

Processo TC-032.376/2010-3 (com 168 peças)
Tomada de Contas Especial
Recurso de Reconsideração

Excelentíssimo Senhor Ministro-Relator,

Trata-se de recurso de reconsideração interposto pelo sr. Hélio de Souza Queiroz (peça 90) em face do Acórdão 8.114/2014 - TCU - 1ª Câmara (peça 88), por meio do qual o Tribunal deliberou nos seguintes termos:

“VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tomada de contas especial instaurada pelo Fundo Nacional de Saúde - FNS em decorrência de irregularidades na aplicação de recursos do Sistema Único de Saúde - SUS no Município de Caxias/MA.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da 1ª Câmara, diante das razões expostas pelo Relator, e com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 12, § 3º, 16, inciso III, alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’, 19, 23, inciso III, 28, inciso II, e 57 da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 202, inciso I, e §§ 6º e 8º, 214, inciso III, alíneas ‘a’ e ‘b’, 215 e 216 do Regimento Interno do TCU, em:

9.1. julgar irregulares as contas de João Alves do Nascimento, Fernando José de Assunção Couto, Benedito Soares de Lyra Pessoa e Solange Camargo Bandeira da Silveira;

9.2. julgar irregulares as contas de Hélio de Sousa Queiroz, Fause Elouf Simão Junior e Márcia Regina Serejo Marinho, condenando-os ao pagamento das quantias a seguir especificadas, com a fixação do prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal, o recolhimento das dívidas aos cofres do Fundo Nacional de Saúde - FNS, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados a partir da datas discriminadas até a do recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor:

9.2.1. Hélio de Sousa Queiroz:

Valor Histórico (R\$)	Data de Ocorrência
27.786,00	10/02/2000
27.787,50	24/02/2000
27.787,50	24/03/2000
27.787,50	26/04/2000
27.787,50	26/05/2000
27.787,50	08/11/2000
757,50	27/11/2000

9.2.2. Fause Elouf Simão Junior:

Valor Histórico (R\$)	Data de Ocorrência
27.787,50	27/06/2000
27.787,50	31/07/2000
372,50	24/08/2000
27.787,50	05/10/2000

9.2.3. Márcia Regina Serejo Marinho:

Valor Histórico (R\$)	Data de Ocorrência
27.787,50	20/02/2001
26.350,00	11/05/2001

9.3. aplicar a Hélio de Sousa Queiroz, Fause Elouf Simão Junior e Márcia Regina Serejo Marinho multas, respectivamente, nos valores de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) e R\$ 16.000,00 (dezesesseis mil reais), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para que comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento das dívidas ao cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do presente acórdão até a do efetivo recolhimento, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.4. autorizar a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

9.5. encaminhar cópia deste acórdão, bem como do relatório e voto que o fundamentam, à Procuradoria da República no Estado do Maranhão, para as medidas que julgar cabíveis.”

A Secretaria de Recursos pronunciou-se, em pareceres uniformes, no sentido de (peças 166 a 168):

“a) dar provimento ao recurso do Sr. Hélio de Sousa Queiroz, ex-Prefeito, estendendo os seus efeitos, igualmente, aos ex-Prefeitos Fause Elouf Simão Junior e Márcia Regina Serejo Marinho, para julgar regulares com ressalva suas contas e tornar sem efeito os débitos e as multas objetos dos itens 9.2 e 9.3 do acórdão recorrido;

b) dar ciência da deliberação que vier a ser adotada aos recorrentes e demais interessados.”

II

Com as devidas vênias, o Ministério Público de Contas dissente, em parte, da proposição da Serur, por entender que deve ser dado provimento parcial ao apelo em vértice, com vistas a excluir a multa aplicada ao sr. Hélio de Sousa Queiroz, em face da prescrição da pretensão punitiva desta Corte de Contas.

De fato, quanto à multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, aplicada aos srs. Hélio de Sousa Queiroz e Fause Elouf Simão Junior e à sr^a. Márcia Regina Serejo Marinho na deliberação recorrida, ocorreu a prescrição da pretensão punitiva desta Corte no presente caso, haja vista que os

atos irregulares apurados nos autos foram praticados nos exercícios de 2000 e 2001 (vide tabela de débito à peça 88) e que decorreram mais de 10 anos entre a data da entrada em vigor do novo Código Civil – 11.1.2003 – e o despacho que ordenou a citação dos responsáveis, assinado em 10.12.2013 (peça 44), conforme o Acórdão 1.441/2016-Plenário c/c a regra de transição prevista no art. 2.028 do Código Civil de 2002.

Dessa forma, frise-se, deve ser dado provimento parcial ao presente recurso com o fim de excluir a penalidade de multa aplicada ao recorrente, estendendo, de ofício, este entendimento aos demais responsáveis multados nos autos.

No que concerne aos demais itens da deliberação recorrida, devem permanecer nos seus exatos termos, ante o pertinente juízo firmado pelo Tribunal, não merecendo prosperar, pois, as razões recursais do sr. Hélio de Sousa Queiroz, tampouco o entendimento da Serur.

O sr. Hélio de Sousa Queiroz alega, no essencial, que:

- ocorreu prescrição e/ou decadência (prescrição do art. 1º do Decreto 20.910, de 6.1.1932, e decadência do art. 54 da Lei 9.784/1999);
- não é dele a obrigação de prestar contas, mas sim do secretário municipal de saúde, na condição de gestor do fundo municipal de saúde, conforme previsão expressa em lei;
- houve nulidade do acórdão em vista da violação ao princípio da individualização da pena, devendo ser individualizados os valores referentes a cada item apontado como irregular e a cada um dos responsáveis;
- não há como se aferir que houve irregularidade na gestão dos recursos nos anos de 1999 e 2000 e há falta de clareza na planilha de glosa em relação à imputação de responsabilidade a cada gestor;
- não teve acesso a qualquer documento para que pudesse elaborar eficazmente a sua defesa;
- há falta de documentos que comprovem os dados constantes da referida planilha de glosa, fato este que demonstra a ausência de prova robusta e confiável para a imputação de débito ao ora recorrente;
- não há como identificar o modo, o tempo e a forma de utilização de cada recurso, eis que a conta bancária era movimentada com vários recursos de diferentes programas, o que inviabiliza a identificação da origem de cada parcela utilizada ou saque efetuado.

Não merecem acolhida as arguições de prescrição e decadência com fundamento na referida legislação, em face da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, conforme jurisprudência pacífica deste Tribunal, fundamentada em entendimento do Supremo Tribunal Federal (vide Enunciado da Súmula 282 do TCU).

Da mesma forma, cabe rejeitar a alegação de que não é dele a obrigação legal de prestar contas, mas sim do secretário municipal de saúde.

Essa questão foi tratada no parecer do Ministério Público de Contas de peça 43, nos seguintes termos:

“De fato, na fase interna da TCE, o Denasus, ao analisar as justificativas da sr^a. Solange Camargo Bandeira da Silveira, ex-Coordenadora das Ações da Área de Saúde, gestão de 1.5 a 12.7.2001, assim registrou (peça 1, pp. 336/8):

‘3) Após reanálise da documentação constante dos nossos arquivos (papéis de trabalho), constatamos que os recursos financeiros do Fundo Municipal de Saúde de Caxias foram movimentados pelo prefeito municipal juntamente com o tesoureiro ou outro cargo equivalente, não identificado pela prefeitura.

4) Quanto às ações executadas pela Coordenadora das Ações da Área da Saúde, estas estavam voltadas para a área assistencial, não havendo nenhum movimento com ordenação de despesas, autorização de pagamentos nem movimentação financeira dos recursos do Fundo Municipal de Saúde.

5) Diante do exposto, a equipe de auditoria elaborou nova planilha de responsáveis, retirando o nome da sr^a. Solange Camargo Bandeira da Silveira, pois, no período auditado, a mesma não foi identificada como agente responsável pela utilização dos recursos do Fundo Nacional de Saúde.’

Sobre a questão, a unidade técnica ressaltou que (peça 39):

‘a realidade existente em diversos municípios brasileiros aponta para um frequente quadro em que a gestão da conta corrente dos recursos do fundo municipal de saúde é exercida pelo prefeito e tesoureiro ou secretário de finanças. Nessa linha, existe inclusive, nos autos, trecho do tomador de contas à peça 1, p. 336: ‘Após reanálise da documentação constante dos nossos arquivos (papéis de Trabalho), constatamos que os recursos financeiros do Fundo Municipal de Saúde de Caxias foram movimentados pelo prefeito municipal juntamente com o tesoureiro ou outro cargo equivalente, não identificado pela Prefeitura.’

20. Nota-se, portanto, que o próprio órgão instaurador dessa TCE afirmou uma realidade diversa daquela estipulada pela legislação. Assim, a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta e o dano ao erário, e entre a autoria e a conduta, deve pautar-se na situação que de fato ocorria, ainda que esta não fosse alinhada à lei.’

Considerando que as alegações do sr. Benedito Soares de Lyra Pessoa são convergentes com a situação encontrada pelo Denasus no Município de Caxias (peça 1, p. 336), entende o Ministério Público que o dano deve ser imputado aos prefeitos inicialmente responsabilizados nos autos. Cabe, pois, excluir a responsabilidade dos secretários de saúde pelo débito ora apurado e promover a citação dos ex-alcaldes pelos mesmos ilícitos (vide planilha de glosa e anexo à peça, 1, pp. 125 e 340), já que há no feito fortes indícios de que estes foram os efetivos gestores dos recursos do PCCN. Tal entendimento deve ser aplicado também aos srs. Fernando José de Assunção Couto e João Alves do Nascimento.”

Não merece guarida a alegação do recorrente de violação ao princípio da individualização da pena. Este foi condenado pelas parcelas recebidas durante o seu período de gestão, que não tiveram suas contas prestadas, e foi-lhe aplicada multa proporcional ao montante do débito, de acordo com o art. 57 da Lei 8.443/1992, multa esta, que, como visto, encontra-se prescrita em virtude da prescrição da pretensão punitiva desta Corte de Contas.

Não cabe também o argumento de que não há como aferir que houve irregularidade na gestão dos recursos. Sobre o tema, reitera o Ministério Público de Contas sua posição consignada à peça 43, no sentido de que a responsabilização dos agentes públicos está bem delimitada nos autos (vide, v.g., planilha de glosa, e seu anexo, à peça 1, pp. 125 e 340; peça 2, pp. 23/4, e Relatório de Tomada de Contas Especial 224/2009, peça 2, pp. 38/43).

Conforme esclarecido na instrução de peça 6:

“4. As irregularidades relacionadas pelo tomador de contas referem-se à omissão de prestar contas e a não comprovação da regular aplicação dos recursos ocorrida nos

exercícios 2000 e 2001, e que envolveu seis responsáveis, sendo três secretários municipais e três prefeitos, em solidariedade, conforme descrito à peça 2, p. 23-24:

a) Ao Sr. Hélio de Sousa Queiroz, ex-prefeito municipal no exercício 2000, são atribuídas as irregularidades constantes dos itens 01 a 05 e 10 a 11 da planilha de glosa (peça 1, p. 340 [e 125]), que consistem na omissão da prestação de contas correspondente aos recursos recebidos nos meses fevereiro, março, abril, maio e novembro do ano 2000, ocorridas no período de gestão 17/06/1999 a 26/05/2000 e 25/10/2000 a 31/12/2000. (...)

(...)

18. Assim, podemos concluir que a gestão dos recursos do PCCN realizada pelos responsáveis do Município de Caxias/MA nos exercícios 2000 e 2001, não teve a devida comprovação da sua boa e regular aplicação, seja pela realização de despesas sem documentação, seja pela falta de informações sobre o que fora feito com os recursos, caracterizando conduta danosa ao erário.” (destaques acrescidos)

Cumprido afastar a arguição de que não teve acesso a qualquer documento para realizar sua defesa. Essa questão também já foi tratada nos autos pela Secex/MA (peça 83):

“61. A ausência de documentos informada pelo responsável, ao invés de atenuar a responsabilidade do gestor, reforça o fato de que não foram apresentadas as contas dos recursos por ele geridos, fato motivador da citação realizada e do consequente dano ao erário.

62. Ademais, o referido gestor já havia sido notificado pelo repassador dos recursos, no ano de 2006, quando igualmente alegou a falta de acesso à documentação (peça 1, p. 215-225), tendo informado que ingressara inclusive com ação judicial (peça 1, p. 317), sem, contudo, comprovar essa medida. Em sentido inverso ao alegado, tem-se é o ajuizamento, pela Administração de Caxias, de ação de improbidade administrativa contra o responsável (peça 2, p. 3-20), em face de não terem sido localizados os documentos atinentes à prestação de contas do PCCN, entre outros. Assim, não há como acatar a justificativa apresentada pelo gestor. Até porque gestores omissos não podem alegar que o tempo decorrido milita contra sua defesa, especialmente porque prestar contas independe da provocação de terceiros.

63. Isso porque, o dever do referido gestor de prestar contas, inerente à gestão de recursos públicos, ostenta matriz constitucional e constitui um dos pilares do sistema republicano. É uma obrigação pessoal, que independe de provocação de terceiro e que deve ser cumprida dentro de prazo certo. A sua ausência significa não somente o descumprimento da Constituição e das leis, mas a supressão da transparência nos atos de gestão, a ausência de comprovação da lisura no trato com a coisa pública, a efetiva possibilidade de que a totalidade dos recursos públicos federais transferidos tenha sido integralmente desviada, em benefício de administrador ímprobo ou de pessoas por ele determinadas (v. Acórdãos 1.191/2006 - Plenário, 3.196/2006 - 2ª Câmara e 497/2007 - 1ª Câmara).

64. Nesse cenário, sob pena de total desvirtuamento da lógica do ordenamento jurídico vigente, um gestor omissos não pode ter, em hipótese alguma, tratamento mais benevolente do que o dispensado, por exemplo, ao gestor cuja prestação de contas, aduzida tempestivamente, contenha alguma pendência.

65. Se o gestor omissivo nem mesmo for citado por esta Corte para se defender, ou tiver o processo arquivado, após apresentação de sua defesa, ante o tempo decorrido desde os fatos, acabará por se beneficiar de sua própria omissão, pois, mantendo-se inerte, poderá, infelizmente, em casos isolados, é verdade, ser premiado com a ausência de cobranças em tempo hábil por parte do Poder Público. Nesse sentido, são os Acórdãos 949/2010 - TCU - Plenário, 1.262/2009-TCU-Plenário e 3.926/2008 – TCU - 2ª Câmara.”

Não cabe a alegação acerca da falta de documentos que comprovem os dados constantes da referida planilha de glosa, o que caracterizaria a ausência de prova robusta e confiável para a imputação de débito ao ora recorrente.

Sobre a matéria, no voto condutor foi destacado que *“esta tomada de contas especial originou-se de auditoria feita pelo Departamento Nacional de Auditoria do SUS – Denasus, no referido PCCN do Município de Caxias/MA, cujo relatório (peça 1) foi assinado, em 5.10.2001, por uma equipe formada por dois médicos, um administrador e uma contadora”*.

Ressalte-se que, de acordo, v.g., com o Acórdão 4.454/2014 - Primeira Câmara: *“Os relatórios técnicos de auditoria/inspeção/vistoria do tomador de contas contam com presunção de veracidade e legitimidade, descaracterizada apenas mediante apresentação de prova robusta em contrário”* (Boletim de Jurisprudência 51, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues).

No caso, as razões recursais oferecidas pelo recorrente, desacompanhadas de documentação comprobatória consistente, não se mostram hábeis a descaracterizar as irregularidades assinaladas no feito. De acordo com o Acórdão 511/2005 – 1ª Câmara, a *“mera apresentação de alegações, desacompanhadas de documentação comprobatória da regular aplicação dos recursos, não é suficiente para elidir as irregularidades que motivaram a decisão”*.

Conforme o Acórdão 3.393/2014 – 2ª Câmara, *“em uma tomada de contas especial, a comprovação da aplicação dos recursos deve estar acompanhada de todos os elementos necessários e suficientes para conduzir ao convencimento da boa e regular utilização dos recursos públicos”*.

Não merece ser acatado, ainda, o argumento de que não há como identificar o modo, o tempo e a forma de utilização de cada recurso, eis que a conta bancária era movimentada com vários recursos de diferentes programas, o que inviabiliza a identificação da origem de cada parcela utilizada ou saque efetuado.

Com efeito, o sr. Hélio de Sousa Queiroz, como gestor dos recursos públicos, tem a obrigação constitucional de prestar contas dos valores a ele confiados (art. 71, parágrafo único, da CF/1988). Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, *“cabe ao gestor comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos colocados sob sua responsabilidade”*, ou seja, *“em matéria de gestão de recursos públicos, o ônus da prova é invertido. Assim, para que não haja condenação em débito, deve o responsável colacionar aos autos provas convincentes e robustas de que os dispêndios obedeceram aos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade, entre outros”* (v.g., Acórdãos 982/2008 - 2ª Câmara, 1.518/2008 - 1ª Câmara, 2.514/2009 - 1ª Câmara, 719/2012 - 2ª Câmara).

Ademais, não basta ao gestor dos recursos públicos demonstrar a realização das ações previstas, cumpre também comprovar que estas foram executadas com os valores transferidos para este mister. Do contrário, nada obstaria, por exemplo, que tais ações fossem realizadas com recursos de outras fontes e as verbas federais fossem desviadas.

Demonstrar a existência desse nexo de causalidade faz parte do inafastável ônus do gestor de comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos colocados sob sua administração,

conforme se verifica, v.g., nos seguintes julgados: Acórdãos 869/2012 - Primeira Câmara e 2.190/2012 - Segunda Câmara.

Por derradeiro, o Ministério Público de Contas dissente das seguintes conclusões da Serur constantes à peça 166:

“7. Os fundos municipais e estaduais de saúde prestam contas ordinárias aos tribunais de contas estaduais, não havendo nenhuma previsão normativa de que esses fundos devam apresentar contas a qualquer órgão do poder central.

7.1 Não há fundamento para a constituição de tomada de contas especial, com fundamento no dever de prestar contas, ou seja, omissão, quando se trata de transferências fundo a fundo.

7.2 A comprovação da aplicação dos recursos transferidos, bem como o acompanhamento do alcance das metas, é feita através de Relatório de Gestão enviado aos órgãos diretamente responsáveis pela fiscalização dos recursos, sem prejuízo da fiscalização dos órgãos federais competentes.

7.3 O orçamento é autorizativo e não impositivo. Por conseguinte, a execução de dotações em percentuais inferiores ou mesmo a sua inexecução não constitui pressuposto de constituição de tomada de contas especial, visto que tal conduta não pode ser tipificada como dano ao erário.

7.4 Em conformidade com o art. 9º, inciso III, c/c o § 2º do art. 32 e art. 33 da Lei 8.080/1990, há uma presunção de que a gestão do Fundo Municipal de Saúde é exercida pela Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.

7.5 A responsabilização do Prefeito, em regra, dependeria de comprovação de que ele participou da gestão do fundo, o que não se observa nos autos.”

Como visto *supra*, embora a legislação sobre o tema estabeleça que a gestão dos recursos do FMS (oriundos do FNS) será exercida pela Secretaria de Saúde, restou evidenciado nos autos que, no caso concreto, eram os prefeitos que efetivamente geriam os recursos, cabendo, pois, a eles comprovar a boa e regular aplicação destes valores.

Com relação aos demais argumentos, cabe destacar o Acórdão 5.684/2014 - Primeira Câmara, no qual restou assente que: “*A competência do Tribunal de Contas da União para fiscalizar recursos federais repassados aos entes da federação, estabelecida no art. 71, inciso VI, da Constituição Federal, alcança tanto as transferências voluntárias, como as estabelecidas por lei, a exemplo das transferências fundo a fundo.*”

A respeito, vale citar trecho do voto condutor do referido julgado:

“O fato de se tratar de transferência fundo a fundo, ou seja, de transferência legal, e não de transferência voluntária, não afasta a competência deste Tribunal e não implica a adoção de tratamento similar ao conferido às transferências do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – Fundeb.

As transferências atinentes ao Fundeb, de origem constitucional, são consideradas receitas próprias, pertencentes aos respectivos entes da federação, razão única e exclusiva a conduzir a que as prestações de contas ordinárias desses fundos fossem encaminhadas aos Tribunais de Contas Estaduais e/ou dos Municípios.

Trata-se de decorrência direta do fato de o Fundeb ter sido instituído sob a forma de **repartição constitucional de receitas tributárias**, nada tendo a ver com o caso em exame nestes autos, em que a receita da União é obrigatoriamente repassada a outro ente da Federação, em razão de expressa disposição legal.

Daí porque a jurisprudência majoritária formou-se no sentido de que a competência do TCU para a fiscalização da aplicação dos recursos do Fundeb (atual Fundeb) depende da presença de recursos federais, ou seja, da existência de complementação efetuada pela União.

Situação diversa ocorre nos casos das chamadas transferências legais, em que lei específica disciplina a transferência de recursos da União para Estados e Municípios, destinados à execução de programas em parceria, estabelecendo critérios de habilitação, de definição do montante, forma de transferência e de aplicação dos recursos recebidos e, via de regra, dispensam a celebração de convênio.

Ressalte-se que a inexistência desses instrumentos jamais implicou o afastamento da competência fiscalizatória deste Tribunal, nem tampouco modificou a titularidade dos recursos repassados.

Basta ver que a Instrução Normativa STN nº 1/97 já cuidava dessas transferências, sendo-lhes aplicadas as mesmas disposições previstas para as transferências voluntárias.

Art. 1º A execução descentralizada de Programa de Trabalho a cargo de órgãos e entidades da Administração Pública Federal, Direta e Indireta, que envolva a transferência de recursos financeiros oriundos de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social, objetivando a realização de programas de trabalho, projeto, atividade, ou de eventos com duração certa, será efetivada mediante a celebração de convênios ou destinação por Portaria Ministerial, nos termos desta Instrução Normativa, observada a legislação pertinente.

(...)

§ 4º A obrigatoriedade de celebração de convênio não se aplica aos casos em que lei específica discipline a transferência de recursos para execução de programas em parceria do Governo Federal com governos estaduais e municipais, que regulamente critérios de habilitação, transferir montante e forma de transferência, e a forma de aplicação e dos recursos recebidos.

Atualmente, a movimentação financeira dos recursos transferidos por força de lei encontra-se disciplinada no Decreto nº 7.507/2011.

Consoante a lição de FURTADO, existem duas formas de realização de transferências legais (FURTADO, J.R. Caldas, Direito Financeiro, 3ª Ed., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 207):

a **transferência automática**, utilizada em programas educacionais, consiste no repasse de recursos financeiros sem a utilização de convênio, ajuste, acordo ou contrato, mediante o depósito em conta corrente específica, aberta em nome do beneficiário. Exemplos: Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE); Programa Dinheiro Direto na Escola (PDDE); Programa de Apoio aos Sistemas de Ensino para Atendimento de Jovens e Adultos; Programa Nacional de Apoio ao Transporte Escolar (PNATE); Programa Brasil Alfabetizado;

a **transferência fundo a fundo**, empregada em programas da área da saúde e da assistência social, é um instrumento de descentralização de recursos que se caracteriza pelo repasse direto de fundos da esfera federal para fundos da esfera estadual, municipal e do Distrito Federal, dispensada a celebração de convênios. Os fundos que operam essa modalidade de transferência são o Fundo Nacional de Saúde (FNS), regido pela Lei nº 8.142/90, utilizado para descentralizar recursos destinados a operacionalizar as ações no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), e o Fundo Nacional da Assistência Social (FNAS), disciplinado pela Lei nº 9.604/98.

Não há dúvida em relação à atuação do TCU na fiscalização das transferências automáticas (PNAE, PDDE, PNATE etc.), nem quanto à competência para processar Tomadas de Contas Especiais relacionadas a recursos desses programas.

Em relação às transferências fundo a fundo, as teses contrárias à competência desta Corte já foram objeto de apreciação e rejeição por parte do Supremo Tribunal Federal.

A Lei nº 9.604/98, que dispõe sobre a **prestação de contas de aplicação de recursos do Fundo Nacional da Assistência Social - FNAS**, assim dispunha em seu art. 1º:

Art. 1º A prestação de conta da aplicação dos recursos financeiros oriundos do Fundo Nacional de Assistência Social, a que se refere a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, **será feita pelo beneficiário diretamente ao Tribunal de Contas do Estado ou do Distrito Federal**, no caso desses entes federados, e à **Câmara Municipal, auxiliada pelos Tribunais de Contas dos Estados ou Tribunais de Contas dos Municípios ou Conselhos de Contas dos Municípios**, quando o beneficiário for o Município, e também ao Tribunal de Contas da União, quando por este determinado.

Parágrafo único. É assegurado ao Tribunal de Contas da União e ao Sistema de Controle Interno do Poder Executivo da União o acesso, a qualquer tempo, à documentação e comprobatória da execução da despesa, aos registros dos programas e a toda documentação pertinente a assistência social custeada com recursos do Fundo Nacional de Assistência Social.

Não obstante, o STF entendeu que é encargo do TCU fiscalizar os recursos oriundos do Fundo Nacional da Assistência Social (FNAS) e, com base nisso, suspendeu a eficácia da norma acima transcrita.

Em seu voto, o Ministro Moreira Alves argumentou que o ‘Fundo é constituído por recursos, inclusive orçamentários, da União, o que, por si só, demonstra a relevância jurídica da alegação de que o dispositivo impugnado sob exame, ao estabelecer que a prestação de contas da aplicação dos recursos financeiros dele quando repassados para os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios se fará diretamente aos Tribunais de Contas deles ou às Câmaras Municipais, só o sendo, também, ao Tribunal de Contas da União quando por este determinado, **entra em choque com o disposto no inciso VI do artigo 71 da Constituição**’.

O Relator asseverou, ainda, que quaisquer repasses de recursos ‘**feitos inclusive por força de lei que vincula a União**, mas evidentemente por procedimentos formais administrativos, se consideram como feitos mediante instrumento congêneres a convênios, acordos ou ajustes, até porque seu recebimento necessita de concordância - e o acordo de vontades é o elemento comum aos convênios, acordos ou ajustes -, ainda

que tácita, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios' (STF, Plenário, ADI 1.934-1/DF, Rel. Min. Moreira Alves, D.J. 22/10/99).

A decisão restou assim ementada:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Impugnação da Lei 9.604, de 5 de fevereiro de 1998. - Quanto ao artigo 1º e seu parágrafo único da Lei em causa, são relevantes as alegações de **ofensa ao artigo 71, VI, da Constituição Federal** e de **inconstitucionalidade do sistema de prestação de contas adotado por esse dispositivo legal**. - No tocante ao artigo 2º da mesma Lei, a fundamentação jurídica invocada para a declaração de inconstitucionalidade dela não se apresenta, em exame compatível com o pedido de liminar, com a relevância suficiente para o deferimento deste. Pedido de liminar deferido em parte, para **suspender *ex nunc* a eficácia do artigo 1º e seu parágrafo único da Lei federal nº 9.604, de 5 de fevereiro de 1998**.

Ainda a corroborar a natureza federal dos recursos transferidos fundo a fundo, em especial em relação aos recursos atinentes ao SUS, o Ministro Ricardo Lewandowski, em decisão monocrática proferida no âmbito do RE 462.448/SC, negou seguimento ao recurso e manteve decisão do TRF da 4ª Região assim ementada:

PROCESSO CIVIL. SUS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. PRECEDENTES DA CORTE.

1. O fato de os Estados e Municípios terem autonomia para gerenciar a verba financeira destinada ao Sistema Único de Saúde **não afasta a competência da Justiça Federal para julgar a demanda em que se discute a malversação dos recursos**, uma vez que é responsabilidade da União Federal acompanhar e supervisionar a sua aplicação, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n.º 8.080/90.

2. Agravo de instrumento conhecido e provido

Evidencia-se, portanto, a improcedência da tese que intenta igualar transferências fundo a fundo - transferências de recursos federais - com as transferências atinentes ao Fundeb - repasses de recursos que são receitas próprias dos demais entes da federação.

Nessa linha pode-se citar o Decreto nº 1.232/94, que trata das condições e da forma de repasse de recursos do Fundo Nacional de Saúde para os demais fundos de saúde, que bem evidencia, em seu artigo 2º, a inexistência de repasse automático bem como a exigência de contrapartida:

Art. 2º A transferência de que trata o art. 1º **fica condicionada à existência de fundo de saúde e à apresentação de plano de saúde**, aprovado pelo respectivo Conselho de Saúde, **do qual conste a contrapartida** de recursos no Orçamento do Estado, do Distrito Federal ou do Município.

Resta evidente, também, que a competência desta Corte em fiscalizar os recursos repassados pela União, contida no art. 71, inciso VI, da Constituição Federal, não pode ser afastada com o argumento de tratar-se de transferência prevista em lei.

Aliás, essa é a inteligência do art. 3º do referido Decreto:

Art. 3º Os recursos transferidos pelo Fundo Nacional de Saúde serão movimentados, em cada esfera de governo, sob a fiscalização do respectivo Conselho de Saúde, **sem prejuízo da fiscalização exercida pelos órgãos do sistema de Controle Interno do Poder Executivo e do Tribunal de Contas da União.**

Igualmente não merecem prosperar as alegações de que a instauração de tomada de contas especial se restringe às hipóteses de **comprovado dano ao Erário**. Ao

contrário, a tomada de conta especial é instaurada, nos termos da lei, justamente para apurar a **ocorrência concreta de dano**. Caso este se confirme, as contas serão julgadas irregulares e o responsável condenado ao ressarcimento do débito. Afastado o débito, ou seja, **comprovada sua inexistência**, serão as contas julgadas regulares ou regulares com ressalvas.

A existência ou não do débito diz respeito ao **mérito** da TCE e, por óbvio, **não é pressuposto nem de constituição nem de validade e regularidade** do processo. Trata-se de regra elementar da Teoria Geral do Processo aquele que define que o direito à ação é independente do direito demandado.

Uma ação de cobrança existe e é válida independentemente da existência do direito afirmado pelo autor, razão pela qual ela pode ser julgada procedente ou improcedente. A ação penal, igualmente, pode ser regularmente instaurada, processada perante o juízo competente e, ainda sim, concluir-se pela inexistência do fato ou pela ausência de autoria.

Não se pode confundir o exame de mérito, a procedência do pedido, com condições ou os pressupostos da ação. O direito material e o direito à prestação jurisdicional são coisas distintas.

A tese do recorrente, calcada apenas na literalidade da expressão contida no inciso I do art. 5º da Instrução Normativa nº 71/2012-TCU, se acolhida, levaria a vários problemas. Basta ver que, **se a instauração da TCE dependesse rigorosamente da comprovação do débito, ou da existência de elementos concretos apontando a ocorrência de dano, jamais seria possível a instauração de TCE, em razão da omissão em relação ao dever de prestar contas.**

Em casos de omissão, não há certeza quanto à existência ou não do débito. Ele não está comprovado. Há forte presunção quanto à sua existência, mas é plenamente factível que o gestor venha a afastar o débito e justificar a omissão no dever de prestar contas.

Esse juízo de plausibilidade é o que permite, de fato, a instauração de qualquer TCE, e está presente no caso em exame. Não é outro o juízo que se faz quando se verifica a transferência dos recursos da conta específica em que os recursos deveriam ser movimentados. A prática não só dificulta as ações de controle como, via de regra, impossibilita a aferição da aplicação dos recursos.

O que deve existir para permitir a instauração de TCE não é a ocorrência concreta do dano, mas, sim, algum ato ou fato que permita inferir a plausibilidade da ocorrência do débito. Nos casos citados, a omissão, em si, e a movimentação dos recursos fora da conta específica constituem os elementos que dão ensejo à instauração do processo.”

Destarte, não se vislumbra razão para alterar o pertinente juízo firmado pelo Tribunal no acórdão recorrido, no que se refere à existência de dano ao erário, o qual deve ser mantido indene.

III

Ante o exposto, manifesta-se o Ministério Público de Contas no sentido de:

- a) conhecer do presente recurso de reconsideração, para, no mérito, dar-lhe provimento parcial, com vistas a excluir a multa aplicada ao sr. Hélio de Sousa Queiroz, excluindo, ainda, as multas aplicadas aos demais responsáveis;
- b) dar ciência do acórdão que sobrevier, acompanhado do relatório e do voto que o fundamentarem, ao recorrente e aos demais interessados.

Brasília, em 4 de novembro de 2016.

Júlio Marcelo de Oliveira
Procurador