 37 da Constituição da República, as ações que visam ao ressarcimento do erário são imprescritíveis.

No presente caso, o exame técnico realizado em sede de inspeção ordinária, apontou a ocorrência de fatos que podem ensejar a determinação de ressarcimento em razão da ocorrência de dano ao erário, em especial os seguintes:

Impossibilidade de se identificar o uso e a aplicação devida dos recursos oriundos do FUNDEF, conforme apontado às fls. 37/39, eis que teriam sido “[...] transferidos em parte para contas de finalidades genéricas do município [...]” (fl. 44).

“Irregularidades no documento de empenho n. 2.288, com indicadores de desvio de finalidade de recursos públicos, no valor de R\$ 23.873,72, caracterizando desobediência aos princípios de administração pública, conforme art. 37 da Constituição Federal/88, às fls. 19/20”, eis que fora registrado “[...] saque direto no caixa bancário, no dia 07/10/1999, por meio do cheque n.000021, no valor do empenho – fls. 198”. (fl. 37).

Em sede de defesa, às fls. 563/567, o responsável não refutou ou apresentou maiores alegações quanto ao primeiro ponto, ao passo que, quanto à segunda irregularidade, relativa aos recursos do FUNDEF, afirmou que “[...] não há que falar-se em desvio de recursos do fundo, e sim incorreções em classificações contábeis, ou seja, falhas puramente sanáveis, uma vez que todos os recursos foram utilizados em ações de manutenção e desenvolvimento do ensino, não havendo desvio de finalidade”.

Posteriormente, conforme relatado, a unidade técnica, em sede de reexame, ressaltou, às fls. 579/581, “[...] a impossibilidade de se proceder análise conclusiva acerca dos apontamentos”, eis que “[...] não há nos autos elementos suficientes que sejam capazes de atestar a ocorrência das referidas irregularidades ou viabilizar a quantificação de eventual prejuízo delas decorrente [...]”, posicionamento este ratificado pelo Ministério Público de Contas, às fls. 583/584v.

Em que pese tais posicionamentos, entendo que as irregularidades apontadas no relatório da inspeção ordinária contêm indícios de graves condutas praticadas no seio da administração municipal.

É cediço que, dentre as condutas irregulares que podem caracterizar dano ao erário, encontram-se os saques, em espécie, de recursos das contas dos entes federativos e a transferência de valores de contas específicas para contas únicas do Tesouro ou para outras contas pertencentes aos entes, de modo que verbas que possuem destinação específica acabam se “misturando” aos demais recursos dos entes, criando-se óbices ao exercício correto das atividades de controle.

Destaque-se que tais condutas não estão em consonância com a legislação que rege a matéria em comento, eis que esta impõe aos administradores públicos a obrigação de identificar adequadamente os destinatários e a finalidade dos recursos que manejam, nos termos do preceito constitucional insculpido no parágrafo único do artigo 70, da Constituição da República, de 1988.

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. 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.

Ademais, frise-se que tal obrigação está insculpida também no Decreto-Lei n. 200/67, em seus artigos 93 e 74:

Art. 93. Quem quer que utilize dinheiros públicos terá de justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes.

Art. 74. Na realização da receita e da despesa pública será utilizada a via bancária, de acordo com as normas estabelecidas em regulamento.

[...]

§ 2º O pagamento de despesa, obedecidas as normas que regem a execução orçamentária (lei n. 4.320, de 17 de março de 1964), far-se-á mediante ordem bancária ou cheque nominativo, contabilizado pelo órgão competente e obrigatoriamente assinado pelo ordenador da despesa e pelo encarregado do setor financeiro. (destaque nosso)

Nesse mesmo sentido, nota-se que a Lei n. 4.320, datada de 1964, já impunha ao gestor a obrigação de observar as fases de empenho e liquidação, as quais são cruciais para reserva escritural do valor a ser despendido e consequente comprovação da perfeita identificação do gasto realizado e de seu destinatário.

Art. 58. O empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição.

Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§ 1º Essa verificação tem por fim apurar:

I - a origem e o objeto do que se deve pagar;

II - a importância exata a pagar;

III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.

§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo;

II - a nota de empenho;

III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

Art. 93. Todas as operações de que resultem débitos e créditos de natureza financeira, não compreendidas na execução orçamentária, serão também objeto de registro, individualização e controle contábil.

Nota-se, portanto, que o referido escopo legal evidencia que o legislador, há tempos, preocupava-se em estabelecer mecanismos para a correta identificação e rastreamento dos caminhos trilhados pelas verbas públicas, destacando-se que não há, nas normas, qualquer permissão dada à realização de saques em espécie ou para que recursos vinculados a finalidades específicas venham a ser transferidos para contas genéricas que não sirvam única e estritamente ao fim específico que foram designadas. Pelo contrário, nota-se a clara intenção de se exigir que seja comprovada a aplicação dos recursos no objeto que justificara os repasses recebidos pelos entes.

Na esteira de tal raciocínio, soma-se a regra prevista na Instrução Normativa STN n. 01/97, a qual, dispondo sobre convênios, fixa a exigência de que a movimentação de recursos seja realizada mediante cheque nominativo ao credor e de ordem bancária, bem como prevê a necessidade de manutenção dos valores em contas bancárias específicas:

Art. 20. Os recursos serão mantidos em conta bancária específica, somente sendo permitidos saques para o pagamento de despesas previstas no Plano de Trabalho, mediante cheque nominativo ao credor ou ordem bancária, ou para aplicação no mercado financeiro.

Nesse mesmo sentido, saliente-se o disposto na revogada lei n. 9424/96, que, vigente à época dos fatos, regulamentava o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – FUNDEF, prevendo, em seu artigo 3º, a obrigação do uso de contas específicas para o manejo dos recursos destinados para tais finalidades:

Art. 3º Os recursos do Fundo previstos no art. 1º serão repassados, automaticamente, para contas únicas e específicas dos Governos Estaduais, do Distrito Federal e dos Municípios, vinculadas ao Fundo, instituídas para esse fim e mantidas na instituição financeira de que trata o art. 93 da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. (Vide Medida Provisória n. 339, de 2006). (Revogado pela Lei n. 11.494, de 2007)

§ 1º Os repasses ao Fundo, provenientes das participações a que se refere o art. 159, inciso I, alíneas a e b, e inciso II, da Constituição Federal, constarão dos orçamentos da União, dos Estados e do Distrito Federal, e serão creditados pela União em favor dos Governos Estaduais, do Distrito Federal e dos Municípios, nas contas específicas a que se refere este artigo, respeitados os critérios e as finalidades estabelecidas no art. 2º, observados os mesmos prazos, procedimentos e forma de divulgação adotados para o repasse do restante destas transferências constitucionais em favor desses governos.

Destaque-se que o artigo 17 da Lei n. 11.494/07, norma revogadora do artigo supracitado, manteve a referida linha de raciocínio ora exposta, prevendo o seguinte:

Art. 17. Os recursos dos Fundos, provenientes da União, dos Estados e do Distrito Federal, serão repassados automaticamente para contas únicas e específicas dos Governos Estaduais, do Distrito Federal e dos Municípios, vinculadas ao respectivo Fundo, instituídas para esse fim e mantidas na instituição financeira de que trata o art. 16 desta Lei. (destaque nosso)

Diante do vasto escopo legislativo apresentado é possível concluir, portanto, que, ao transferir recursos oriundos do FUNDEF para contas de finalidades genéricas do município, tal como afirmado pelos técnicos desta Corte de Contas, à fl. 44, o gestor municipal teria impedido o controle e a correta identificação do uso e da aplicação dos recursos na finalidade específica para a qual estavam destinados.

Entretanto, compulsando os autos, nota-se que o relatório de inspeção ordinária, em que pese afirmar, à fl. 44, que “os recursos recebidos do FUNDEF não foram gastos somente com despesas do ensino fundamental, tendo sido transferidos em parte para contas de finalidades genéricas do município, impossibilitando a identificação das despesas efetuadas com estes recursos”, não aponta elementos que permitam caracterizar adequadamente a irregularidade e o exercício adequado do contraditório, como, por exemplo, quais os valores e datas das retiradas da conta do Fundef e para quais contas tais recursos foram remetidos.

Sendo assim, entendo que a instrução dos autos não é suficiente para caracterizar dano ao erário, nos termos do que fora pontuado pela unidade técnica, à fl. 580, e pelo Ministério Público de Contas, às fls. 583/584v.

Ademais, a reabertura da instrução do processo para apuração de tais fatos após o decurso de mais de 19 anos dos fatos, apresentar-se-ia como medida extemporânea, intempestiva e

indevida, sob a luz dos princípios constitucionais da razoável duração do processo, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Há, por outro lado, presunção de dano ao erário suficientemente caracterizada no que se refere à ocorrência apontada no item 3.1 do relatório técnico de inspeção, às fls. 19/20, a qual indica “Irregularidades no documento de empenho n. 2.288, com indicadores de desvio de finalidade de recursos públicos, no valor de R\$ 23.873,72 [...]” (fl.37).

Em seu relatório de inspeção, às fls. 19/20, o órgão técnico constatou:

O empenho n. 2.288, data 07/10/99, em favor da Secretaria de Estado da Educação, no valor de R\$ 23.873,72, fls. 197/198, apresentou as irregularidades, a saber:

- Descumprimento do estágio de liquidação da despesa, com falta de assinatura e data;
- Falta de comprovação hábil para o estágio quitação – à nota de empenho, foi anexada apenas cópia do extrato;

O histórico menciona devolução de saldo do convênio FUNDEF. O extrato da conta bancária 1882-6, do BEMGE, destinada a pagamento de funcionários da Educação, registrou saque direto no caixa bancário, no dia 07/10/1999, por meio do cheque n. 000021, no valor do empenho – fls. 198.

Dessa forma, o fato envolvendo o empenho 2.288 apresentou indicadores de desfalque nos recursos públicos, no valor de R\$ 23.873,72, caracterizando desobediência aos princípios de administração pública, dispostos no art. 37 da Constituição Federal.

Em consulta aos autos, é possível constatar que a nota de empenho juntada à fl. 197 demonstra que o pagamento do montante de R\$ 23.873,72 fora realizado em 07/10/1999, estando vinculado à conta n. 1822-6 do Banco BEMGE (destinada a pagamento da folha de pessoal), conforme consta na parte inferior do documento que materializa a primeira etapa da realização das despesas.

O extrato consolidado da referida conta bancária, juntado à fl. 198 dos autos, indica, conforme apontado pelo órgão técnico, que o exato valor supracitado fora sacado, diretamente no caixa, na mesma data de quitação informada na nota de empenho (07/10/1999), fato que, por sua vez, sugere possível violação às normas de natureza financeira, orçamentária, operacional e patrimonial que regem o ordenamento Administrativo-Financeiro brasileiro.

O saque em espécie, em regra, caracteriza irregularidade e obsta a verificação do nexo entre os recursos desembolsados e a concretização do objeto relacionado na nota de empenho, configurando presunção de dano ao erário, ressalvadas situações específicas em que essa prática se justifique – por exemplo, para pagamentos de pequenos valores a diversas pessoas físicas cujo acesso a agências bancárias é dificultoso ou outras situações em seja possível estabelecer o nexo a partir das evidências trazidas aos autos.

No caso em tela, não se vislumbra justificativa para a prática, pois a finalidade indicada na nota de empenho para o referido desembolso constou como “devolução de saldo” (fls. 197), sugerindo que se tratou da restituição do valor em questão da conta de pagamento de funcionários para a conta original do Fundef, o que poderia – e deveria – ter sido efetuado mediante transferência bancária.

Por outro lado, para que, neste processo, o responsável pudesse afastar a presunção de dano ao erário, seria necessário demonstrar que os recursos sacados em espécie foram efetivamente depositados de volta na conta do Fundef.

Passados quase vinte anos desde os fatos (a despesa é de outubro de 1999), parece inviável tal demonstração, até porque, possivelmente, a instituição financeira não está mais obrigada a

manter os extratos bancários, tendo em vista o decurso do prazo prescricional máximo previsto no Código Civil (art. 205 c/c art. 2.028). Consequentemente, pode-se considerar prejudicado o exercício do contraditório em sede recursal, no caso de condenação pela irregularidade em questão.

Importante frisar que o prejuízo ao contraditório, neste caso, decorreu da inércia injustificada do próprio Tribunal, pois os autos permaneceram no órgão técnico por mais de treze anos sem andamento (de 30/09/2003 à 01/09/2017), conforme consta no Sistema de Gestão e Administração de Processos (SGAP), tendo o feito sido autuado há quase dezoito anos.

Saliente-se que, ao se deparar com casos análogos, esta Corte consolidou jurisprudência no sentido de reconhecer que o extenso lapso temporal transcorrido desde a ocorrência dos fatos é capaz de prejudicar a ampla defesa o contraditório material, inclusive em fase recursal, podendo ensejar, assim, o encerramento do processo sem resolução de mérito. Vejamos:

PROCESSO ADMINISTRATIVO. PREFEITURA. PREJUDICIAL DE MÉRITO. PRESCRIÇÃO. RECONHECIMENTO. MÉRITO. IRREGULARIDADES PASSÍVEIS DE CONFIGURAÇÃO DE DANO AO ERÁRIO. EXTENSO LAPSO TEMPORAL. PREJUDICADA A ANÁLISE MERITÓRIA. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO. ARQUIVAMENTO DOS AUTOS SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

1 – Configura-se a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal, nos moldes estabelecidos no art. 118-A, II c/c art. 110-C, I, ambos da LC n. 102/08, o transcurso de prazo superior a oito anos, contado da primeira causa interruptiva da prescrição, sem a prolação de decisão de mérito recorrível.

2 – Passados mais de 20 (vinte) anos da ocorrência dos fatos, sem que este Tribunal tenha realizado o julgamento, compromete-se a aplicação do princípio da eficiência, previsto no caput do art. 37 da Constituição da República, que impõe a esta Corte de Contas o dever de desempenhar sua função fiscalizatória com presteza, economicidade e celeridade.

3 – Determina-se o arquivamento dos autos, sem resolução do mérito, com fulcro no art. 176, inciso III, do Regimento Interno, uma vez que a análise meritória atinente às irregularidades passíveis de dano para se imputar débito aos responsáveis e seus herdeiros encontra-se prejudicada, e haja vista a ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo.

(Natureza: Processo Administrativo n. 488168; Primeira Câmara; Relator: Conselheiro-Substituto Licurgo Mourão; Sessão: 26/06/2018);

PROCESSO ADMINISTRATIVO. CÂMARA MUNICIPAL. AUDITORIA. PREJUDICIAL DE MÉRITO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DESTES TRIBUNAL. RECONHECIMENTO. CONSTATAÇÃO DE COISA JULGADA. MÉRITO. AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEL. VALORES NÃO SIGNIFICATIVOS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PAGAMENTO IMOTIVADO. ASSESSORIA JURÍDICA. AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE, RELEVÂNCIA, OPORTUNIDADE E RISCO. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.

1. Prescreve em cinco anos a pretensão punitiva deste Tribunal nos casos em que a tramitação dos autos permanece paralisada em um mesmo setor, nos termos do parágrafo único do art. 118-A da Lei Orgânica deste Tribunal.

2. Nos termos do inciso II do art. 118-A c/c o art. 110-C, I, ambos da referida Lei Orgânica, prescreve a pretensão punitiva deste Tribunal em razão do transcurso de lapso temporal superior a oito anos desde a primeira causa interruptiva da prescrição até a primeira decisão de mérito recorrível proferida no processo.

3. São imprescritíveis as ações que versem sobre ressarcimento de prejuízos causados por ilícitos praticados por agentes públicos no âmbito dos Tribunais de Contas, nos termos do § 5º do art. 37 da Constituição da República e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte de Contas.

4. A pequena monta dos valores a restituir apurados nos autos autoriza a aplicação do princípio da insignificância, consolidada no âmbito deste Tribunal de Contas, o que afasta o apontamento relativo à existência de dano ao erário.

5. Em respeito aos critérios de oportunidade, materialidade, relevância e risco, que devem orientar a atividade de controle externo, consoante previsto no parágrafo único do artigo 226 da Resolução n. 12/2008, e em observância aos princípios administrativos da racionalidade administrativa e da economia processual, passados quase 20 anos desde a ocorrência dos fatos, não é mais pertinente a realização de diligências ou outras ações de controle. Deve-se, assim, extinguir o processo, sem resolução do mérito, por ausência de pressupostos de seu desenvolvimento válido e regular.

(Natureza: Processo Administrativo n. 681440; Primeira Câmara; Relator: Conselheiro-Substituto Adonias Monteiro; Sessão: 04/06/2019);

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO. PREJUDICIAL DE MÉRITO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DESTES TRIBUNAL. RECONHECIMENTO. COMPRA DE AMBULÂNCIA. INCERTEZA SOBRE A EFETIVA EXECUÇÃO DO OBJETO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE, RELEVÂNCIA, OPORTUNIDADE E RISCO. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. ARQUIVAMENTO.

1. Constatado que transcorreram mais de 8 (oito) anos contados da primeira causa interruptiva até a primeira decisão de mérito recorrível, bem como o decurso de mais de 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato até a primeira causa interruptiva da prescrição, impõe-se o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal, nos termos dos incisos I e II do art. 118-A c/c o art. 110-C, inciso II, ambos da Lei Orgânica deste Tribunal.

2. Em respeito aos critérios de oportunidade, materialidade, relevância e risco, previstos no art. 226 do Regimento Interno e em conformidade com os princípios da razoável duração do processo, da ampla defesa e do contraditório, positivados no art. 5º da CR/88, transcorridos 23 (vinte e três) anos desde a ocorrência dos fatos não é mais pertinente a continuidade das ações de fiscalização. Deve-se, assim, extinguir o processo, sem resolução de mérito, por ausência de pressupostos de seu desenvolvimento válido e regular, nos termos do art. 485, IV, do Código de Processo Civil c/c o art. 176, inciso III, do Regimento Interno.

3. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito, diante do falecimento do responsável antes de efetivada sua citação, não havendo débito a ser estendido aos sucessores/herdeiros, à luz dos princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da razoabilidade.

(Natureza: Tomada de Contas Especial n. 771455; Primeira Câmara; Relator: Conselheiro-Substituto Adonias Monteiro; Sessão: 04/06/2019);

RECURSO ORDINÁRIO. PRELIMINAR. ADMISSIBILIDADE. CONHECIDO. PREJUDICIAL DE MÉRITO. PRESCRIÇÃO DE DANO. NÃO ACOLHIMENTO. MÉRITO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DOS SUCESSORES. VIOLAÇÃO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. NULIDADE PARCIAL DO ACÓRDÃO RECORRIDO. LARGO DECURSO TEMPORAL. IMPOSSIBILIDADE MATERIAL DE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO PRINCIPAL SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

1. Em que pese o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal, não é possível a aplicação deste instituto com relação à pretensão ressarcitória de dano, por força do disposto no § 5º do art. 37 da Constituição da República de 1988.

2. As garantias da ampla defesa e do contraditório têm índole constitucional (art. 5º, inciso LV, da CR/88) e visam assegurar a efetividade de um princípio maior, qual seja, do devido processo legal, o qual deve orientar todo e qualquer processo administrativo ou judicial em um Estado Democrático de Direito, por ser um instrumento jurídico protetor das liberdades públicas.

3. Diante do fato de a obrigação de ressarcimento ao erário ser transmissível aos sucessores, ao deixar de citá-los previamente à decisão, violam-se garantias que deveriam ter sido materializadas, devendo ser reconhecida a nulidade de parte do acórdão impugnado.

4. Prejudicados o contraditório e a ampla defesa dos sucessores em razão do decurso do tempo, afigura-se materialmente impossível qualquer tipo de instrução probatória, não sendo razoável, em observância os princípios constitucionais da economicidade, celeridade processual e razoável duração do processo, retornar os autos ao relator do processo principal para que assim delibere, devendo o processo ser extinto sem resolução do mérito.

(Natureza: Recurso Ordinário n. 997658; Tribunal Pleno; Relator: Conselheiro Mauri Torres; Sessão: 12/12/2019)

Nesse sentido, tendo em vista a paralisação do feito por mais de 13 (treze) anos, bem como o decurso de mais de 19 (dezenove) anos desde a ocorrência dos fatos sem que este Tribunal tenha realizado o julgamento, proponho, nos termos do art. 71, § 3º, da Lei Orgânica do Tribunal e do art. 176, inciso III, do Regimento Interno, a extinção do processo sem resolução de mérito, haja vista o prejuízo ao exercício do contraditório, ainda que em sede recursal

III – CONCLUSÃO

Em razão do exposto, restando prejudicada a ampla defesa e o contraditório material dos responsáveis, em razão da paralisação do feito nesta Casa por mais de 13 anos e pelo decurso de mais de 19 anos desde a ocorrência dos fatos apurados, proponho, em consonância com a jurisprudência desta Corte de Contas, a extinção do processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 71, § 3º, da Lei Orgânica do Tribunal e do art. 176, inciso III, do Regimento Interno.

Cumpridas as medidas legais cabíveis, arquivem-se os autos.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Peço vista.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

VISTA CONCEDIDA AO CONSELHEIRO CLÁUDIO TERRÃO.

(PRESENTE À SESSÃO O SUBPROCURADOR-GERAL MARCÍLIO BARENCO CORRÊA DE MELLO.)

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

31ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara – 10/10/2019

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de processo administrativo decorrente de inspeção ordinária realizada na Prefeitura Municipal de Engenheiro Caldas, entre 01/01/97 e 31/12/00, com a finalidade de fiscalizar os atos de gestão do executivo municipal sob os aspectos orçamentário, financeiro e patrimonial.

Na sessão do dia 08/08/19, o relator, conselheiro substituto Victor Meyer, apresentou proposta de voto, reconhecendo a prescrição da pretensão punitiva desta Corte quanto às irregularidades passíveis de multa, com fulcro no parágrafo único do art. 118-A da Lei Complementar n. 102/08, e julgando, quanto ao mérito (fls. 586/590v):

Em razão do exposto, restando prejudicada a ampla defesa e o contraditório material dos responsáveis, em razão da paralisação do feito nesta Casa por mais de 13 anos e pelo decurso de mais de 19 anos desde a ocorrência dos fatos apurados, proponho, em consonância com a jurisprudência desta Corte de Contas, a extinção do processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 71, § 3º, da Lei Orgânica do Tribunal e do art. 176, III, do Regimento Interno.

Cumpridas as medidas legais cabíveis, arquivem-se os autos.

Em seguida, pedi vista do processo.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Conforme narrado, o relator propõe a extinção do processo, sem resolução de mérito, por entender que o decurso de mais de 19 (dezenove) anos após a ocorrência dos fatos, sem que este Tribunal tenha realizado o julgamento do feito, ensejou presumível prejuízo ao direito ao contraditório e à ampla defesa em grau recursal.

Em sua proposta de voto, o relator fundamentou esse posicionamento em decisões da Primeira Câmara deste Tribunal, que vinham decidindo pelo arquivamento de processos muito antigos, em que não havia elementos para a configuração do dano ao erário, por entender que, nesses casos, o princípio do devido processo legal, consagrado no art. 5º, inciso LIV, da CF/88, preponderaria sobre a imprescritibilidade do art. 37, § 5º¹.

Nessas decisões, para justificar a opção pelo arquivamento da ação de controle, argumentava-se que, embora relevante o interesse público no ressarcimento, o direito fundamental ao devido processo legal é parte do conjunto de normas constitucionais aos quais a doutrina e jurisprudência vêm atribuindo “superioridade axiológica”:

(...)

Apesar de a hermenêutica jurídica conferir igualdade hierárquica formal às normas constitucionais, é corrente na doutrina e na jurisprudência que determinados **enunciados são dotados de “superioridade axiológica” quando comparados com outros**. O próprio texto constitucional destacou um conjunto de normas que considerou fundamentais, ao instituir, no § 1º do art. 102, a arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF, regulamentada pela Lei n. 9.882/99.

¹ Prestação de Contas Municipal n. 9779, sessão de 09/5/2017; Processo Administrativo n. 613.262, sessão de 31/10/16; Prestação de Contas Municipal n. 480364, sessão de 15/12/2015.

A despeito da ausência de definição expressa, seja na Constituição, seja na sobredita lei, acerca de quais sejam os direitos abarcados pelo ADPF, e apesar de existirem diferentes correntes doutrinárias a respeito do tema, **é ponto convergente entre os estudiosos que figuram como fundamentais os preceitos relacionados com os direitos fundamentais, previstos no Título II da Constituição, dentre os quais está inserido o devido processo legal.**

(...)

Convém destacar que, perante um conflito de normas constitucionais, **o STF tem privilegiado e emergido a papel de destaque os direitos fundamentais da pessoa humana.** Merecem registro, a título de exemplo, a precedência do mínimo existencial diante de outros interesses, a vedação do uso abusivo de algemas e o fornecimento gratuito de medicamentos fora das hipóteses previstas na normatização própria.

Destarte, **adotar como critério para a ponderação a supremacia das normas que diretamente promovem os direitos fundamentais, dentre os quais se incluem a ampla defesa e a razoável duração do processo, é medida que se justifica na Constituição da República,** que fez clara opção material pela centralidade da dignidade da pessoa humana e, por consequência, dos direitos fundamentais.

(...)²

Trata-se de aplicação de técnica hermenêutica de ponderação, que faz um juízo da ofensividade às normas constitucionais resultante das possíveis decisões e opta por aquela que cause menor lesão aos princípios constitucionais, garantindo maior força normativa para a CF/88. Por ponderar entre resoluções para fatos postos, a solução materializada é indissociável da análise dos elementos do caso concreto, não podendo ser transposta sem a constatação da identidade das circunstâncias e nem ser aplicada de forma generalizada.

Nas primeiras decisões desta Corte em que se adotou essa técnica, como no voto do Processo Administrativo n. 30.127, julgado em 30/11/15, a Primeira Câmara decidiu que as modificações do entendimento sobre a composição e a forma de reajuste da remuneração dos agentes políticos e o longo decurso do tempo, antes mesmo da citação do responsável, causara irreparável prejuízo à apuração dos fatos e à garantia do devido processo legal.

Saliente-se que o aspecto do contraditório em discussão nessa ponderação é aquele chamado pela doutrina de “contraditório substancial”, ou seja, a possibilidade de o responsável efetivamente influenciar a decisão do Poder Público com sua defesa, o que implica fornecer instrumentos e oportunidade de manifestação ao defendente em tempo hábil. Dito de outro modo, ponderou-se que o efeito do tempo antes de qualquer citação, somado às controvérsias de fato e de direito, constituíram ofensa ao contraditório substancial e à ampla defesa dos gestores, pesando em favor da flexibilização da imprescritibilidade da pretensão ressarcitória do Estado naquele caso específico.

No caso dos autos, primeiramente, quanto ao apontamento de que não foi possível identificar o uso e a aplicação dos recursos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – FUNDEF entre 1999 e 2000 (fl. 44), nota-se, conforme defendido pelo MPC (fls. 583/584v) e pela Unidade Técnica (fls. 579/581), a ausência de elementos mínimos para quantificar possíveis danos decorrentes de desvios desses recursos que, caso quantificados em nova fase instrutória, demandariam nova citação do responsável o que, de fato, após 19 (dezenove) anos, resultaria em prejuízo ao contraditório substancial.

² Processo Administrativo n. 30.127, julgado em sessão do dia 30/11/15, de minha relatoria.

Entretanto, quanto à ausência de comprovantes legais para a despesa da Nota de Empenho n. 2.288/99 (fls. 197/198), os documentos juntados pela equipe de inspeção foram suficientes para configurar a irregularidade e o reexame realizado pela Unidade Técnica, 16 (dezesseis) anos após a defesa, não trouxe qualquer inovação prejudicial aos apontamentos iniciais. Nota-se também que a configuração de dano pela ausência de documentos atestando a cumprimento da fase da liquidação da despesa não constitui uma questão controversa na jurisprudência dessa Corte nem foi objeto de alteração nos últimos anos.

Ademais, observa-se que, apesar do longo transcurso de tempo desde a data dos fatos, mais de 19 (dezenove) anos, no momento em que o responsável foi citado para apresentar defesa, contavam-se apenas 4 (quatro) anos dos fatos. Logo, ainda que se reconheça a dificuldade de buscar elementos para apurar tais fatos hoje, quando o responsável apresentou sua manifestação, há 16 (dezesseis) anos, não havia qualquer empecilho.

Ainda assim, o responsável se limitou a argumentar que os indícios de desvios foram meras incorreções nas classificações contábeis (fl. 566), não tendo, em sua defesa, apresentado a documentação necessária à comprovação da regular aplicação do recurso.

Nessas circunstâncias, diferentemente das decisões mencionadas, constata-se que, quanto à despesa descrita na Nota de Empenho n. 2.288/99, não houve controvérsia relevante nem de fato nem de direito sobre as irregularidades apontadas e que o empecilho ao exercício do contraditório substancial, levantado pelo relator, não constituía obstáculo no momento em que o responsável fora citado, de forma que a garantia foi respeitada em momento oportuno.

Quanto ao possível prejuízo que o decurso de tempo poderia causar ao contraditório e à ampla defesa em grau recursal, lembra-se que o duplo grau de jurisdição não tem status constitucional, pois não consta no rol do art. 5º da CF/88, nem é um pressuposto do devido processo legal na seara administrativa.

Sobre o tema, o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) já reconheceu em mandado de segurança que não há garantia ao duplo grau de jurisdição na seara administrativa:

Agravo regimental em mandado de segurança. Decisão do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) em procedimento de controle administrativo. Revogação da decisão mediante a qual o Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça do Estado do Ceará reformou decisão do Procurador-Geral de Justiça em que ele indeferira pagamento de gratificação a servidores do órgão. Incompetência do CNMP ou do Colégio de Procuradores para rever ou modificar atos de natureza discricionária do Procurador-Geral, no âmbito de seu dever-poder de gestão e administração de sua unidade ministerial, que não desbordem os limites da legalidade, da proporcionalidade e da moralidade. Inexistência de duplo grau de jurisdição na seara administrativa. Precedentes. Ausência de previsão legal de recurso para a hipótese na legislação pertinente ao caso. Agravo regimental não provido. 1. Não compete ao CNMP ou ao Colégio de Procuradores de Justiça “revisar ato do Procurador-Geral, no âmbito de seu dever-poder de gestão e administração de sua unidade ministerial, que não desborde os limites da legalidade, proporcionalidade e moralidade”. 2. **Inexistência de garantia constitucional ao duplo grau de jurisdição na seara administrativa. Precedentes. Não há obrigatoriedade de previsão de recurso administrativo para revisão de decisão de autoridade, máxime quando se trata de decisão prolatada no exercício de competência discricionária e exclusiva do agente público.** 3. Não há previsão de recurso administrativo para a hipótese na Lei Complementar

n. 72/08, que institui a Lei Orgânica e o Estatuto do Ministério Público do Estado do Ceará.

4. Agravo regimental não provido.³ (Grifo nosso)

Além de não ser indispensável para a regularidade do processo administrativo, como o duplo grau de jurisdição não integra o conjunto de normas constitucionais aos quais a doutrina e jurisprudência vêm atribuindo “superioridade axiológica”, esse princípio não poderá ter o mesmo peso de outras garantias na aplicação da técnica de ponderação aqui analisada.

Diante disso, impõe-se a análise do mérito das irregularidades que fundamentaram a pretensão ressarcitória.

Consoante manifestado na proposta de voto do relator, o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal não representa, *prima facie*, óbice à pretensão ressarcitória, uma vez que, nos termos do § 5º do art. 37 da Constituição da República, as ações que visam ao ressarcimento do erário são imprescritíveis.

De fato, o STF, a partir do julgamento paradigmático do Mandado de Segurança n. 26.210, fixou o entendimento de que a regra estabelecida pela parte final de mencionado dispositivo constitucional conduziria à imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário⁴.

Recentemente, no julgamento do Recurso Extraordinário - RE n. 669.069, em 03/02/16, foi dada nova hermenêutica ao §5º do art. 37 da Constituição da República, tendo sido fixada a tese de repercussão geral (Tema n. 666) no sentido de que seria “prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”. O conceito de ilícito civil, para fins da prescritibilidade em comento, dar-se-ia de forma residual, ou seja, apenas para aquilo que não fosse ilícito penal ou improbidade administrativa. Em outras palavras, “a imprescritibilidade prevista no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilegalidades tipificadas como de improbidade administrativa e como ilícitos penais”⁵.

Posteriormente, o STF procedeu a uma interpretação ainda mais restritiva da matéria, fixando, no julgamento do RE n. 852.475, nova tese de repercussão geral (Tema n. 897), qual seja, a de que “são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”.

Dessa forma, tem-se, atualmente, o entendimento de que a imprescritibilidade de que trata o art. 37, § 5º, da Constituição da República, somente atinge as ações de ressarcimento de danos causados por atos de improbidade administrativa dolosos e ilícitos penais⁶. A *ratio decidendi* da nova orientação jurisprudencial do STF, extraível do inteiro teor dos acórdãos do RE n. 669.069 e do RE n. 852.475, fundamenta-se na consideração de que, no sistema constitucional pátrio, a prescritibilidade das pretensões patrimoniais é a regra, somente devendo ceder em face de valores superiores, de estatura constitucional. Daí a necessidade de, ponderando sobre o

³ MS 34472 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/10/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-245 DIVULG 25-10-2017 PUBLIC 26-10-2017.

⁴ MS 26210 / DF – Mandado de Segurança. Tribunal Pleno: Min. Rel. Ricardo Lewandowski, Julgamento: 04/09/2008, Publicação: 10/10/2008. No processo subjetivo, decidiu-se pela legalidade de acórdão do Tribunal de Contas da União que determinou a estudante beneficiário de bolsa de estudos que restituisse os valores recebidos, em razão do descumprimento da obrigação de retornar ao Brasil após a conclusão dos estudos.

⁵ AI 481650 AgR-ED-ED – Agravo Interno. Segunda Turma: Min. Rel. Ricardo Lewandowski, Julgamento: 21/08/2017, Publicação: 31/08/2017.

⁶ Registra-se, ainda, que o Tema n. 899 da Repercussão Geral (“Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”) encontra-se pendente de julgamento. O litígio subjetivo diz respeito à possibilidade de decretação da prescrição intercorrente em execução judicial de título proveniente de deliberação do Tribunal de Contas da União que determinou o ressarcimento ao erário.

conflito entre o direito de defesa e a segurança jurídica, de um lado, e a tutela do patrimônio público, de outro, entender que apenas as condutas mais graves, como os atos de improbidade dolosos e os delitos penais, submetem-se à regra excepcional da imprescritibilidade.

Volvendo-se ao presente caso, percebe-se a ocorrência da hipótese de imprescritibilidade, senão vejamos.

A equipe de inspeção apontou em seu relatório (fls. 19/20), como irregularidade passível de ensejar dano ao erário, a não comprovação da aplicação de valor sacado em espécie (fls. 197/198), no montante de R\$23.873,72 (vinte e três mil oitocentos e setenta e três reais e setenta e dois centavos), oriundo do FUNDEF.

Em sede de defesa, o responsável afirmou não ser o caso de desvio de finalidade dos recursos do FUNDEF, mas de incorreções em classificações contábeis (fl. 566).

Em reexame de fls. 579/581, a Unidade Técnica entendeu não haver elementos suficientes para caracterizar a irregularidade ou para viabilizar a quantificação do dano, de forma que opinou pelo arquivamento do processo diante da ausência de pressuposto para desenvolvimento válido e regular do processo.

O Ministério Público de Contas (MPC), por sua vez, acompanhou as conclusões do Órgão Técnico (fls. 582/584v).

Inicialmente, cumpre reproduzir o teor da Súmula TCEMG n. 93, editada em 15/8/92, e, ainda, vigente com pequenas alterações de redação:

As despesas públicas que não se fizerem acompanhar de nota de empenho, de nota fiscal quitada ou documento equivalente de quitação são irregulares e poderão ensejar a responsabilização do gestor.

A nota fiscal ou o documento equivalente comprovam a conclusão da liquidação, segundo estágio de realização da despesa previsto na Lei n. 4.320/64. Se no empenho reservam-se recursos para garantir o pagamento do credor, na liquidação ocorre “a verificação do direito adquirido pelo credor mediante o exame dos documentos e títulos comprobatórios do respectivo crédito”⁷.

A liquidação é o reconhecimento de que o contratado cumpriu o objeto pactuado, surgindo assim a obrigação de pagar para a Administração Pública.

Particularmente sobre o presente caso, considerando que se trata de recursos oriundos do FUNDEF, além das exigências gerais sobre a liquidação, a regularidade na aplicação desses valores depende de sua destinação às finalidades específicas de manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental público e valorização de seu Magistério, conforme art. 2º da Lei n. 9.424/96.

Compulsando os autos, observa-se, no extrato consolidado da conta específica do fundo, Conta de n. 1822-6 (fl. 198), que o valor de R\$23.873,72 (vinte e três mil oitocentos e setenta e três reais e setenta e dois centavos) foi sacado em espécie por meio do Cheque n. 000021 sem qualquer especificação sobre sua destinação. A única informação disponível é o histórico da Nota de Empenho n. 2.288/99, em que consta “devolução de saldo de convênio do FUNDEF” (fl. 197).

Assim, afere-se que não há qualquer documento pertinente ao estágio da liquidação dessas despesas.

⁷ FURTADO, José de Ribamar Caldas. Elementos de Direito Financeiro. 2ª ed. Belo Horizonte: ed. Fórum. 2010. p. 196.

Pertinente rememorar que, inicialmente, a equipe de inspeção apurou várias inconsistências nos comprovantes de despesas referentes aos gastos dos exercícios de 1999 e 2000 desse fundo, relatando inclusive que “os recursos recebidos do FUNDEF não foram gastos somente com despesas de ensino fundamental (...)” (fl. 44). Nesse contexto, a não comprovação da liquidação de despesas vinculadas à educação fundamental constitui grave irregularidade e enseja dano ao erário.

Sobre a responsabilidade do gestor, observa-se que, embora o art. 69, § 5º, Lei Federal n. 9.394/96 estabeleça que o órgão responsável pela educação deve ser o gestor dos recursos desse serviço, a despesa em questão foi ordenada diretamente pelo Senhor Divino Jordão de Oliveira (fl. 197), prefeito municipal à época, de modo que a ele cabe o ressarcimento do dano configurado.

Ademais, observa-se que tal conduta configura ato de improbidade administrativa, tipificado pelo art. 11, II, da Lei n. 8.429/92:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

De fato, a realização de despesas desacompanhadas de comprovante legal configura o ato descrito no inciso II do art. 11, segundo o qual é ato de improbidade deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício.

Como ordenador de despesas públicas, o responsável deve atender às formalidades previstas na Lei Federal n. 4.320/64, dentre as quais se inclui a precedência da liquidação à ordem de pagamento (art. 62). Ao deixar de fazê-lo, incorre na conduta do inciso II do art. 11.

Convém lembrar que no presente caso, o ônus de demonstrar a regularidade dos atos de gestão incumbe ao gestor, conforme entendimento amplamente pacificado neste Tribunal⁸.

Nota-se, ainda, que restou igualmente caracterizado o dolo do responsável em praticar as condutas típicas. Nesse ponto, é de se destacar que, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “o dolo que se exige para a configuração de improbidade administrativa é

⁸ TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO. PREJUDICIAL DE MÉRITO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. RECONHECIMENTO. MÉRITO. OMISSÃO DO DEVER DE PRESTAR CONTAS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE APLICAÇÃO DE RECURSOS. INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL DAS DESPESAS. COMPROVAÇÃO DAS ALEGAÇÕES. DANO AO ERÁRIO. CONTAS IRREGULARES. DETERMINAÇÃO DE RESSARCIMENTO. RECOMENDAÇÃO. 1. O ônus de comprovar a regularidade na aplicação dos recursos públicos compete ao responsável pela prestação de contas, por meio de documentação consistente, que demonstre cabalmente a regularidade dos gastos efetuados com os objetivos pactuados, bem assim o nexo de causalidade entre estes e as verbas recebidas. 2. [...] 3. Inexistindo prestação de contas idônea, não cabe ao Estado demonstrar a inexecução do objeto do convênio, sendo ônus do gestor de bens públicos a efetiva demonstração, por força de dispositivo constitucional específico (art. 70, parágrafo único), obedecendo a forma prescrita em lei, do nexo existente entre os valores recebidos e os gastos efetuados em prol da execução do objeto do termo de parceria. 4. [...]. 5. Se a Constituição da República estabelece que o agente público deve encontrar no Direito fundamento prévio para a prática de seus atos, deixar de perquiri-lo consubstanciaria inobservância de seu dever de agir constitucional, tornando a omissão juridicamente relevante. 6. Quando o gestor de recursos públicos se desvia da norma posta, assume o risco da produção do resultado danoso e, dessa forma, não compete ao Estado - juiz demonstrar eventual conduta dolosa do agente, restando a ele, no exercício do contraditório e da ampla defesa, demonstrar as causas excludentes de sua responsabilidade. (Tomada de Contas Especial n. 812002. Rel. conselheiro José Alves Viana. Segunda Câmara, sessão de 04/10/18, publicação do acórdão em 24/10/18)

a simples vontade consciente de aderir à conduta, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica - ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito, quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria -, sendo despidiendo perquirir acerca de finalidades específicas”.⁹

Tratando-se, portanto, de improbidade administrativa, basta a caracterização do dolo genérico, o qual se esgota com a consciência e a vontade de realizar a ação descrita no tipo penal¹⁰, despidienda a presença de finalidade especial de agir ou elemento subjetivo especial.

Sobre o elemento subjetivo na conduta do Senhor Divino Jordão de Oliveira, percebe-se que a nota de empenho de fls. 197 foi assinada pelo responsável, que, em função do porte do município, era o chefe do Executivo e seu ordenador de despesas. Como ordenador, ao assinar a nota de empenho, tomou ciência desse processo de despesa e autorizou o pagamento, apesar da ausência da documentação relativa à liquidação.

Some-se a isso o fato já mencionado de o prefeito à época ter ordenado diretamente tal despesa, a despeito do previsto no art. 69, § 5º, Lei Federal n. 9.394/96.

Assim, verifica-se que a conduta do responsável configurou ato de improbidade administrativa doloso, nos termos do art. 11, II, da Lei n. 8.429/92, e, por isso, o dano dela decorrente é imprescritível, consoante entendimento constitucional expresso pelo STF.

Nesse contexto, considerando a distinção do presente caso com as decisões que fundaram a proposta de voto do relator, o fato de o duplo grau de jurisdição não ser uma garantia constitucional e, principalmente, que o contraditório e a ampla defesa foram garantidos ao responsável em tempo hábil, entendo que restou caracterizada a irregularidade das despesas e o dano ao erário, no montante de R\$23.873,72 (vinte e três mil oitocentos e setenta e três reais e setenta e dois centavos), a ser ressarcido pelo Senhor Divino Jordão de Oliveira.

III – CONCLUSÃO

Ante o exposto, voto pela irregularidade das despesas com recursos do FUNDEF, desacompanhadas de comprovantes legais, do Município de Engenheiro Caldas, de responsabilidade do Senhor Divino Jordão de Oliveira, prefeito municipal à época, e determino que o referido gestor promova o ressarcimento do valor histórico de R\$23.873,72 (vinte e três mil oitocentos e setenta e três reais e setenta e dois centavos), a ser devidamente atualizado, em conformidade com a Resolução n. 13/13 do Tribunal.

Promovidas as medidas legais cabíveis à espécie, arquivem-se os autos.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO VICTOR MEYER:

Sr. Presidente,

Diante da oportuna intervenção do conselheiro Cláudio Terrão, percebi a necessidade de reformular a proposta de voto, o que faço nesta assentada.

⁹ AgRg no REsp 1.539.929/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 2/8/2016; REsp 1.528.102/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 2/5/2017, DJe 12/5/2017; AgInt no AREsp 1008646/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 22/06/2018.

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. V. 01. 22ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 356 e 365.

De início, convém ressaltar que não há maiores controvérsias a respeito da possibilidade de extinção do processo sem resolução de mérito, com fundamento no prejuízo ao contraditório e à ampla defesa, em razão do longo decurso de tempo desde os fatos tidos por irregulares e a primeira comunicação processual ao responsável.

Em consonância com esse entendimento, tenho considerado o decurso de dez anos desde os fatos sem que tenha sido oportunizado o contraditório como bastante para, potencialmente, indicar prejuízo insanável ao direito de defesa, na linha de diversos julgados deste colegiado. Importante acrescentar que o mero decurso do prazo decenal não é suficiente, por si só, para ensejar a extinção do processo, devendo-se avaliar caso a caso, analisando-se se, apesar do alongado lapso temporal, o exercício do direito de defesa remanesce viável, hipótese na qual o feito deve ter prosseguimento.

Avançando neste raciocínio, parece-me também que a excessiva demora entre a apresentação da defesa e seu primeiro exame conclusivo no âmbito do Tribunal pode igualmente ensejar a extinção do processo sem resolução de mérito.

Isso porque o passar dos anos pode dificultar ou mesmo inviabilizar a obtenção de provas a serem colacionadas ao recurso cabível, a fim de sanar eventual fragilidade da defesa apontada pelo Tribunal quando da primeira análise do mérito.

Lembro que, nos processos de controle externo, guiados pela busca da verdade material, é plenamente possível – e ocorre com certa frequência – a juntada de novos documentos quando da interposição do recurso, por vezes aptos a modificar a convicção do Tribunal a respeito dos fatos.

A faculdade de interpor recurso, notadamente quando prevista em lei, caracteriza-se como direito subjetivo do legitimado, não sendo lícito ao Tribunal inviabilizá-lo materialmente mediante demora excessiva e injustificada para proferir a decisão recorrível, até porque a razoável duração do processo é direito fundamental do jurisdicionado, com expresse assento constitucional (art. 5º, inciso LXXVIII, da CF).

Considerando que, no caso em tela, há expressa previsão na Lei Orgânica deste Tribunal do cabimento de recurso com amplo efeito devolutivo para a decisão que vier a ser tomada nesta assentada (art. 102), entendo desnecessário adentrar na polêmica se o duplo grau de jurisdição tem ou não previsão constitucional, ainda que implícita. Como mencionei há pouco, constando de expressa previsão em lei, a faculdade recursal é indiscutivelmente direito subjetivo do jurisdicionado, não sendo lícita a inviabilização do exercício desse direito pelo órgão de controle externo mediante a violação a outro direito – o da razoável duração do processo, este com incontroversa previsão constitucional.

Ademais, o direito de interpor recurso, quando conferido pela lei, passa integrar o direito de defesa em sentido amplo, tanto que o art. 5º, LV, da CF, assegura aos litigantes no processo judicial ou administrativo “o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Cumpra ainda observar que eventual extinção do processo em razão da inviabilidade do exercício do direito de defesa causada pelo decurso do tempo, na fase recursal ou não, não afronta a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário. Tratam-se de questões distintas, examinadas em planos distintos.

O exercício do contraditório e da ampla defesa, ou mesmo de recurso, diz respeito à prática de atos processuais, cuja impossibilidade material, constatada no caso concreto, pode conduzir à extinção do processo, sem resolução de mérito, pela ausência de pressupostos de desenvolvimento válido e regular.

Já a prescrição, quando admitida e consumada, atinge a pretensão de reparação, extinguindo o processo com resolução de mérito, ainda que seja plenamente possível o exercício do contraditório ou da ampla defesa, ou mesmo do direito a recurso. Transcorrido o prazo prescricional, nenhuma outra condição é exigida para a imediata extinção do processo.

Dito isso, da mesma forma que o transcurso de mais de dez anos desde os fatos sem que tenha havido citação pode conduzir, a depender das particularidades do caso concreto, à extinção do processo sem resolução de mérito, penso que o transcurso de mais de dez anos desde a apresentação da defesa pelo responsável, sem que tenha havido análise alguma pelo Tribunal, e sem causa interna ao processo que justifique a demora – como, por exemplo, irregularidades particularmente complexas, muitos responsáveis, necessidade de realização de diligências, novos documentos juntados pelos interessados –, associado à passagem de cerca de vinte anos desde os fatos, pode prejudicar o direito à interposição de recurso e levar à extinção do processo.

Vale repetir que a mera passagem do tempo não é suficiente para levar à extinção do processo, é preciso restar demonstrada, no caso concreto, a inviabilidade do exercício do contraditório e da ampla defesa, ainda que em sede recursal.

Não obstante, reavaliando este caso após o retorno do pedido de vista, entendo que apenas parte das premissas acima estão presentes.

Transcorreram-se mais de 13 anos desde a apresentação da defesa sem movimentação relevante até que a primeira análise fosse efetuada pelo órgão técnico e os fatos ocorreram há mais de 19 anos. Contudo, a despeito das considerações que fiz inicialmente sobre possível dificuldade do responsável para obter a documentação necessária para demonstrar a regularidade da despesa, noto, após melhor refletir sobre o assunto, que essa dificuldade por enquanto é apenas hipotética. Não há evidências de que o responsável tenha efetivamente buscado obter sem êxito documentos que pudessem elidir a irregularidade.

Com base nesses fundamentos, em complemento às razões constantes da minha manifestação na sessão de 8/8/2019, reformulo a proposta de voto para acompanhar o voto do conselheiro Cláudio Terrão no sentido de determinar ao responsável o ressarcimento do valor histórico de R\$ 23.873,72.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Pois não.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO ADONIAS MONTEIRO:

Eu vou acompanhar o voto do Conselheiro Victor Meyer, com os acréscimos do Conselheiro Cláudio Terrão.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Esta Presidência também acompanha.

ACOLHIDA A PROPOSTA DE VOTO DO RELATOR, QUE ENCAMPOU O VOTO DO CONSELHEIRO CLÁUDIO TERRÃO.

(PRESENTE À SESSÃO O PROCURADOR DANIEL DE CARVALHO GUIMARÃES.)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e das Notas Taquigráficas, em: **I)** reconhecer, na prejudicial de mérito, a prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal, com fundamento no parágrafo único do art. 118-A, da Lei Orgânica, tendo em vista que restou demonstrada a paralisação do feito em um mesmo setor por período muito superior a cinco anos; **II)** julgar irregulares, nos termos da proposta de voto do relator, que encampou o voto vista do Conselheiro Cláudio Couto Terrão, no mérito, as despesas com recursos do FUNDEF, desacompanhadas de comprovantes legais, do Município de Engenheiro Caldas, de responsabilidade do Senhor Divino Jordão de Oliveira, prefeito municipal à época; **III)** determinar ao mencionado responsável o ressarcimento no valor histórico de R\$23.873,72 (vinte e três mil oitocentos e setenta e três reais e setenta e dois centavos), a ser devidamente atualizado, em conformidade com a Resolução n. 13/13 deste Tribunal; **IV)** determinar o arquivamento dos autos, após promovidas as medidas legais cabíveis à espécie.

Plenário Governador Milton Campos, 10 de outubro de 2019.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente

VICTOR MEYER
Relator

(assinado digitalmente)

ahw/RB/kl

CERTIDÃO

Certifico que a **Ementa** deste **Acórdão** foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas de ____/____/____, para ciência das partes.

Tribunal de Contas, ____/____/____.

Coordenadoria de Sistematização de
Deliberações e Jurisprudência