

TC 023.914/2013-0

Tipo: tomada de contas especial (recurso de reconsideração)

Unidade jurisdicionada: Prefeitura Municipal de Apicum-Açu/MA

Recorrente: Sebastião Lopes Monteiro (CPF 044.383.703-10)

Interessado em sustentação oral: não há

Advogado: não há

Sumário: Tomada de contas especial. Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) - exercício de 2010. Não comprovação da boa e regular aplicação de recursos. Contas irregulares. Débito. Multa do art. 57 da Lei 8.443/1992. Recurso de reconsideração. Discussão acerca da prescrição do dano ao erário. Conhecimento e provimento parcial.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recurso de reconsideração interposto pelo Sr. Sebastião Lopes Monteiro (peça 62), contra o Acórdão 2654/2019-TCU-Plenário (peça 49), rel. Ministra ANA ARRAES. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pela relatora, e com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 12, § 3º, 16, inciso III, alíneas “b” e “c”, 19, 23, inciso III, 26, 28, inciso II, 57 e 61 da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 202, § 6º, 214, inciso III, 217 e 275 do Regimento Interno, em:

9.1. julgar irregulares as contas de Sebastião Lopes Monteiro e condená-lo ao recolhimento aos cofres do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação das quantias abaixo relacionadas, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora calculados a partir das datas indicadas:

Valor (R\$)	Data
44.823,40	26/3/2010
34.704,00	5/5/2010
11,60	28/5/2010
34.704,00	4/6/2010
34.704,00	12/7/2010
34.704,00	3/8/2010
34.704,00	13/9/2010
2,90	23/9/2010
20.562,00	13/10/2010
48.846,00	8/11/2010
5,80	23/11/2010
8,70	7/12/2010
26.088,00	15/12/2010
2,90	23/12/2010

9.2. aplicar ao responsável multa de R\$ 327.187,00 (trezentos e vinte e sete mil, cento e oitenta e sete reais), a ser recolhida aos cofres do Tesouro Nacional, com incidência de encargos legais calculados da data deste acórdão até a data do pagamento, se este for efetuado após o vencimento do prazo a seguir estipulado;

- 9.3. fixar prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovação, perante o Tribunal, do recolhimento das importâncias acima;
- 9.4. autorizar a cobrança judicial das dívidas, caso não atendida a notificação;
- 9.5. autorizar o pagamento das dívidas em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais consecutivas, caso venha a ser solicitado pelo responsável antes do envio do processo para cobrança judicial;
- 9.6. fixar o vencimento da primeira parcela em 15 (quinze) dias, a contar do recebimento da notificação, e o das demais a cada 30 (trinta) dias, com incidência de encargos legais sobre o valor de cada parcela;
- 9.7. alertar ao responsável que a inadimplência de qualquer parcela acarretará vencimento antecipado do saldo devedor;
- 9.8. solicitar à Advocacia-Geral da União, por intermédio do Ministério Público junto ao TCU, as medidas necessárias ao arresto dos bens de Sebastião Lopes Monteiro;
- 9.9. dar ciência deste acórdão ao procurador-chefe da Procuradoria da República no Maranhão, nos termos do art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992.

HISTÓRICO

2. Cuidam os autos de tomada de conta especial instaurada pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), em desfavor do Sr. Sebastião Lopes Monteiro, ex-prefeito do município de Apicum-Açu/MA (gestão 2009-2012), em virtude de irregularidades nas despesas realizadas com os recursos repassados pelo mencionado fundo no âmbito do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), no exercício de 2010.

2.1. A partir do exame da fase externa desta TCE (peças 23-25), realizou-se a citação do responsável mencionado no item precedente, em virtude da seguinte irregularidade (peça 39):

a) **irregularidade:** não comprovação da boa e regular aplicação, em face da não apresentação de documentação hábil a estabelecer o nexo de causalidade entre os valores transferidos por meio do PNAE, no exercício de 2010, e o alcance de seus objetivos, considerando as seguintes constatações:

a.1) os cheques de retirada dos recursos tinham como beneficiários a própria Prefeitura e não a empresa contratada;

a.2) para as retiradas de recursos em que havia a contratada como beneficiada, as notas fiscais apresentadas em sua maior parte eram inidôneas;

a.3) para as duas notas fiscais regulares (NF 861 e 862), as quantidades nelas constantes não correspondem aos quantitativos de entregas apresentados pelo Conselho de Alimentação Escolar (CAE); e

b) **conduta:** não comprovar a boa e regular aplicação de parte das despesas realizadas, com apresentação de documentos inidôneos ou a ausência de elementos que comprovasse a efetiva entrega dos produtos, além de realizar despesas indevidas, no âmbito do PNAE, no exercício de 2010.

2.2. Em face da revelia do Sr. Sebastião Lopes Monteiro e inexistindo elementos que demonstrem sua boa-fé, esta Corte de Contas deliberou, por meio do Acórdão 2654/2019-TCU- Plenário, julgar irregulares as contas do responsável, condenando-o em débito e aplicando-lhe a multa capitaneada no art. 57 da Lei 8.443/1992.

2.3. Irresignado, o Sr. Sebastião Lopes Monteiro interpôs recurso de reconsideração (peça 62) contra o Acórdão 2654/2019-TCU-Plenário (peça 49), espécie de recurso objeto do presente exame.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade (peças 65-67) e o parecer do MPTCU

(peça 69). O recurso foi admitido pelo relator, Ministro RAIMUNDO CARREIRO, com a atribuição de efeito suspensivo aos itens 9.1, 9.2, 9.3 e 9.4 do Acórdão 2654/2019-TCU-Plenário (peça 70). Superada a proposta de não conhecimento formulada inicialmente pela Serur (peças 65-67), acompanhada pelo *parquet* especial, passa-se ao exame técnico.

EXAME TÉCNICO

4. Delimitação

4.1. Constitui objeto do presente recurso definir as seguintes questões:

a) preliminares:

a.1) prescrição do ressarcimento ao erário;

a.2) prescrição da pretensão punitiva;

a.3) arquivamento das contas por ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

b) mérito:

b.1) ilegitimidade passiva do Sr. Sebastião Lopes Monteiro;

b.2) regularidade na aplicação dos recursos do PNAE/2010;

b.3) ocorrência de boa-fé; e

b.4) ausência de má-fé.

4.2. Registra-se que o presente exame atentará para a questão da responsabilidade subjetiva com base na Lei 13.655/2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), mormente no que concerne aos arts. 22 e 28 da novel legislação.

Preliminares

5. Prescrição do ressarcimento ao erário

5.1. Ainda que o recorrente não tenha pugnado acerca da temática “prescrição do ressarcimento ao erário”, tem-se que essa deve ser examinada nestes autos por se tratar de questão de ordem pública.

5.2. A prescrição do dano ao erário assume particular relevância, dado o recente julgamento, pelo STF, do RE 636.886 (tema 899 da repercussão geral). Os significativos impactos deste julgamento foram objeto de análise pela Secretaria de Recursos (Serur) nos autos do TC 027.624/2018-8. Por economia processual, juntou-se a estes autos (peça 80) cópia do exame e do pronunciamento da unidade emitidos pela Serur naquele processo, em que foram fundamentadas as seguintes premissas, que serão consideradas no presente exame:

a) pela jurisprudência até então vigente, a pretensão punitiva exercida pelo Tribunal de Contas estava sujeita à prescrição, regida pelos critérios fixados no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, redator Ministro WALTON ALENCAR RODRIGUES. Já quanto ao débito, a ação de ressarcimento era considerada imprescritível, por expressa previsão do art. 37, § 5º, da Constituição Federal. No entanto, ao julgar o RE 636.886, o STF conferiu nova interpretação a esse dispositivo, fixando a tese de que “é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”;

b) embora o RE 636.886 tenha por objeto a execução de acórdão condenatório proferido pelo TCU, a interpretação conferida pelo STF ao art. 37, § 5º, da Constituição Federal, afeta a ação de ressarcimento como um todo, abrangendo não só a execução, mas também a pretensão condenatória. E, ao contrário da decisão proferida no julgamento do tema 897 (RE 852.475), no tema 899, relativo à atuação do Tribunal de Contas, a conclusão de que a pretensão de ressarcimento é prescritível foi estabelecida de forma categórica, sem ressaltar as condutas dolosas qualificáveis como ato de

improbidade;

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

d) o Código Civil e a Lei 9.873/1999 constituem as duas alternativas que, de forma mais consistente, polarizam os debates acerca do regime de prescrição a ser observado no processo de controle externo. Não obstante a relevância dos fundamentos utilizados no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, favoráveis à aplicação do Código Civil (Lei 10.406/2002), a Lei 9.873/1999 adota balizas usuais no âmbito do direito público, prevê causas de interrupção em tudo compatíveis com o processo de controle externo e já vem sendo utilizada pelo STF para limitar o exercício da pretensão punitiva pelo TCU, em decisões posteriores ao Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário. Assim, até que sobrevenha norma específica, entende-se que a prescrição das medidas de ressarcimento a cargo do TCU deve observar o regime da Lei 9.873/1999;

e) considerando, porém, que o acórdão proferido no RE 636.886 encontra-se embargado, não é recomendável reconhecer a prescrição desde logo, ante a possibilidade de esclarecimento da decisão em sentido diverso do ora defendido (notadamente quanto aos atos dolosos) ou mesmo a modulação de seus efeitos, para preservar as ações de controle instauradas com base no entendimento jurisprudencial até então vigente; e

f) assim, nos casos em que a prescrição não tenha ocorrido por nenhum dos dois regimes (Código Civil ou Lei 9.873/1999), o desfecho do processo não se alterará, qualquer que seja a premissa adotada (imprescritibilidade, prescritibilidade pelo Código Civil ou pela Lei 9.873/1999), viabilizando-se o imediato julgamento. Já nas situações em que a pretensão de ressarcimento esteja prescrita por algum dos dois regimes, ou por ambos, é recomendável que o julgamento do processo seja sobrestado, até ulterior deliberação do Tribunal.

5.3. As manifestações da Serur juntadas à peça 80 foram elaboradas quando ainda não estava disponibilizado o inteiro teor do acórdão do RE 636.886. Em nova análise após a publicação da decisão (DJe de 24/6/2020), inclusive mediante o cotejo com os demais votos proferidos no julgamento, conclui-se pela subsistência das premissas indicadas acima, cabendo destacar dois aspectos relevantes.

5.4. O primeiro diz respeito à ressalva aos atos dolosos de improbidade. Observa-se que tanto na manifestação do TCU, como *amicus curiae* (peça 35 do RE 636.886), como na manifestação do Ministério Público Federal na condição de fiscal da ordem jurídica (peça 38 do RE 636.886), o tema 897 foi invocado com o fim de preservar a atuação dos tribunais de contas no caso de prejuízos causados dolosamente, mediante condutas típicas de improbidade administrativa. Todavia, o pedido não foi acolhido. No ponto, não houve divergência quanto ao entendimento do relator, de que “as razões que levaram a maioria da Corte a estabelecer excepcional hipótese de imprescritibilidade, no tema 897, não estão presentes em relação as decisões do Tribunal de Contas que resultem imputação de débito ou multa”.

5.5. O segundo aspecto diz respeito à não incidência do Código Civil no regime de prescrição do ressarcimento. Nos votos em que a questão do prazo prescricional foi abordada, a referência foi sempre ao prazo quinquenal, usualmente adotado pelas normas de direito público.

5.6. Com essas explicações adicionais, passa-se à análise da prescrição no caso em exame, considerando-se as premissas indicadas anteriormente.

5.7. Quanto à **análise da prescrição segundo os critérios do Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário**, a prescrição da pretensão punitiva e do débito subordinam-se ao prazo geral de dez anos (art. 205 da Lei 10.406/2002 - Código Civil), contado a partir da data da ocorrência do fato e interrompido

pelo ato que ordenar a citação, a audiência ou a oitiva da parte. De acordo com o art. 34 da Resolução CD/FNDE 38, de 16/7/2009, o prazo para a prestação de contas da municipalidade findava-se no dia 15 de fevereiro do exercício subsequente, ou seja - como se refere ao exercício de 2010, a prestação de contas findou em 15/2/2011 (peças 4, 7; e 20, p. 3). A partir deste momento, a obrigação de ressarcir ao erário se tornava exigível.

5.8. Assim, considera-se como termo inicial para a contagem do prazo prescricional a data de início da inadimplência do gestor em comprovar a boa e regular aplicação dos recursos, qual seja, 16/2/2011. O ato ordenatório da citação que interrompe a fruição do prazo data de 25/9/2018. Logo, não se verifica a incidência do prazo decenal previsto no art. 205 do Código Civil entre a data do conhecimento da irregularidade pela Administração, nem entre o ato ordenatório e o acórdão condenatório (Acórdão 2654/2019-TCU-Plenário, de 30/10/2019). Portanto, não há que se cogitar da prescrição da pretensão punitiva ou ressarcitória sob a égide do paradigmático Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário.

5.9. No que concerne à **análise da prescrição pelo regime da Lei 9.873/1999**, é preciso considerar os seguintes parâmetros:

a) Termo inicial:

a.1) no regime da Lei 9.873/1999, a prescrição do ressarcimento, no caso de convênios e instrumentos congêneres, só começa a fluir do momento em que forem prestadas as contas (ou a partir da data da primeira medida de apuração dos fatos), como enfatizado pelo STF no voto do Ministro Roberto Barroso, no MS 32.201, assim como no voto do Ministro Gilmar Mendes, no RE 636.886, já que a omissão no dever de prestar contas é conduta omissiva e, como tal, permanente por excelência;

a.2) considerando que, no presente caso, a prestação de contas ocorreu em 20/12/2011, o prazo prescricional começou a fluir a partir de 20/12/2011 (peça 1, p. 384);

b) Prazo:

b.1) a Lei 9.873/1999 apresenta um prazo geral, de cinco anos (art. 1º), e um prazo especial, previsto no art. 1º, § 2º, a saber: “quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se pelo prazo previsto na lei penal”;

c) interrupções por atos inequívocos de apuração dos fatos, sendo que no regime da Lei 9.873/1999, a prescrição se interrompe “por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato” (art. 2º, II). Tal diploma legal prevê como causas interruptivas: I – pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital; II – por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato; III – pela decisão condenatória recorrível; IV – por qualquer ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da administração pública federal. O exemplo típico, no caso em exame, são: (i) a notificação do responsável; (ii) o exame da TCE no âmbito do FNDE; e (iii) o exame da TCE nesta Corte de Contas. Com esse fundamento, a prescrição foi interrompida:

c.1) Informação 250/2013-DIAFI/COPRA/CGAP/DIFIN/FNDE, datada de 13/3/2013, pelo saneamento de irregularidades no valor de R\$ 262.156,19 (peça 2, p. 157-164);

c.2) Ofício 351/2013-DIAFI/COPRA/CGAP/DIFIN/FNDE/MEC, de 18/3/2013, notificação do município ao ex-gestor acerca da análise financeira (peça 2, p. 165-175);

c.3) Ciência do Ofício 351/2013-DIAFI/COPRA/CGAP/DIFIN/FNDE/MEC, datado de 22/3/2013 (AR à peça 2, p. 177);

c.4) Parecer 67/2013-DIAFI/COPRA/CGCAP/DIFIN/FNDE, de 23/4/2013, pela aprovação parcial da prestação de contas (peça 2, p. 193-200);

c.5) Relatório de TCE, datado de 17/5/2013 (peça 2, p. 203-221);

- c.6) Parecer conclusivo da CGU, datado de 28/6/2013 (peça 2, p. 239-244);
- c.7) Pronunciamento Ministerial, datado de 15/8/2013 (peça 2, p. 245);
- c.8) chegada da TCE no TCU em 16/8/2013 (peça 1, p. 1);
- c.9) Instrução preliminar de sobrestamento/determinação, datada de 16/6/2014 (peças 5-7);
- c.10) Instrução preliminar de diligência, datada de 27/5/2016 (peças 11-12);
- c.11) Instrução preliminar de citação, datada de 13/9/2018 (peças 23-25); e
- c.12) Instrução de mérito, datada de 26/9/2019 (peças 45-47);

d) interrupções pela citação dos responsáveis, sendo que a prescrição também é interrompida “pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital”, nos termos do art. 2º, I, da Lei 9.873/1999. E, no regime dessa lei, a interrupção se dá pela citação propriamente dita, e não pelo despacho que a ordena. Com esse fundamento, houve a interrupção em 14/2/2019, com a citação válida do responsável (peças 39-40);

e) interrupção pela decisão condenatória recorrível (art. 2º, inciso III, da Lei 9.873/1999), sendo que para esse fundamento, houve a interrupção em 30/10/2019, data da sessão em que foi proferido o acórdão condenatório (peça 49). Essa interrupção é relevante, por estabelecer prazo para julgamento do recurso;

f) da prescrição intercorrente:

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

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

f.3) trata-se de prazo específico, não se aplicando nem o prazo geral de cinco anos nem o prazo especial, da lei penal (§ 2º). A finalidade da prescrição intercorrente, com seu prazo próprio, é a de assegurar a eficiência e celeridade nas apurações administrativas. Seria contrário a essa finalidade a paralisação injustificada do processo por período maior que o triênio estabelecido para a hipótese;

f.4) a extrapolação do prazo de três anos, sem inovação relevante no processo, pode configurar negligência. Por isso, além de se operar a prescrição, deve-se promover a “apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso”;

f.5) em muitas situações, o exame da prescrição intercorrente pode ficar prejudicado nos processos já em tramitação no TCU. Como a ação de ressarcimento era considerada imprescritível, as peças que compõem a tomada de contas especial, elencadas no art. 10 da Instrução Normativa-TCU 71/2012, não contemplam informações pormenorizadas quanto ao andamento do processo na fase interna, o que pode prejudicar a análise de eventual paralisação por mais de três anos;

f.6) assim, caso o tribunal venha a adotar a sistemática da Lei 9.873/1999 para aferir a prescrição, convém avaliar, oportunamente, a possibilidade de ajustes na IN-TCU 71/2012, para que as tomadas de contas especiais encaminhadas ao tribunal contemplem informações sobre as interrupções ocorridas na fase interna do procedimento; e

f.7) especificamente quanto a esta TCE, as próprias causas de interrupção elencadas acima permitem evidenciar que o processo teve andamento regular, não se operando a prescrição intercorrente.

5.10. Diante da análise da questão prescricional procedida nos itens 5.2 a 5.9 deste exame, conclui-se que **não ocorreu prescrição do dano ao erário** com base no regime do Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário e na Lei 9.873/1999.

5.11. Partindo-se da premissa de que a pretensão reparatória segue as mesmas balizas, enquanto não houver norma específica a respeito, a demonstração de que não se operou a prescrição punitiva impõe, como consequência, a conclusão de que também é viável a condenação ao ressarcimento do prejuízo apurado nos autos.

6. Prescrição da pretensão punitiva

6.1. O apelante traz a tese de que teria havido prescrição da pretensão punitiva do TCU com base na Lei 9.873/1999 (prazo quinquenal), tendo trazido, para tanto, as seguintes arguições (peça 62, p. 5-6):

a) a prescrição quinquenal estaria prevista no Decreto 20.910/1932, na Lei 5.172/1966, na Lei 9.784/99, e na Lei 9.873/1999 (peça 62, p. 5-6); e

b) haveria precedente da Suprema Corte reconhecendo a prescrição quinquenal da Lei 9.873/1999 no âmbito do TCU (MS 32.201/DF, relator Ministro Roberto Barroso) - peça 62, p. 5.

Análise:

6.2. Pela jurisprudência até então vigente, a pretensão punitiva exercida pelo Tribunal de Contas estava sujeita à prescrição, regida pelos critérios fixados no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, redator Ministro WALTON ALENCAR RODRIGUES. Já quanto ao débito, a ação de ressarcimento era considerada imprescritível, por expressa previsão do art. 37, § 5º, da Constituição Federal. No entanto, ao julgar o RE 636.886, o STF conferiu nova interpretação a esse dispositivo, fixando a tese de que “é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”.

6.3. Embora o RE 636.886 tenha por objeto a execução de acórdão condenatório proferido pelo TCU, a interpretação conferida pelo STF ao art. 37, § 5º, da Constituição, afeta a ação de ressarcimento como um todo, abrangendo não só a execução, mas também a pretensão condenatória. E, ao contrário da decisão proferida no julgamento do tema 897 (RE 852.475), no tema 899, relativo à atuação do Tribunal de Contas, a conclusão de que a pretensão de ressarcimento é prescritível foi estabelecida de forma categórica, sem ressaltar as condutas dolosas qualificáveis como ato de improbidade;

6.4. As pretensões punitiva e de ressarcimento devem observar o mesmo regime na atividade de controle externo, dado o objetivo comum da prescrição, de fixar prazo para o Tribunal de Contas agir, buscando caracterizar o ilícito, identificar seu autor, dimensionar as consequências da conduta (em especial, a quantificação do dano) e impor as consequências legais, independentemente do fato de tais consequências terem natureza punitiva ou ressarcitória.

6.5. O Código Civil e a Lei 9.873/1999 constituem as duas alternativas que, de forma mais consistente, polarizam os debates acerca do regime de prescrição a ser observado no processo de controle externo. Não obstante a relevância dos fundamentos utilizados no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, favoráveis à aplicação do Código Civil (Lei 10.406/2002), a Lei 9.873/1999 adota balizas usuais no âmbito do direito público, prevê causas de interrupção em tudo compatíveis com o processo de controle externo e já vem sendo utilizada pelo STF para limitar o exercício da pretensão punitiva pelo TCU, em decisões posteriores ao Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário. Assim, até que sobrevenha norma específica, entende-se que a prescrição das medidas de ressarcimento a cargo do tribunal de contas deve observar o regime Lei 9.873/1999.

6.6. No caso em apreço, tendo em vista a análise realizada no item 5 supra (plenamente aplicável à pretensão punitiva), conclui-se que a prescrição não ocorreu por nenhum dos dois regimes (Código Civil ou Lei 9.873/1999), de modo que se propõe **rejeitar** a tese do recorrente.

7. Arquivamento das contas por ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo

7.1. O recorrente apresenta a tese de que esta TCE deveria ser arquivada por motivo de força

maior ou caso fortuito, tornando as contas iliquidáveis por ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; tendo aduzido as alegações abaixo (peça 62, p. 2-5 e 11):

a) o fato inquinado nesta TCE teria ocorrido em 2010, já decorridos nove anos da apresentação do recurso, o que o tornaria imprevisível e inevitável (decorrente de motivação e causa alheia ao ex-prefeito) - caracterizando-se caso fortuito e de força maior, porquanto não poderia exercer plenamente a ampla defesa e o contraditório – situação que ensejaria a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo (peça 62, p. 2-5);

b) o caso concreto se amoldaria à uma excludente de responsabilidade, qual seja, caso fortuito e força maior, tendo trazido à baila entendimento do TCU consubstanciado no Acórdão 63/1994-TCU-Plenário, rel. Ministro BENTO JOSÉ BUGARIN, e Súmula TCU 3, rel. Ministro OCTÁVIO GALLOTTI (peça 62, p. 2-3); e

c) o caso fortuito e de força maior ensejariam a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo e a iliquidez das contas, com o posterior arquivamento e trancamento (peça 62, p. 3-5).

Análise:

7.2. De plano, **refuta-se** a tese do recorrente. Com efeito, no âmbito desta TCE, houve plena garantia aos princípios do contraditório e da ampla defesa, conforme documentação acostada às peças 1, p. 384, 386, 388-400; 2, p. 5-107, 115, 165-179; e 39-41. Nesse sentido, insta consignar que o ex-gestor, antes de ser citado pelo TCU em 29/1/2019 (peças 39-40), manifestou-se acerca da prestação de contas no exercício de 2011 (peças 1, p. 384 e 386; e 2, p. 115) e tomou ciência da reprovação dessa em 22/3/2013 (peça 2, p. 174-177).

7.3. Quanto à ocorrência de caso fortuito ou força maior, tem-se que não constam dos autos quaisquer documentos a evidenciar tal situação. *Contrario sensu*, resta sobejamente demonstrado neste feito que a conduta do responsável ora recorrente motivou e deu causa a irregularidade danosa ao erário, não havendo quaisquer elementos hábeis a indicar possibilidade de arquivamento por ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.

7.4. A ausência de caso fortuito ou de força maior, comprovadamente alheio à vontade do responsável, impede que as contas sejam consideradas iliquidáveis e ordenado o seu trancamento, conforme prescreve o art. 20 da Lei 8.443/1992 (Acórdão 848/2007-TCU-1ª Câmara, rel. Ministro VALMIR CAMPELO).

7.5. *Ad argumentandum tantum*, ainda que se cogitasse a ocorrência de caso fortuito a impossibilita materialmente a prestação de contas, tem-se que esse deve ser demonstrado por laudos oficiais ou documentos periciais emitidos por órgão oficial que evidencie o momento e o alcance de suposto sinistro (Acórdão 7482/2014-TCU-1ª Câmara, rel. Ministro WALTON ALENCAR RODRIGUES). A ocorrência de caso fortuito ou força maior não exime de responsabilidade gestores de recursos públicos que, tendo oportunidade de demonstrar na época certa prevista para a prestação de contas o correto emprego dos recursos sob sua gestão, não o tenham feito (art. 399 do Código Civil) - Acórdãos 1040/2018-TCU-1ª Câmara, rel. Ministro WALTON ALENCAR RODRIGUES, e 130/2008-TCU-2ª Câmara, rel. Ministro BENJAMIN ZYMLER.

Mérito

8. Ilegitimidade passiva do Sr. Sebastião Lopes Monteiro

8.1. O recorrente traz a tese de que não teria tido conduta irregular na gestão dos recursos do PNAE/2010, tendo ele aduzido a seguinte linha argumentativa (peça 62, p. 6-7, 9 e 11):

a) teria confiado as questões técnicas à uma equipe, acreditando não estar havendo irregularidade (peça 62, p. 6 e 9);

b) as notas fiscais seriam de responsabilidade do emissor, não havendo motivo para imputar sua irregularidade ao ex-prefeito - precedente do STJ - RE 1.148.444 - MG, rel. Ministro Luiz Fux (peça 62, p. 6-7 e 9); e

c) não seria razoável imaginar que o recorrente, na condição de pescador (profissão) e leigo nas questões técnicas, saberia verificar a regularidade das notas fiscais (peça 62, p. 9).

Análise:

8.2. Exordialmente, importa ressaltar que o recorrente, ao tomar posse e exercer a condição de prefeito municipal de Apicum-Açu/MA (gestão 2009-2012), assumiu as incumbências inerentes ao cargo máximo do ente federativo (dentre elas, a de ordenador de despesa), não podendo ele se escusar de suas responsabilidades com anteparo em desconhecimento de questões administrativas (regularidade de nota fiscal). Em outras palavras, a partir da investidura do responsável no cargo de Prefeito Municipal de Apicum-Açu/MA, ele assumiu o risco de cumprir com os deveres de um gestor público. Nesse ponto, importa mencionar o art. 3º do Decreto-Lei 4.657/1942, o qual enuncia “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.”.

8.3. No que concerne à arguição de que o recorrente teria, na condição de prefeito municipal, confiado as questões técnicas a uma equipe, acreditando não estar havendo irregularidade; tem-se que essa não merece prosperar. Meras alegações de desconcentração administrativa ou de confiança no trabalho subordinado não se prestam para eximir a incidência de culpa in vigilando, já que a delegação de competência não retira a responsabilidade de quem delega (Acórdão 1782/2007-TCU-2ª Câmara, rel. Ministro BENJAMIN ZYMLER). Demais disso, não constam dos autos quaisquer elementos que demonstrem o contexto alegado pelo apelante (que ele estaria, à época, alheio à perpetração dos atos administrativos que culminaram em dano ao erário).

8.4. Quanto à alegação referente à não razoabilidade em imaginar que o recorrente, na condição de pescador (profissão) e leigo nas questões técnicas, saberia verificar a regularidade das notas fiscais, tem-se que essa não merece acolhida. Efetivamente, o cerne da questão não se confunde com a verificação ou não da regularidade fiscal da empresa contratada, pois se relaciona à validade das notas fiscais como comprovante da boa e regular aplicação dos recursos repassados por meio PNAE/2010. Ou seja, a situação fiscal da empresa contratada não impactaria a emissão de notas fiscais idôneas.

8.5. Nesse ponto, insta consignar que o responsável não trouxe aos autos, após a citação válida desta Corte no bojo desta TCE, quaisquer elementos hábeis a comprovar a adoção de providências junto à empresa contratada para fins de obtenção de escoreitos documentos fiscais.

8.6. Em relação ao argumentado pelo recorrente de que as notas fiscais seriam de responsabilidade do emissor, não havendo motivo para imputar sua irregularidade ao ex-prefeito; vê-se que não socorre ao recorrente. Decerto, a responsabilidade pela emissão da nota fiscal é da empresa contratada, porém essa não detém o ônus de apresentar documentação consistente para fins de prestação de contas de recursos públicos ao FNDE, atribuição essa atinente ao então prefeito de Apicum-Açu/MA (gestão 2009-2012).

8.7. Nesse contexto, cabe ressaltar que a jurisprudência pacífica nesta Corte de Contas atribui ao responsável o dever de prestar contas da integralidade das verbas federais repassadas. Cabe ao gestor o ônus da prova da boa e regular aplicação desses recursos, por meio de documentação consistente.

8.8. Tal entendimento encontra fundamento no art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, bem assim o art. 93 do Decreto-Lei 200/1967 c/c o art. 66 do Decreto 93.872/1986; e está consolidado nesta Corte de Contas, conforme se verifica nos Acórdãos 1577/2014-TCU-2ª Câmara, rel. Ministro-

Substituto ANDRÉ DE CARVALHO; 6716/2015-TCU-1ª Câmara, rel. Ministro-Substituto AUGUSTO SHERMAN; 9254/2015-TCU-2ª Câmara, rel. Ministra ANA ARRAES; 9820/2015-TCU-2ª Câmara, rel. Ministro RAIMUNDO CARREIRO; 659/2016-TCU-2ª Câmara, rel. Ministro-Substituto MARCOS BEMQUERER; 1322/2019-TCU-2ª Câmara, rel. Ministra ANA ARRAES, e 2764/2019-TCU-2ª Câmara, rel. Ministra ANA ARRAES.

8.9. Em face do exposto, propõe-se **rejeitar** a tese do recorrente.

9. Regularidade na aplicação dos recursos do PNAE/2010

9.1. O Sr. Sebastião Lopes Monteiro apresenta a tese de que não haveria qualquer mácula na gestão dos recursos do PNAE/2010 no âmbito do município de Apicum-Açu/MA, tendo ele ofertado os seguintes argumentos/documentos (peça 62, p. 6-17 e 20-47):

a) as despesas realizadas teriam sido executadas e usadas em benefício da comunidade da população local, de modo que os bens teriam sido adquiridos pagos, entregues e servidos aos munícipes (peça 62, p. 6);

b) a utilização de saques para despesas seria prática na maioria das prefeituras maranhenses, porquanto não haveria proibição expressa para o cometimento dessa, devendo-se salientar que (peça 62, p. 8):

b.1) somente com o advento do Decreto 7.507/2011, teria havido tal proibição (peça 62, p. 8);

b.2) apenas em 2017 teria havido termo de ajustamento de conduta entre Caixa Econômica Federal (CEF) e Banco do Brasil (BB) junto ao Ministério Público Federal (MPF), no sentido de impedir saques em espécie de recursos públicos federais (peça 62, p. 8);

b.3) a Circular 3.461, do Banco Central do Brasil (BCB), teria consolidado as regras e os procedimentos a serem adotados na prevenção e combate aos crimes capitaneados no art. 6º da Lei 9.613/1998, a confirmar o motivo de o registro dos cheques de retirada terem tido como beneficiária a própria prefeitura (peça 62, p. 8);

c) não se poderia afirmar que os valores teriam tido como destino conta de titularidade da prefeitura, bem assim que não teriam sido disponibilizados à empresa contratada (peça 62, p. 9);

d) no exercício de 2010, existiria entendimento pacífico do STJ e decisão do TCU (Acórdão 2197/2009-TCU-Plenário, rel. Ministro BENJAMIN ZYMLER), a determinar que o órgão público não pode reter pagamento de empresas por ausência de regularidade fiscal, ou seja, caso a mesma não apresentasse certidões negativas para recebimento por prestação de serviços ou fornecimento de mercadorias, sob pena de citação por enriquecimento sem causa, o que é vedado pelo ordenamento jurídico; o que fragilizaria a imposição de regularidade fiscal para pagamentos e a possibilidade de averiguação da idoneidade das obrigações fiscais da empresa (peça 62, p. 9);

e) as notas fiscais 861 e 862, cujas quantidades não correspondem aos quantitativos de entrega apresentados ao CAE, teriam sido atestadas por servidor público, de que os atos se revestem de fé pública (peça 62, p. 10);

f) teria ocorrido perseguição política à época dos fatos (peça 62, p. 10); e

g) Ofício GAB 206/2011, de 20/12/2011, em que a municipalidade encaminha ao FNDE a prestação de contas final do PNAE/2010 (peça 62, p. 12);

h) Ofício GAB 192/2011, de 24/8/2011, em que a municipalidade encaminha ao CAE a

prestação de contas final do PNAE/2010 (peça 62, p. 14);

i) parecer conclusivo do CAE sobre a execução do PNAE/2010 (peça 62, p. 15);

j) expediente enviado pela municipalidade ao MPF, com o processo licitatório tido no âmbito do PNAE/2010 (peça 62, p. 16-17);

k) documentos a título de prestação de contas (pedido de merenda, relatório mensal dos alimentos, produtos da merenda escolar para devolução, recebimento de merenda escolar, nota de entrega de alimentos, contrato de pessoa física para execução de serviços nutricionais, etc.) - peça 62, p. 20-33;

l) comunicação, de 18/4/2013, encaminhado pelo ex-prefeito ao FNDE, acerca de pontos controversos no exame de contas do PNAE/2010 (peça 62, p. 36-40);

m) carta, datado de 13/9/2013, enviado pelo ex-prefeito ao FNDE, questionando o motivo da instauração de TCE (peça 62, p. 42);

n) ofício, de 26/3/2019, remetido pelo ex-prefeito à Ministra-Relatora *a quo*, solicitando prorrogação de prazo da TCE por conta da pendência de manifestação do FNDE de documentação por ele encaminhada (peça 62, p. 44); e

o) expediente, de 27/9/2019, encaminhado pelo ex-prefeito à Justiça Federal no Estado do Maranhão, juntando provas documentais para o deslinde do feito (peça 62, p. 46-47).

Análise:

9.2. No tocante ao argumento do recorrente de que a utilização de saques para despesas seria prática na maioria das prefeituras maranhenses, porquanto não haveria proibição expressa para o cometimento dessa; tem-se que esse não merece ser acatado.

9.3. Com efeito, ao contrário do defendido pelo apelante, havia previsão normativa acerca da vedação de saques nominais à prefeitura antes do Decreto 7.507/2011 e ao alegado termo de ajustamento de conduta entre o Ministério Público Federal, o Banco do Brasil S/A e a Caixa Econômica Federal; conforme se verifica no art. 30, incisos XVI e XVII, da Resolução CD/FNDE 38, de 16/7/2009, conforme transcrito abaixo:

Resolução CD/FNDE 38, de 16/7/2009:

Art. 30. A transferência dos recursos financeiros do orçamento do FNDE para execução do PNAE, em caráter complementar aos aportados pelas Entidades Executoras, será feita automaticamente pelo FNDE, sem necessidade de convênio, ajuste, acordo, contrato ou instrumento congênere, nos termos do disposto na Lei nº 11.947/2009, de forma a garantir, no mínimo, uma refeição diária ao público-alvo do Programa, e sua operacionalização processar-se-á da seguinte forma: (...)

XVI - os saques de recursos da conta específica do Programa somente serão permitidos para a aquisição de gêneros alimentícios ou para a realização de aplicações financeiras e das transferências previstas nos arts. 8º, 9º e 10 desta Resolução;

XVII – a movimentação dos recursos da conta específica do Programa realizar-se-á, exclusivamente, mediante cheque nominativo ao credor ou ordem bancária, transferência eletrônica disponível ou outra modalidade de saque autorizada pelo Banco Central do Brasil em que fique identificada sua destinação e, no caso de pagamento, o credor. (Grifou-se).

9.4. Como se vê, a movimentação de recursos do PNAE deveria ter sido realizada apenas por cheque nominal ou ordem bancária, transferência eletrônica disponível (TED) ou modalidade de saque autorizada pelo BCB em que reste evidenciada a destinação - sendo que, no caso de pagamento, o credor.

De pronto, vê-se que a prefeitura jamais poderia ter cheque nominal a ela própria, porquanto jamais poderia ser credora do PNAE.

9.5. Importa salientar que o saque de recursos da conta específica do PNAE deve ser realizado, exclusivamente, mediante cheque nominativo ao credor ou ordem bancária, transferência eletrônica ou outra modalidade de saque autorizada pelo Banco Central do Brasil em que fique identificada sua destinação e credor, conforme disposições regulamentares da matéria (Acórdão 6271/2016-TCU-2ª Câmara, rel. Ministro-Substituto MARCOS BEMQUERER).

9.6. Demais disso, insta consignar que a Administração municipal não deve efetuar o pagamento em espécie a fornecedores de gêneros alimentícios para o PNAE, haja vista que o saque de recursos da conta específica do programa deve ser realizado, exclusivamente, mediante cheque nominativo ao credor ou ordem bancária, transferência eletrônica disponível ou outra modalidade de saque autorizada pelo Banco Central do Brasil em que fique identificada sua destinação e credor, conforme disposições regulamentares da matéria (Acórdão 2761/2008-TCU-Segunda Câmara, rel. Ministro UBIRATAN AGUIAR).

9.7. Quanto à alegação de que a Circular 3.461, do BCB teria sido no sentido de confirmar o motivo de o registro dos cheques de retirada terem tido como beneficiária a própria prefeitura, tem-se que tal alegação não socorre ao recorrente, porquanto não modifica o fato de não haver nos autos comprovação da destinação dos cheques nominais a prefeitura para a aquisição de gêneros alimentícios para o PNAE. Ora, independentemente de os cheques nominais à prefeitura terem sido sacados em espécie, sacados e depositados na conta da prefeitura, sacados e depositados na conta de terceiros; tais situações não elidem a irregularidade objeto de citação no bojo desta TCE.

9.8. Nesse contexto, frise-se que a jurisprudência pacífica nesta Corte de Contas atribui ao responsável o dever de prestar contas da integralidade das verbas federais repassadas. Cabe ao gestor o ônus da prova da boa e regular aplicação desses recursos, por meio de documentação consistente.

9.9. Tal entendimento encontra fundamento no art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, bem assim o art. 93 do Decreto-Lei 200/1967 c/c o art. 66 do Decreto 93.872/1986; e está consolidado nesta Corte de Contas, conforme se verifica nos Acórdãos 1577/2014-TCU-2ª Câmara, rel. Ministro-Substituto ANDRÉ DE CARVALHO; 6716/2015-TCU-1ª Câmara, rel. Ministro-Substituto AUGUSTO SHERMAN; 9254/2015-TCU-2ª Câmara, rel. Ministra ANA ARRAES; 9820/2015-TCU-2ª Câmara, rel. Ministro RAIMUNDO CARREIRO; 659/2016-TCU-2ª Câmara, rel. Ministro-Substituto MARCOS BEMQUERER; 1322/2019-TCU-2ª Câmara, rel. Ministra ANA ARRAES, e 2764/2019-TCU-2ª Câmara, rel. Ministra ANA ARRAES.

9.10. Quanto ao argumento de que, no exercício de 2010, existiria entendimento pacífico do STJ e decisão do TCU (Acórdão 2197/2009-TCU-Plenário, rel. Ministro BENJAMIN ZYMLER), a determinar que o órgão público não pode reter pagamento de empresas por ausência de regularidade fiscal, ou seja, caso a mesma não apresentasse certidões negativas para recebimento por prestação de serviços ou fornecimento de mercadorias, sob pena de citação por enriquecimento sem causa, o que é vedado pelo ordenamento jurídico; tem-se que esse não deve ser acatado. Senão, veja-se.

9.11. Efetivamente, o cerne desta TCE não é questionar a execução e pagamento ou não do(s) serviço(s) de empresa(s) contratada(s), mas sim tratar da não comprovação da boa e regular aplicação, em face da não apresentação de documentação hábil a estabelecer o nexo de causalidade entre os valores transferidos por meio do PNAE, no exercício de 2010, e o alcance de seus objetivos, situação essa materializada nas seguintes circunstâncias objetivas:

- a) das 27 notas fiscais apresentadas pelo recorrente a título de prestação de contas, onze

foram atestadas inidôneas e quatro ilegíveis;

b) das doze notas fiscais regulares, apenas duas (NF 861 e 862 - peças 4, p. 122 e 128) obtiveram correspondência com os cheques cujo beneficiária foi a empresa Comercial *Number One*, Gêneros Alimentícios Ltda. (cheque 850002, conta 9.839-6, agência 1485-0, Banco do Brasil, no valor de R\$ 8.616,00; e pagamentos diversos autorizado, conta 9.840-X, agência 1485-0, Banco do Brasil, na importância de R\$ 27.077,00, respectivamente - (peças 1, p. 286; 2, p. 51, 63, 132 e 137; e 4, p. 90 e 113); e

c) os quantitativos de gêneros alimentícios das NFs 861 e 862 não guardam correspondência com aqueles do relatório do CAE (peça 1, p. 138-140).

9.12. Dito isso, percebe-se evidente ausência de nexo de causalidade financeiro entre os cheques, as notas fiscais e os documentos de entrega de gêneros alimentícios.

9.13. Em relação ao alegado de que as notas fiscais 861 e 862 teriam sido atestadas por servidor público, cujos se revestem de fé pública; tem-se que tal presunção de veracidade é *juris tantum*, ou seja, não se revela absoluta. Com efeito, escapam da presunção de veracidade apenas as situações descritas no art. 345 do CPC, em especial a identificação de que as alegações formuladas são inverossímeis ou estão em contradição com prova dos autos (Acórdãos 3890/2017-TCU-1ª Câmara, rel. Ministro WALTON ALENCAR RODRIGUES; 3889/2017-TCU-1ª Câmara, rel. Ministro WALTON ALENCAR RODRIGUES; 2430/2017-TCU-1ª Câmara, rel. Ministro WALTON ALENCAR RODRIGUES), fato verificado nos autos com base no relatório do CAE à peça 1, p. 138-140.

9.14. Revela-se essencial mencionar, nesse ponto, que o fato de a nota fiscal ser falsa não significa, por si só, que as mercadorias dela constantes não tenham sido efetivamente entregues. Ademais, o conteúdo do atesto, que em geral é feito no próprio documento fiscal, independe da autenticidade do documento em que é aposta a declaração de recebimento por parte do agente público, a qual possui presunção de veracidade *juris tantum* (Acórdão 8644/2013-TCU-1ª Câmara, rel. Ministro BENJAMIN ZYMLER).

9.15. Quanto à alegação de que teria havido perseguição política, tem-se que essa não merece acolhida, porquanto não há elementos nos autos que evidenciem tal situação, salientando-se que cabe ao gestor o dever de prestar contas, conforme jurisprudência pacífica do TCU, fundamentada no art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, e no art. 93 do Decreto-lei 200/1967; ressaltando-se que, por consectário lógico, não cabe ao TCU garantir ao responsável o acesso à referida documentação, o que deve ser buscado pelo próprio interessado por meio dos remédios administrativos e judiciais pertinentes.

9.16. Quanto à discussão de tal temática no âmbito da Justiça Federal (processo 0032879-96.2013.4.01.3700) - peça 62, p. 44 e 46-47; deve-se salientar que o TCU possui jurisdição e competência próprias estabelecidas pela Constituição Federal e pela sua Lei Orgânica (Lei 8.443/1992), de modo que não obsta a sua atuação o fato de tramitar no âmbito do poder judiciário ação penal ou civil, versando sobre o mesmo assunto, dado o princípio da independência das instâncias.

9.17. Sobre esse tema, o Supremo Tribunal Federal tem apoiado a tese da independência entre as instâncias administrativa e penal (Mandados de Segurança 26.969-DF e 25.880-DF), no que é acompanhado pelo Superior Tribunal de Justiça (MS 7080-DF, MS 7138-DF e 7042-DF), corroborando, por extensão, o entendimento esposado por esta Corte de Contas. Nesse sentido são os Acórdãos 3036/2015-TCU-Plenário, rel. Ministro-Substituto MARCOS BEMQUERER; 10042/2015-TCU-2ª Câmara, rel. Ministro-Substituto MARCOS BEMQUERER; 7752/2015-TCU - 1ª Câmara, rel. Ministro JOSÉ MÚCIO MONTEIRO; 7475/2015-TCU-1ª Câmara, rel. Ministro JOSÉ MÚCIO MONTEIRO; 7123/2014-TCU-1ª Câmara, rel. Ministro BRUNO DANTAS; e 2743/2019-TCU-2ª Câmara, rel. Ministro-Substituto MARCOS BEMQUERER.

9.18. Diante dessa conjuntura, no que tange à existência de parecer conclusivo do CAE sobre a execução do PNAE/2010 pela regularidade com ressalvas das respectivas contas (peça 62, p. 15), tem-

se que tal posição não vincula esta Corte de Contas. Nesse rumo, adotando-se por analogia (no caso do CAE) os casos de pareceres de órgãos administrativos ou legislativos municipais, tem-se os Acórdãos 10846/2018-TCU-1ª Câmara, rel. Ministro BRUNO DANTAS; 7464/2015-TCU-1ª Câmara, rel. Ministro BENJAMIN ZYMLER; 2386/2015-TCU-2ª Câmara, rel. Ministro BENJAMIN ZYMLER; 2245/2014-TCU-Plenário, rel. Ministro JOSÉ JORGE; 2283/2011-TCU-2ª Câmara, rel. Ministro AROLDO CEDRAZ; 4221/2010-TCU-1ª Câmara, rel. Ministro-Substituto MARCOS BEMQUERER; 2999/2008-TCU-1ª Câmara; 2607/2008-TCU-Plenário, rel. Ministro AROLDO CEDRAZ; 1714/2008-TCU-2ª Câmara, rel. Ministro AROLDO CEDRAZ; e 920/2007-TCU-Plenário, rel. Ministro VALMIR CAMPELO.

9.19. Outrossim, por analogia à não comprovação da boa e regular aplicação de recursos, cabe trazer à tona o Acórdão 861/2007, rel. Ministro AUGUSTO NARDES, o qual enuncia que as prestações de contas atinentes ao PNAE são simplificadas, compostas de demonstrativos sintéticos anuais da execução físico-financeira e do parecer do conselho de alimentação escolar. Contudo, instaurada TCE em decorrência da omissão no dever de prestar contas, o gestor deve apresentar todos os comprovantes de pagamentos efetuados com os recursos transferidos, tais como notas fiscais, recibos, procedimentos licitatórios, contratos, extratos bancários, cópias de cheques e/ou ordens de pagamentos. *In casu*, esta Corte de Contas determinou ao FNDE, mediante item 1.8.1 do Acórdão 8834/2012-2ª Câmara (prolatado no bojo do TC 023.914/2013-0), rel. AUGUSTO NARDES, a instauração da presente TCE.

9.20. Compulsando a documentação trazida em sede recursal (peça 62), verificou-se que essa não é suficiente para elidir a ausência denexo de causalidade financeiro entre os cheques, as notas fiscais, e documentos de entrega de gêneros alimentos. Ou seja, o recorrente não logrou demonstrar a correlação das informações/documentos - peça 62, p. 20-33, 36-40 e 45 - com a origem dos recursos (PNAE/2010).

9.21. Por fim, entende-se que o débito decorrente das despesas de tarifas bancárias não deve ser imputado ao responsável ora recorrente. Senão, veja-se. O ex-alcaide foi citado em virtude da não comprovação das despesas realizadas com os recursos do PNAE/2010, situação completamente diversa da impugnação de despesas bancárias - em que não existe o que comprovar (peça 39-40), de modo que se configurou singelo erro material na condenação em débito (R\$ 31,90), sem prejuízo à ampla defesa e ao contraditório.

9.22. No caso concreto, para que não ocorra o enriquecimento ilícito da Administração, entende-se que o montante de R\$ 31,90 deve ser abatido do valor total devido nesta TCE, considerando-se atendido os requisitos do art. 966, § 1º, da Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil), aplicando-se por analogia o entendimento cristalizado no Acórdão 1234/2020-TCU-1ª Câmara, rel. Ministro BRUNO DANTAS, *in verbis*:

Admite-se, excepcionalmente, a modificação de julgado por meio de embargos de declaração com efeitos infringentes, para a correção de premissa equivocada com base em erro material ou erro de fato, sobre a qual tenha se fundado o acórdão embargado, quando o erro tenha sido decisivo para o resultado do julgamento. (Grifou-se).

9.23. No que concerne à questão da responsabilidade subjetiva com base na Lei 13.655/2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), cabe assinalar que as alterações promovidas pela norma legal, em especial a inclusão do art. 28, não provocam modificação nos requisitos necessários à responsabilidade financeira pelo débito – o dever de indenizar os prejuízos ao erário permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa (Acórdãos 2391/2018-TCU-Plenário, rel. Ministro BENJAMIN ZYMLER, e 5547/2019-TCU-1ª Câmara, rel. Ministro BENJAMIN ZYMLER).

9.24. Importa mencionar, ainda, que, na aplicação de sanções, o TCU deve considerar a natureza e a gravidade da infração, os danos que delas provieram para a Administração Pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente, nos termos do art. 22, § 2º (Acórdão 2463/2019-TCU-1ª Câmara, rel. Ministro BRUNO DANTAS). Para fins de aplicação de sanções pelo TCU, deve-se verificar a ocorrência de culpa grave ou dolo do administrador público (Acórdão 11762/2018-TCU-

2ª Câmara, rel. Ministro-Substituto MARCOS BEMQUERER).

9.25. Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, erro grosseiro é o que decorreu de grave inobservância do dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave (Acórdãos 1689/2019-TCU-Plenário, rel. Ministro AUGUSTO NARDES, 2924/2018-TCU-Plenário, rel. Ministro JOSÉ MÚCIO MONTEIRO, e 2391/2018-TCU-Plenário, rel. Ministro BENJAMIN ZYMLER).

9.26. *In casu*, conclui-se que a irregularidade cometida (não comprovação da correta e regular aplicação dos recursos) foi praticada pelo Sr. Sebastião Lopes Monteiro, seja pela apresentação de documentos inidôneos (notas fiscais) seja pela ausência de elementos que comprovassem a efetiva entrega dos produtos; de modo que agiu, no mínimo, com culpa grave (por negligência e/ou imprudência), tendo ele assumido todos os riscos envolvidos na prática do ato administrativo, pois era de se esperar dele o pleno cumprimento do art. 8º da Lei 11.947/2009 c/c o art. 30, incisos XVI e XVII, da Resolução CD/FNDE 38, de 16/7/2009 (vigente à época).

9.27. Adotando-se, por analogia (equiparação entre aplicação de recursos repassados por meio do PNAE e aqueles recebidos por força de convênio) o Acórdão 2681/2019-TCU-1ª Câmara, rel. Ministro BENJAMIN ZYMLER), tem-se que, para fins de responsabilização perante o TCU, pode ser tipificado como erro grosseiro o descumprimento de regra expressa em instrumento de convênio. Tal conduta revela nível de atenção aquém ao de uma pessoa com diligência abaixo do patamar médio, o que configura culpa grave, passível de multa.

9.28. Salienta-se, por oportuno, não haver nos presentes autos elementos hábeis a comprovar a ocorrência de circunstâncias práticas, ainda que de ordem estrutural, a limitar ou condicionar a ação das responsáveis ora recorrentes na consecução plena e imaculada do objeto pactuado conforme o plano de trabalho.

9.29. Em face do exposto, propõe-se acolher **parcialmente** o recurso e, no mérito, excluir do débito as despesas bancárias no total de R\$ 31,90, ajustando-se a composição de débito, conforme tabela 1 abaixo:

Tabela 1 - Débito remanescente

Valor (R\$)	Data
44.823,40	26/3/2010
34.704,00	5/5/2010
34.704,00	4/6/2010
34.704,00	12/7/2010
34.704,00	3/8/2010
34.704,00	13/9/2010
20.562,00	13/10/2010
48.846,00	8/11/2010
26.088,00	15/12/2010

10. Ocorrência de boa-fé

10.1. O recorrente alega que teria agido de boa-fé nos seus atos de gestão da coisa pública (peça 62, p. 6).

Análise:

10.2. No que concerne à questão da boa-fé, a jurisprudência deste Tribunal sedimentou entendimento de que quando se trata de processos atinentes ao exercício do controle financeiro da Administração Pública, tais como o que ora se examina, a boa-fé não pode ser presumida, devendo ser demonstrada e comprovada a partir dos elementos que integram os autos. Tal interpretação decorre da compreensão de que, relativamente à fiscalização dos gastos públicos, privilegia-se a inversão do ônus da prova, pois cabe ao gestor comprovar a boa aplicação dos dinheiros e valores públicos sob sua responsabilidade.

10.3. Nesse contexto, e após exame de toda a documentação carreada aos autos, não há como se vislumbrar a boa-fé na conduta do responsável, já que não foram constatados atos ou fatos atenuantes os quais pudessem apontar para atitude zelosa e diligente do responsável na gestão da coisa pública. Com efeito, o recorrente não apresentou aos autos provas ou argumentos que elidam ou mesmo atenuem a não aplicação da boa e regular aplicação dos recursos públicos.

10.4. Sobre o assunto, o art. 202, § 6º, do Regimento Interno do TCU, estabelece que, não restando configurada de forma objetiva a boa-fé dos responsáveis, o Tribunal proferirá, desde logo, o julgamento definitivo de mérito pela irregularidade das contas. São nesse sentido os Acórdãos 10995/2015-TCU-2ª Câmara, rel. Ministro-Substituto MARCOS BEMQUERER; 7473/2015-TCU-1ª Câmara, rel. Ministro BENJAMIN ZYMLER; 9376/2015-TCU-2ª Câmara, rel. Ministro VITAL DO RÊGO; 8928/2015-TCU-2ª Câmara, rel. Ministro-Substituto MARCOS BEMQUERER; 1895/2014-TCU-2ª Câmara, rel. Ministra ANA ARRAES; 1455/2018-TCU-Plenário, rel. Ministro BENJAMIN ZYMLER; 14913/2018-TCU-1ª Câmara, rel. Ministro BENJAMIN ZYMLER; e 2741/2018-TCU-Plenário, rel. Ministro WALTON ALENCAR RODRIGUES.

10.5. Em face do exposto, propõe-se **não acolher** a tese apresentada pelo recorrente.

11. Ausência de má-fé

Análise:

11.1. O recorrente alega que não teria agido de má-fé (peça 62, p. 9 e 39).

Análise:

11.2. Uma vez caracterizada a reprovabilidade da conduta, a avaliação de existência de má-fé não é requisito essencial à culpabilidade do recorrente. De outro modo, tal elemento anímico, subjetivo da conduta, deve ser considerado apenas como agravante, no sentido de majorar a dosimetria da pena.

11.3. Nesse sentido, considerando ainda que a má-fé não pode ser presumida, devendo, portanto, ser demonstrada, reforça-se que sua existência sequer foi cogitada nos presentes autos.

11.4. Assim, conclui-se que a alegação de ausência de má-fé do responsável não é capaz de afastar a cominação da multa, vez que não é pressuposto de sua aplicação. Ademais, tendo em vista que a manifestação de má-fé não foi expressamente considerada na dosimetria da pena, reputa-se irrelevante o argumento do recorrente.

11.5. **Rejeita-se**, pois, a tese do apelante.

CONCLUSÃO

12. Das análises anteriores, conclui-se pelo **provimento parcial** do recurso, considerando-se que:

a) não ocorreu prescrição do dano ao erário com base no regime do Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário e na Lei 9.873/1999, de modo que, partindo-se da premissa de que a pretensão reparatória segue as mesmas balizas, enquanto não houver norma específica a respeito, a demonstração de que não se operou a prescrição punitiva impõe, como consequência, a conclusão de que também é viável a condenação ao ressarcimento do prejuízo apurado nos autos;

b) revela-se incabível o arquivamento das presentes contas, porquanto presentes os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, devendo-se considerar a inexistência nos autos de elementos a indicar a presença de caso fortuito ou força maior no âmbito desta TCE e a asseguaração da ampla defesa e do contraditório;

c) o recorrente, na condição de prefeito municipal, não pode se escusar de sua responsabilidade de gestor com anteparo em desconhecimento de questões administrativas (verificação da regularidade fiscal não se confunde com comprovar gastos públicos com base em notas fiscais

inidôneas e/ou mesmo sem correspondência com a efetiva entrega dos produtos) - além de que não há nos autos quaisquer elementos hábeis a comprovar a adoção de providências do ex-gestor junto à empresa contratada para fins de obtenção de escoreitos documentos fiscais, tampouco que as decisões tomadas por sua equipe não seriam de seu conhecimento;

d) a jurisprudência pacífica nesta Corte de Contas atribui ao responsável o dever de prestar contas da integralidade das verbas federais repassadas, cabendo ao gestor o ônus da prova da boa e regular aplicação desses recursos, por meio de documentação consistente - fato não observado nos presentes autos;

e) o ex-prefeito foi citado em virtude da não comprovação das despesas realizadas com os recursos do PNAE/2010, situação completamente diversa da impugnação de despesas bancárias - em que não existe o que comprovar (peça 39-40), de modo que se configurou singelo erro material na condenação em débito (R\$ 31,90), sem prejuízo à ampla defesa e ao contraditório;

f) no caso de responsabilização de pessoa física, a boa-fé não deve ser presumida mas sim demonstrada e comprovada, fato que não ocorreu nos presentes autos, já que não foram constatados atos ou fatos atenuantes os quais pudessem apontar para atitude zelosa e diligente do responsável na gestão da coisa pública; e

g) no âmbito do controle externo, a existência de má-fé não é requisito essencial à culpabilidade do recorrente, bastando haver caracterizada a reprovabilidade da conduta, não tendo sido inequivocamente comprovada nos presentes autos a má-fé da recorrente.

12.2. Com base na conclusão da alínea “e” do item precedente, propõe-se o provimento parcial do recurso, para excluir parte do débito (R\$ 31,90) de que trata o item 9.1 do acórdão recorrido.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

13. Ante todo o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise do recurso de reconsideração interposto pelo Sr. Sebastião Lopes Monteiro, contra o Acórdão 2654/2019-TCU-Plenário, propondo-se, com fundamento no art. 32, inciso I, e 33, da Lei 8.443/1992:

a) **conhecer** do recurso e, no mérito, dar-lhe **provimento parcial**, para excluir do débito de que trata o item 9.1 do acórdão recorrido as despesas alusivas ao pagamento de tarifas bancárias, atribuindo-lhe a seguinte composição de dívida:

Valor (R\$)	Data
44.823,40	26/3/2010
34.704,00	5/5/2010
34.704,00	4/6/2010
34.704,00	12/7/2010
34.704,00	3/8/2010
34.704,00	13/9/2010
20.562,00	13/10/2010
48.846,00	8/11/2010
26.088,00	15/12/2010

b) dar ciência da deliberação que vier a ser adotada ao recorrente, ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), à Controladoria-Geral da União, à Procuradoria da República no Estado do Maranhão, e aos demais interessados.

TCU/Secretaria de Recursos/3ª Diretoria, em 11/9/2020.

(assinado eletronicamente)



Gustavo de Souza Nascimento
Auditor Federal de Controle Externo
Matrícula 9438-2