

TC 023.335/2017-3

Tipo: Tomada de Contas Especial (recurso de reconsideração)

Unidade jurisdicionada: Município de Autazes/AM

Recorrente: Raimundo Wanderlan Penalber Sampaio (CPF 134.048.062-04)

Advogado: Brenda de Jesus Montenegro, OAB/AM 12.868, procuração e-tcu - Aba: Representações Legais.

Interessado em sustentação oral: não há

Sumário: Tomada de Contas Especial. Fundo Nacional de Saúde. Repasse fundo a fundo. Irregularidades na realização de despesas com recursos federais do Sistema Único de Saúde. Revelia. Contas irregulares do ex-prefeito. Débito parcialmente solidário com a empresa contratada. Multa. Recurso de reconsideração. Conhecimento. Razões recursais insuficientes para alterar o mérito do julgado. Negativa de provimento do recurso.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recurso de reconsideração (peça 80) interposto por Raimundo Wanderlan Penalber Sampaio contra o Acórdão 5027/2020 – TCU – 1ª Câmara (peça 49).

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

9.1. excluir do rol de responsáveis os Srs. Jucimar da Silva Brito e Karan Simão Martins;

9.2. considerar revéis, para todos os efeitos, nos termos do art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992, o Sr. Raimundo Wanderlan Penalber Sampaio e a empresa E. R. Construção Civil Ltda., dando-se prosseguimento ao processo;

9.3. julgar irregulares, com fundamento nos arts. 1º, I, 16, III, “c” e “d”, da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 19 e 23, III, da mesma lei, as contas do Sr. Raimundo Wanderlan Penalber Sampaio;

9.4. condenar os seguintes responsáveis ao pagamento das quantias abaixo especificadas, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculadas a partir das datas indicadas até a data do efetivo recolhimento, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal (art. 214, III, “a”, do RI/TCU), o recolhimento das referidas quantias aos cofres do Fundo Nacional de Saúde, na forma da legislação em vigor:

9.4.1. Raimundo Wanderlan Penalber Sampaio e E. R. Construção Civil Ltda., solidariamente:

VALOR ORIGINAL(R\$)	DATA DA OCORRÊNCIA
407.080,95	7/11/2013
1.090.187,50	6/8/2014

9.4.2. Raimundo Wanderlan Penalber Sampaio:

VALOR ORIGINAL(R\$)	DATA DA OCORRÊNCIA
134.731,55	1º/8/2014

9.5. aplicar ao Sr. Raimundo Wanderlan Penalber Sampaio a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, no valor de R\$ 445.000,00 (quatrocentos e quarenta e cinco mil reais), fixando o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprove, perante o Tribunal (art. 214, III, “a”, do RI/TCU), o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do presente acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.6. aplicar à empresa E. R. Construção Civil Ltda. a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, no valor de R\$ 410.000,00 (quatrocentos e dez mil reais), fixando o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprove, perante o Tribunal (art. 214, III, “a”, do RI/TCU), o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do presente acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.7. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

9.8. em atendimento ao disposto no § 3º do art. 16 da Lei 8.443/1992, encaminhar cópia da presente deliberação à Procuradoria da República no Estado do Amazonas.

HISTÓRICO

2. Trata-se tomada de contas especial instaurada pelo Fundo Nacional de Saúde (FNS) em desfavor dos ex-gestores do município de Autazes/AM, Srs. Raimundo Wanderlan Penalber Sampaio, ex-prefeito (gestão 1º/1/2009 a 11/11/2014), Jucimar da Silva Brito, ex-secretário municipal de Finanças (gestão 2/10/2009 a 11/11/2014) e Karan Simão Martins, ex-secretário municipal de Saúde (gestão 1º/2/2011 a 11/11/2014), em razão da não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos do Sistema Único de Saúde (SUS) repassados pelo FNS, nos exercícios de 2013 e 2014, ao Fundo Municipal de Saúde, à conta do bloco de investimento referente ao componente construção do programa de requalificação de Unidades Básicas de Saúde (UBS).

2.1. O recorrente, ex-prefeito do Município de Autazes, foi condenado pela execução, com recursos do FNS, de três UBS em percentuais muito baixos (Santa Verônica, Cidade Nova e São José). Dessa forma, as parcelas executadas de 0,002%, 16% e 16% (Santa Verônica, Cidade Nova e São José (respectivamente) foram consideradas inservíveis e imputado o débito total dos repasses no montante descrito no acórdão condenatório.

2.2. Importante, ainda, mencionar que o ex-prefeito foi condenado, pois o gerenciamento do fundo municipal de Saúde de Autazes/AM, no período de gestão analisado, não foi executado pelo secretário municipal de saúde, mas sim pelo prefeito municipal e pelo secretário municipal de finanças, conforme declaração do próprio ex-prefeito datada de 10/3/2011 (peça 3, p.32).

2.3. Esta Corte, também, afastou a responsabilidade do secretário de finanças, pois ele teria se limitado a aprovar as transações bancárias, “não sendo razoável atribuir-lhe a responsabilidade pela não execução das obras”.

2.4. Neste momento, o recorrente insurge-se contra a deliberação previamente descrita.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reitera-se o exame de admissibilidade contido na peça 98, que propôs a suspensão dos efeitos dos itens s 9.3, 9.4, 9.4.1, 9.4.2, 9.5 e 9.7, em relação aos recorrentes, exames ratificados pelo Relator, Ministro Walton Alencar (despacho de peça 100).

EXAME DE MÉRITO

4. Delimitação

4.1. Constitui objeto do presente recurso definir se:

- a) houve prescrição do débito e da multa;
- b) subsistem motivos para a condenação do recorrente;
- c) subsiste a responsabilidade do ex-prefeito.

5. Da prescrição do débito e da multa

5.1. Embora o recorrente não tenha alegado a prescrição do débito e da multa, por se tratar de matéria de ordem pública o exame da questão se impõe, ante a recente decisão do Supremo Tribunal Federal – STF que julgou o Tema 899 com repercussão geral.

Análise:

5.2. A alegação de prescrição assume particular relevância, dado o recente julgamento, pelo STF, do Recurso Extraordinário 636.886 (tema 899 da repercussão geral). Os significativos impactos deste julgamento foram objeto de análise pela Serur nos autos do TC 027.624-2018-8. Por economia processual, juntou-se a estes autos (peça 118) 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. 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, 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, 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;

e) considerando, porém, que o acórdão proferido no RE 636.886 ainda está sujeito à oposição de embargos declaratórios, 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;

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 118 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), 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. Partindo-se dessas premissas, passa-se ao exame da prescrição no caso em exame.

a) Análise da prescrição segundo os critérios do Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário

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

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

5.10. O Relatório de Auditoria Denasus 16453 (peça 12) identificou-se como o primeiro fato gerador da irregularidade o dia 7/11/2013 (peça 12, p. 32-36), dessa forma, embora entenda-se que o termo inicial para contagem do prazo é o primeiro dia seguinte ao prazo final para prestação de contas, não se encontrou tal data nos autos. Assim, em benefício do recorrente, utiliza-se a data identificada pelo Denasus, qual seja o dia seguinte ao fato gerador da irregularidade identificado, dia 8/11/2013. A citação do responsável foi ordenada em 14/8/2018 (Pronunciamento da Unidade Técnica (peça 27), com citação constante da peça 31 (28/8/2018). O acórdão foi julgado na sessão do dia 28/4/2020 (peça 49).

5.11. Aplicando as balizas definidas por esta Corte no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário ao caso em exame, verifica-se que as pretensões punitiva e de ressarcimento não estariam prescritas, pois entre o termo inicial e a interrupção do prazo prescricional e da interrupção (citação) até o julgamento decorreram menos de dez anos.

b) Análise da prescrição segundo o regime da Lei 9.873/99

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

b.1) Termo inicial:

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

5.14. Na hipótese em exame, o recorrente foi condenado pela inexecução parcial do objeto, logo, embora se entenda que o termo inicial para contagem do prazo é o primeiro dia seguinte ao prazo final para prestação de contas, não se encontrou tal data nos autos. Assim, em benefício do recorrente, utiliza-se a data identificada pelo Denasus, qual seja o dia seguinte ao fato gerador da irregularidade identificada, dia 8/11/2013.

b.2) Prazo:

5.15. 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”.

5.16. Entende-se, inexistir nos autos, elementos suficientes para afirmar que a irregularidade, discutida nesta TCE, configura crime, logo, deve-se aplicar, a nosso sentir, o prazo geral de cinco anos estabelecido no art. 1º, da Lei 9.873/1999.

5.17. Assim, entende-se que do início da contagem do prazo até o primeiro marco interruptivo não devem ter decorridos cinco anos, sob pena da ocorrência da prescrição.

b.3) Da prescrição intercorrente:

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

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

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

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

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

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

5.24. Estabelecidas as premissas: (a) termo inicial e (b) prazo e (c) prescrição intercorrente, há que se apurar as causas interruptivas da prescrição.

b.4) Interrupções por atos inequívocos de apuração dos fatos:

5.25. No regime da Lei 9.873/1999, a prescrição se interrompe “por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato” (art. 2º, II).

5.26. Importante mencionar que diversos são os atos que interrompem a prescrição intercorrente, atos estes que têm em sua gênese e objetivo dar impulso ao processo e a solução do feito. Podem ser citadas, sem a pretensão de exauri-las, as hipóteses capazes de impedir o alcance da prescrição intercorrente, quais sejam:

a) qualquer ato legal ou regulamentar que impulsione o processo à tomada de decisão, tais como o requerimento para a produção de provas necessárias à apuração do feito, notificação da parte interessada para apresentar defesa ou alegações finais;

b) decisão que julgue pedido da parte interessada;

c) informes que consolidem a apuração do fato e informes que sirvam de fundamento para decisão de autoridade ou colegiado, notas e pareceres técnicos, pareceres jurídicos;

d) decisões de autoridades ou colegiados;

e) aditamento da inicial, entre outros.

5.27. Com esses fundamentos, é possível verificar que a prescrição foi interrompida:

(1) em **20/7/2016**, em razão do Relatório de Auditoria Denasus 16453 (peça 12);

(2) em **17/8/2017**, uma vez que, a nosso sentir, o protocolo da TCE no TCU caracteriza-se ato inequívoco de apuração e, portanto, incide a regra insculpida no art. 2º, II, da Lei 9.873/1999. Dessa forma, ocorreu nova interrupção do prazo da prescrição na data de protocolo da TCE nesta Corte.

b.5) Interrupções pela citação dos responsáveis nesta Corte:

5.28. 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 nova interrupção em decorrência da citação desta Corte de Contas para a apresentação das alegações de defesa:

(1) em **28/8/2018** (peça 31), citação realizada por esta Corte de Contas.

5.29. Cabe destacar, por oportuno, que, em se tratando de devedores solidários, a interrupção da prescrição feita a um prejudica aos demais. Incide, nesse caso, regra própria da teoria geral das obrigações, segundo a qual “a interrupção efetuada contra o devedor solidário envolve os demais” (art. 204, § 1º, do Código Civil). São consequências próprias da solidariedade (a exemplo da regra de que o credor pode demandar qualquer dos devedores, art. 275 do Código Civil), que não precisam ser repetidas em cada diploma legal específico.

b.6) Interrupção pela decisão condenatória recorrível:

5.30. Por fim, a prescrição também se interrompe “pela decisão condenatória recorrível” (art. 2º, III, da Lei 9.873/1999). Com esse fundamento, houve a interrupção em 28/4/2020, data da sessão em que foi proferido o acórdão condenatório (peça 49). Essa interrupção é relevante, por estabelecer prazo para julgamento do recurso.

b.7) Exame do caso concreto:

5.31. Especificamente quanto a esta TCE, as próprias causas de interrupção enumeradas acima permitem evidenciar que o processo teve andamento regular, não se operando a prescrição ou mesmo a prescrição intercorrente.

5.32. Desde o termo inicial até o julgamento do mérito por esta Corte em nenhum momento as causas interruptivas, do art. 2º, ultrapassaram os cinco anos (marco inicial) ou três anos (prazos para prescrição intercorrente).

5.33. Logo, há informações suficientes nos autos para evidenciar o regular andamento do feito, não se verificando a prescrição prevista na Lei 9.873/1999.

b.8) Conclusão:

5.34. Independentemente da existência de outras causas interruptivas não enumeradas acima (notas técnicas, pareceres, instruções de auditores nesta Corte, manifestação do MP-TCU), cujo levantamento não se fez necessário, observa-se, pelos eventos indicados, que em nenhum momento transcorreu prazo suficiente para se operar a prescrição (nem mesmo se se considerasse o prazo geral de cinco anos), tomando-se por referência a Lei 9.873/1999, tida pelo STF como norma regente da prescrição da pretensão punitiva pelo TCU.

5.35. 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. Dos motivos determinantes à condenação do ex-prefeito

6.1. Defende-se a inexistência de motivos graves o suficiente para ensejar a condenação do ex-prefeito.

6.2. Argumenta que:

a) não se identificou “quais as irregularidades que seriam graves o suficiente para implicar na desaprovação das contas, e tampouco os motivos pelos quais tais irregularidades seriam consideradas tão graves”, dessa forma, por não haver motivação existiria afronta ao disposto nos arts. 489, do CPC e 93, IX, da CRFB;

b) não há “qualquer ato contrário à norma legal que enseja a rejeição das contas”;

c) ainda que houvesse revelia do ex-gestor, persiste o dever do julgador de se buscar a verdade material;

d) os documentos existentes e os novos documentos colacionados (peças 81 a 97) demonstram a ocorrência, tão somente, de falhas formais e caso rejeitadas estas provas existentes, “por formalismo exacerbado”, a Corte de Contas afrontará os “princípios do informalismo e da busca da verdade material”.

Análise:

6.3. Entende-se não assistir razão ao recorrente. Veja o que dispôs o voto condutor do acórdão (peça 50), *verbis*:

2. O Departamento Nacional de Auditoria do SUS (Denasus), após a realização de fiscalização no município, concluiu ter ocorrido dano ao erário no valor total de R\$ 1.631.080,95, devido à não construção das novas sedes das UBS Gilberto Pinto, Santa Verônica, Cidade Nova, Açupuranga e São José.

(...)

4. No âmbito desta Corte, a Secex-TCE apontou que o relatório de visita técnica de engenheiro credenciado assinalou a execução física parcial de três UBS (Santa Verônica, Cidade Nova e São José), em percentuais muito baixos (0,002%, 16% e 16%, respectivamente). Tendo em vista que as referidas parcelas não eram passíveis de aproveitamento, concluiu que estava correto o valor do dano ao erário apurado na fase interna da tomada de contas especial.

5. A unidade instrutiva assinalou que, conforme relatado pelo Denasus, o gerenciamento do fundo municipal de Saúde de Autazes/AM, no período de gestão analisado, não foi executado pelo secretário municipal de Saúde, mas sim pelo prefeito municipal e pelo secretário municipal de Finanças, conforme declaração do próprio ex-prefeito datada de 10/3/2011 (peça 3, p. 32).

(...)

9. Reputou, ainda, que ambos deveriam ser citados por conta do pagamento do valor de R\$ 1.497.268,45, sem que tivessem sido construídas as cinco UBS em questão. Quanto ao valor de R\$ 133.812,50, uma vez que as visitas técnicas evidenciaram que a contratada executou parte da obra, embora inservível, entendeu ser devida a citação apenas do ex-prefeito.

(...)

13. Acompanho, na essência, as análises e conclusões formuladas pela Secex-TCE, acolhidas pelo MP/TCU, razão pela qual as incorporo às minhas razões de decidir.

6.4. Inexiste qualquer dúvida no sentido de que o recorrente foi condenado pela inexecução parcial do objeto e que a parcela executada não teve qualquer serventia à população. Assim, verifica-se, de forma cristalina, o recebimento dos recursos federais e a incorreta aplicação dos recursos no objeto pactuado, o que, por si, já demonstra a gravidade da situação e que enseja a correta apenação do responsável.

6.5. Nunca é demais lembrar 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.

6.6. Tal entendimento encontra fundamento na própria Constituição Federal, artigo 70, parágrafo único, que dispõe que "Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária", e no artigo 93 do Decreto-lei 200/1967, segundo o qual, "Quem quer que utilize dinheiros públicos terá de justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades competentes".

6.7. Nesse sentido são os Acórdãos 6553/2016-TCU-1ª Câmara, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues; 3587/2017-TCU-2ª Câmara, relator Ministro Aroldo Cedraz; e 2610/2016-TCU-Plenário, relator Ministro Bruno Dantas.

6.8. Vale destacar que embora se trate de recursos do Fundo Nacional de Saúde – FNS, no caso concreto, restou claro que quem geriu os recursos não foi o secretário municipal de saúde e, sim, o recorrente o que direciona a ele a responsabilidade pela correta aplicação dos recursos e execução do objeto.

6.9. A declaração constante na peça 3, p. 32 emitida pelo recorrente demonstra de forma inequívoca que a ele cabia a ordenação das despesas, em outras palavras, o gestor máximo do município avocou a gestão dos recursos a que se refere este processo e, portanto, deve responder pela existência de eventuais irregularidades.

6.10. Nessa toada, não procedem as alegações de que não haveria motivos para a sua condenação. Restou caracterizada, conforme demonstram os elementos dos autos, pagamentos indevidos e a inexecução do objeto.

6.11. Também não merece acolhimento a alegação de que haveria nos autos provas sobre a execução do objeto. Observa-se que todos os documentos trazidos antes do acórdão condenatório e mesmo neste recurso (peças 81 a 97) não comprovam qualquer execução do pactuado.

6.12. A extensa relação juntada neste recurso se refere, entre outros, a documentos do processo licitatório, mas sem qualquer demonstração de execução do objeto. Dessa forma, em nada modifica o já decidido por esta Corte, uma vez que o fundamento da condenação foi a inexecução do objeto e os elementos colacionados nada comprovam em sentido contrário.

6.13. Ante o exposto, entende-se haver razões graves suficientes para que seja mantida a condenação do recorrente.

7. Da responsabilização subjetiva do ex-gestor

7.1. Defende-se que há responsabilização objetiva do ex-gestor, uma vez que atribui-se a ele responsabilidade “por todos os atos e eventuais danos causados por órgãos técnicos internos da administração pública”, mas retirou-se a responsabilidade “muito mais pertinente de pessoas que deveriam, ao menos, deter o conhecimento técnico para o cumprimento de determinados atos”, a exemplo dos ex-secretários de finanças e saúde do município.

7.2. Argumenta que:

a) não caberia ao ex-prefeito fiscalizar a obra diretamente, obrigação do secretário de saúde, e nem realizar os pagamentos, obrigação do secretário de finanças, conforme reconhecido pelo próprio TCU;

b) se o secretário de finanças, “que era do órgão técnico, e teve ato comissivo reconhecido por esta Corte não foi responsabilizado justamente por ser órgão técnico e não ter havido demonstração de que descumpriu as normas regulamentares e contábeis, como poderia, ao mesmo tempo, o ex-prefeito ser punido pelo mesmo ato?”;

c) “da mesma forma, quanto à fiscalização da execução da obra, é evidente que não é o prefeito municipal responsável, em qualquer situação, diretamente”;

d) “é evidente, que não cabe a um prefeito, enquanto chefe geral da administração, receber, por exemplo, planilhas de medições, que tratam de informações técnicas, e verificar a sua idoneidade e compatibilidade com a obra para, então, aprovar pagamentos”;

e) “existe todo um processo de descentralização dentro dos entes federativos para proporcionar que as decisões técnicas sejam feitas por pessoas habilitadas para tanto e que, geralmente, são indicadas pelas pastas respectivas”;

f) “a simples condição de prefeito não sugere, por si, uma ação ou omissão que seja relevante do ponto de vista sancionatório, vez que inexistente relação de causa e efeito entre a ação ou omissão e a suposta irregularidade apontada”;

g) “não há o elemento doloso, muito pelo contrário, houve licitação, houve toda a tramitação normal nos órgãos internos da prefeitura, bem como as medições, de modo que, como é sabido, os pagamentos são apenas ordenados quando, antes, passam por toda uma análise técnica que, por força do próprio contrato feito com a empresa que também consta como ré, não era o ora Recorrente”;

h) há também que se questionar os motivos de a obra ficarem paradas de 2014 a 2016, quando não mais era responsável pela administração do município

i) foram a ele entregues documentos demonstrando a regularidade dos atos administrativos, por auxiliares com competência técnica, anteriores ao pagamento e, portanto, a exemplo de toda gestão municipal, tão somente autorizou os pagamentos;

j) não é cabível a responsabilização do mandatário, “como pessoa eleita do povo nos moldes constitucionais, que nem sempre guardará capacidade técnica absoluta”, por isso, “que a administração pública é exercida mediante auxílio e delegação de pessoas com capacidade técnica”;

k) imputou-se responsabilidade objetiva ao recorrente pelo cargo que ocupava, observa que o TCU entendeu que o ex-secretário de finanças “não descumpriu nenhuma norma ao fazer os pagamentos à empresa, em um ato que é, no mínimo, feito em conjunto com o Recorrente,” dessa forma questiona “qual teria sido, então, o ato ilícito praticado pelo recorrente?”;

l) “a delegação de competências é inerente ao exercício administrativo, sob pena de inviabilização da própria atividade-fim. e isso também é, há muito, reconhecido por esta Corte” (v.g. Acórdão 65/97- TCU-Plenário).

7.3. Por fim, invoca os arts. 28, da Lei 13.655/2018 e 12 do Decreto 9830/2019, para afirmar que e “a simples expressividade do valor do dano – caso comprovado o dano – ainda não é o suficiente para comprovar ou presumir gravidade de culpa, capaz de caracterizar o erro grosseiro” e que “por tudo o que verificado nos autos, tem-se uma presunção de má-fé, presunção de ato ilícito, presunção de prejuízo ao erário, e nenhuma palavra sobre ato doloso, erro grosseiro, ou real individualização de conduta que guarde nexo de causalidade suficiente para tamanha punição pessoal”.

Análise:

7.4. No tocante a responsabilização do ex-gestor, o primeiro ponto a ser abordado, embora o voto do acórdão condenatório já o tenha feito (peça 50), refere-se a sua responsabilidade pela aplicação dos recursos do FNS.

7.5. Conforme precedentes desta Corte, a gestão dos recursos do Fundo Municipal de Saúde é de responsabilidade do Secretário Municipal de Saúde, nos termos dos

arts. 198, I, da Constituição da República c/c 9º, III, da Lei 8.080/90 (v.g Acórdão 601/2013-TCU-Plenário, Ministro Relator José Jorge); podendo, tanto o prefeito responder por irregularidades na aplicação de recursos do Sistema Único de Saúde (SUS) caso delas participe ativamente (v.g Acórdãos 1349/2016-TCU-Plenário, Relator Ministro Raimundo Carreiro e 7.503/2015-TCU-1ª Câmara, Relator Ministro Walton Alencar), quanto ser afastada a responsabilidade do secretário de saúde municipal na presença de indícios uniformes e consistentes de que o gestor local de saúde se encontrava alijado da linha decisória (v.g Acórdão 1349/2016-TCU-Plenário, Relator Ministro Raimundo Carreiro; 6780/2017-TCU-2ª Câmara, Relator Ministro Vital do Rêgo; 5.509/2013-TCU-2ª Câmara, Relatora Ministra Ana Arraes; 4785/2019-TCU-1ª Câmara, Relator Ministro Marcos Bemquerer; 2211/2016-TCU-1ª Câmara, Relator Ministro Augusto Sherman; 6008/2014-TCU-1ª Câmara, Relator Ministro José Mucio Monteiro; 4988/2018-TCU-1ª Câmara, Relator Ministro Vital do Rêgo).

7.6. Em síntese, alinhado com os precedentes acima citados, entende-se que a responsabilidade pela gestão dos recursos do fundo municipal, nos termos do art. 9º, III, da Lei 8.080/90, é do secretário municipal de saúde, mas a disposição legal não é absoluta, e sim relativa. Presume-se que a responsabilidade da gestão é do secretário municipal, contudo, diante de cada caso concreto e em virtude das circunstâncias fáticas, pode o gestor maior da municipalidade (chefe do executivo local) ser responsabilizado, com o afastamento ou não do secretário municipal de saúde.

7.7. No caso concreto e conforme transcrito no trecho acima do voto condutor, verifica-se a existência de declaração do próprio ex-prefeito admitindo que a ele cabia a gestão dos recursos na condição de ordenador de despesas (peça 3, p.32), o que afasta do ex-secretário de saúde a responsabilidade pela gestão e direciona a autoridade máxima municipal.

7.8. Assim, é possível verificar que a presunção de ser do secretário municipal a responsabilidade foi afastada, exatamente por haver declaração do ex-prefeito que demonstra a avocação da competência, daí a citação e condenação do gestor municipal, por ser o único com poder hierárquico para a tomada de decisão.

7.9. Desse modo, entende-se que não prospera o argumento para o afastamento da responsabilidade do ex-prefeito municipal fundada na tese de ser do secretário municipal de saúde a responsabilidade pela aplicação ilegítima dos recursos pelo Município de Autazes/AM.

7.10. Com relação a ausência da condenação do ex-secretário de finanças, entende-se também não haver reparos nos exames efetuados no acórdão condenatório, veja o que restou registrado (peça 50), *verbis*:

7. Ademais, a unidade instrutiva considerou que o secretário de Finanças, conforme justificativas apresentadas ao Denasus, limitou-se a aprovar as transações bancárias, não sendo razoável atribuir-lhe a responsabilidade pela não execução das obras.

8. Assim, concluiu que a responsabilidade deveria ser atribuída apenas ao Sr. Raimundo Wanderlan Penalber Sampaio e à empresa E. R. Construção Civil Ltda., na condição de empresa contratada para execução das obras.

7.11. Não se deve confundir o ato de ordenar despesas e de gerir os recursos com a realização de atividades burocráticas e formais, sem nenhum conteúdo decisório. É o que se apresenta no caso em exame e, que a nosso sentir, restou, corretamente, decidido pelo TCU.

7.12. Entendeu-se que o secretário de finanças, obedecendo ordens do ordenador de despesas, autoridade máxima municipal, apenas realizou as transações bancárias, mas não teve participação na decisão tomada.

7.13. Logo, em linha com o decidido no acórdão condenatório, não há elementos para atribuir a responsabilidade solidário ao ex-secretário de finanças e tampouco há evidências ou documentos novos que demonstrem em contrário.

7.14. No que concerne as alegações da prática de atos administrativos por instâncias inferiores e sobre “a delegação de competências inerente ao exercício administrativo” há que se entender que o gestor, responsável pela aplicação de verbas públicas, não está adstrito ao mero acatamento ou acolhimento das solicitações de outras instâncias administrativas.

7.15. A ele compete verificar todo o processo de dispêndio, com o objetivo de, entre outras medidas, detectar possíveis irregularidades, a exemplo de inexecuções do objeto tão significativas como a que ora se apresentam.

7.16. A manifestação do gestor em processos de execução da despesa pública deve representar um verdadeiro controle da regularidade e da legalidade e sua aprovação não configura mera formalidade, mas autêntica instância de controle de gastos dos recursos públicos.

7.17. No caso concreto, verificou-se que o gestor foi o ordenador direto das despesas não lhe socorrendo tais alegações de atuação de instâncias administrativas subalternas.

7.18. Ademais, como bem lembrado no voto do Acórdão 2506/2019-TCU-Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler, a delegação *interna corporis* dos executivos municipais, no que se refere a gestão de recursos públicos federais, não retira do agente político a responsabilidade sobre a execução das despesas uma vez que “ele sempre atua na dupla condição de gestor e agente político”, *verbis*:

9. Em relação ao primeiro argumento recursal, registro que a delegação interna de atividades administrativas, em prefeituras, para a execução de despesas custeadas com recursos públicos federais, não retira do agente político a responsabilidade sobre a execução do convênio, uma vez que ele sempre atua na dupla condição de gestor e agente político.

10. É certo que esse entendimento não preconiza que o responsável deva praticar todos os atos de gestão referentes aos recursos repassados, mas sim adotar providências para que execução da despesa ocorra dentro dos parâmetros legais. Assim, o titular de um órgão/entidade deve escolher seus auxiliares diretos com esmero, sob pena de responder por culpa in eligendo e acompanhar, mesmo que de forma geral, o desempenho de seus subordinados, sob pena de responder por culpa in vigilando. Como precedentes desta Corte nesse sentido, menciono os Acórdãos Plenário 2.059/2015, 644/2012 e 476/2008.

7.19. Dessa forma, nos termos de reiterados precedentes desta Corte, não se verifica fundamento para a reforma do acórdão recorrido.

7.20. Por fim, em relação a alegação da inexistência de erro grosseiro, vale lembrar que após a publicação da Lei 13.655/2018, o Tribunal já se debruçou sobre a exegese do comando legal (art. 28) e tem entendido que a conduta culposa do responsável que foge ao referencial do “administrador médio” utilizado pelo TCU para avaliar a razoabilidade dos atos submetidos a sua apreciação caracteriza o “erro grosseiro” a que alude o art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), incluído pela Lei 13.655/2018.

7.21. Podem ser citadas as ementas dos Acórdãos 1628/2018-TCU-Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler; 1689/2019-Plenário, Relator Ministro Augusto Nardes; 2681/2019-1ª Câmara, Relator Ministro Benjamin Zymler; 2860/2018-Plenário, Relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, respectivamente, extraídas da pesquisa de jurisprudência selecionada desta Corte, *verbis*:

A conduta culposa do responsável que foge ao referencial do “administrador médio” utilizado pelo TCU para avaliar a razoabilidade dos atos submetidos a sua apreciação caracteriza o “erro

grosseiro" a que alude o art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (*Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*), incluído pela *Lei 13.655/2018*.

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.

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.

O erro grosseiro a que alude o art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (*Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*), incluído pela *Lei 13.655/2018*, fica configurado quando a conduta do agente público se distancia daquela que seria esperada do administrador médio, avaliada no caso concreto.

7.22. Assim, nos termos da jurisprudência desta Corte, entende-se inequívoco que se não comprovada a inexecução do objeto, a irregularidade, no caso concreto, caracteriza o erro grosseiro a que faz menção o art. 28 da *Lei 13.655/2018*.

7.23. Portanto, persistindo o juízo pela irregularidade e conduta desautorizada, subsiste fundamento para a apenação imputada.

CONCLUSÃO

8. Das análises anteriores, conclui-se que:

a) No tocante à prescrição do débito:

a.1) em decorrência do sentido e alcance do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, definidos pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário 636.886, é prescritível a pretensão reparatória exercida pelo tribunal de contas. Os fundamentos da decisão e a ausência de ressalvas na enunciação da tese permitem concluir que a ação de ressarcimento pode se desenvolver a qualquer tempo, na hipótese de condutas dolosas, apenas no âmbito judicial, sujeitando-se à prescrição na esfera administrativa;

a.2) até que sobrevenha norma específica para disciplinar a prescrição relativa à atuação do tribunal de contas, entende-se aplicável o regime previsto na *Lei 9.873/1999*. Referida lei contempla parâmetros que preponderam no conjunto de normas de direito público e que são compatíveis com o rito do processo de controle externo, e já é utilizada pelo STF para estabelecer limitação temporal ao exercício da pretensão punitiva pelo TCU;

a.3) aplicando-se os parâmetros tanto do Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, quanto da *Lei 9.873/1999* à situação em exame, verifica-se que não se operou a prescrição.

b) subsistem motivos para a condenação do recorrente, pois não se comprovou a correta execução do objeto, embora efetuados os pagamentos;

c) subsiste a responsabilidade do ex-prefeito, pois avocou a competência para a ordenação dos recursos aplicados e não demonstrou a consecução do objeto pactuado.

8.1. Com base nessas conclusões, propõe-se **negar provimento ao recurso**.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

9. Ante o exposto, com fundamento nos arts. 32, I e 33, da *Lei 8.443/92* c/c o art. 285, caput, do RI-TCU, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se:

a) conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento;



b) informar ao(s) recorrente(s) e demais interessados do acórdão a ser proferido, destacando que o relatório e o voto que o fundamentam podem ser acessados por meio do endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos.

TCU/Secretaria de Recursos/2ª Diretoria,
em 14/12/2020.

Giuliano Bressan Geraldo
Auditor Federal de Controle Externo
Matrícula 6559-5