

GRUPO tagGrupo – CLASSE I – tagColegiado
TC 003.645/2017-7

Natureza: Recurso de reconsideração (em Tomada de Contas Especial).

Unidade: Município de Palestina – SP.

Recorrente: Nicanor Nogueira Branco (074.974.318-20).

Representação legal: Antônio Teófilo Garcia Júnior (OAB/SP 164.119).

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO. MINISTÉRIO DO TURISMO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO BOM E REGULAR USO DE PARTE DOS RECURSOS RECEBIDOS. IRREGULARIDADE DAS CONTAS. DÉBITO. MULTA. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. NEGATIVA DE PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Adoto como Relatório a instrução elaborada na Secretaria de Recursos, acolhida pelos dirigentes da unidade e pelo Ministério Público junto ao TCU (MPTCU):

“INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recurso de reconsideração interposto por Nicanor Nogueira Branco (peça 33) contra o Acórdão 6878/2020-TCU-2ª Câmara, rel. Min. Aroldo Cedraz (peça 20). A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

‘ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da Segunda Câmara, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. com fundamento nos arts. 1º, inciso I e 16, inciso III, alínea ‘c’, da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 19 e 23, inciso III, da mesma Lei, e nos arts. 1º, inciso I; 209, inciso III; 210 e 214, inciso III, do Regimento Interno, julgar irregulares as contas do sr. Nicanor Nogueira Branco, condenando-o ao pagamento da quantia a seguir especificada, com a fixação do prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprove, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea ‘a’, do Regimento Interno), o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir da data discriminada, até a data do recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor, abatendo-se, na oportunidade, o valor eventualmente já ressarcido;

VALOR ORIGINAL (R\$)	DATA DA OCORRÊNCIA
R\$ 51.000,00	26/6/2009
R\$ 44.500,00	26/6/2009
R\$ 2.900,00	26/6/2009
R\$ 2.275,00	26/6/2009
R\$ 1.500,00	26/6/2009

R\$ 3.500,00	26/6/2009
--------------	-----------

9.2. aplicar, individualmente, ao sr. Nicanor Nogueira Branco a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 267 do Regimento Interno, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovar, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea 'a', do Regimento Interno), o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data deste acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.3. autorizar, desde logo, nos termos dos arts. 26 e 28, inciso II, da Lei 8.443/1992:

9.3.1. o pagamento das dívidas em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e consecutivas, se solicitado pelo responsável, fixando-se o vencimento da primeira em 15 (quinze) dias, a contar do recebimento da notificação, e o das demais a cada 30 (trinta) dias, devendo incidir sobre cada uma delas os encargos legais devidos, na forma prevista na legislação em vigor, sem prejuízo ao vencimento antecipado do saldo devedor em caso de não comprovação do recolhimento de qualquer parcela, conforme prevê o art. 217, § 2º, do Regimento Interno-TCU;

9.3.2. a cobrança judicial das dívidas, caso não atendida a notificação;

9.4. dar ciência desta decisão aos responsáveis, aos demais interessados e, em consonância com o disposto no art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992, c/c com o art. 209, § 7º, in fine, do Regimento Interno-TCU, à Procuradoria da República no Estado de São Paulo, neste último caso disponibilizando cópia desta deliberação.'

HISTÓRICO

2. Cuidam os autos de tomada de contas especial instaurada pelo Ministério do Turismo - MTur em desfavor de Nicanor Nogueira Branco, Prefeito de Palestina/SP (gestão 2009-2012), para apurar irregularidades identificadas na execução do Convênio 333/2009 (Siafi 703539) (peça 1, p. 37-52), celebrado entre a União Federal, representada pelo MTur, e aquele município, em 3/6/2009, com vigência inicial de 3/6 a 3/9/2009 (peça 1, p. 53), prorrogada, de ofício, até 23/9/2009 (peça 1, p. 56).

3. O convênio tinha por objeto o apoio à realização do evento intitulado '41ª Festa do Peão Boiadeiro de Palestina/SP'. Para essa finalidade, foram previstos R\$ 300.000,00, sendo R\$ 285.000,00 provenientes da União e R\$ 15.000,00 da contrapartida municipal. Os recursos federais foram repassados em parcela única, por meio da 2009OB800758 (peça 1, p. 55), depositada na conta específica do convênio em 26/6/2009 (peça 3, p. 44).

4. O responsável encaminhou a prestação de contas final (peça 3, p. 16-165), a qual, após a instauração de tomada de contas especial, em 28/10/2010 (peça 1, p. 2), e diversas análises, foi reprovada pelo concedente, em razão de irregularidades na execução financeira (peça 1, p. 129-135).

5. À vista disso, a Controladoria-Geral da União - CGU, em 10/10/2016, atestou a irregularidade das contas do responsável, atribuindo-lhe débito correspondente à integralidade dos recursos federais repassados (peça 1, p. 173-178), e o Ministro de Estado do Turismo, em 7/2/2017, declarou haver tomado ciência dessa conclusão (peça 1, p. 182).

6. Já no âmbito desta Corte, conforme determinado por despacho do ministro relator, proferido em 27/9/2017 (peça 8), foi promovida a citação do responsável, por meio do Ofício TCU-Secex/GO 1711/2017 (peça 13), recebido pelo destinatário em 7/11/2017 (peça 14).

7. O responsável apresentou alegações de defesa (peça 15).

8. Após a análise das alegações apresentadas, foi proferido o Acórdão 6878/2020-TCU-2ª Câmara, mediante o qual, como visto na transcrição acima, o responsável teve as suas contas

julgadas irregulares e foi condenado ao pagamento de débito parcial e da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.

9. Nesta oportunidade, inconformado, o responsável interpõe recurso de reconsideração, que é objeto do presente exame.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

10. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade (peça 34), acolhido por despacho da relatora, à época, do processo, Exma. Ministra Ana Arraes, que conheceu do recurso, suspendendo os efeitos dos itens 9.1, 9.2, 9.3 e 9.3.2 do acórdão recorrido (peça 36).

EXAME técnico

11. Delimitação

11.1. O presente recurso tem por objeto examinar:

a) em preliminar:

a.1) a prescrição da pretensão punitiva e de ressarcimento;

a.2) a ocorrência de nulidade na fase interna da TCE;

a.3) o arquivamento do processo por falta de pressupostos de desenvolvimento válido e regular;

b) no mérito:

b.1) o nexo de causalidade entre os recursos repassados e a execução do objeto do convênio.

PRELIMINARES

12. A prescrição da pretensão punitiva e de ressarcimento.

12.1. Análise:

12.2. Procede-se à análise desse tema, apesar de não ter sido levantado pelo recorrente, em observância à orientação desta secretaria e por se tratar de matéria de ordem pública.

12.3. A questão da prescrição assume particular relevância, dado o recente julgamento, pelo STF, do Recurso Extraordinário 636886 (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 51) 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 que prevalecia anteriormente, a pretensão punitiva exercida pelo tribunal estava sujeita à prescrição, regida pelos critérios fixados no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, redator 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 636886, 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 636886 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 852475), 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 tribunal de contas deve observar o regime da Lei 9.873/1999;

e) considerando, porém, que o acórdão proferido no RE 636886 foi objeto de embargos declaratórios ainda não julgados, não é recomendável reconhecer a prescrição desde logo, ante a possibilidade de esclarecimento da decisão em sentido diverso do ora defendido (como, por exemplo, no que se refere 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.

12.4. As manifestações da Serur juntadas à peça 51 foram elaboradas quando ainda não estava disponibilizado o inteiro teor do acórdão do RE 636886. 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.

12.5. 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 636886), 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’.

12.6. 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.

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

Análise da prescrição segundo os critérios do Código Civil

12.8. 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 esse 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.

12.9. No caso em exame, não ocorre a prescrição segundo esses critérios, uma vez que a citação do responsável foi ordenada em 27/9/2017 (despacho do ministro relator, à peça 8), menos de dez anos depois da data de referência dos débitos imputados ao responsável, ocorrida em 26/6/2009 (item 9.1 do acórdão recorrido, peça 20). E o acórdão condenatório foi proferido menos de três anos depois do ato ordenatório, em 30/6/2020 (peça 20).

12.10. Assim, considerando a premissa de que as pretensões punitiva e de ressarcimento se submetem ao mesmo regime, conclui-se que não estarão prescritas tanto a possibilidade de aplicação de multa, quanto a de condenação ao ressarcimento, caso sejam adotados, para ambos os fins, os parâmetros do Código Civil, conforme explicitados no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário. Essa mesma conclusão, aliás, já havia sido consignada no acórdão recorrido (embora com base em datas de referência diferentes).

Análise da prescrição pelo regime da Lei 9.873/1999

12.11. Para aplicação das premissas fixadas na Lei 9.873/1999 ao caso em exame, é preciso considerar os seguintes parâmetros:

Termo inicial:

12.12. Em seu art. 1º, a Lei 9.873/1999 determina que o prazo prescricional se inicia a partir 'da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado'. No caso de convênios e instrumentos congêneres, a prescrição do ressarcimento só começa a fluir a partir do momento em que forem prestadas as contas, mesmo que já esteja vencido o prazo para tanto (como enfatizado pelo STF no voto do ministro Roberto Barroso, no MS 32201, assim como no voto do ministro Gilmar Mendes, no RE 636886).

12.13. Embora, no caso, se trate de convênio, não consta dos autos a data em que foi apresentada a prestação de contas final. Como se verá, não há diferença, porém, em adotar-se como referência, no caso, a data de crédito dos recursos federais na conta específica, 26/6/2009, anterior e, por isso, mais favorável ao recorrente.

Prazo:

12.14. A Lei 9.873/1999 apresenta um prazo geral, de cinco anos (art. 1º), e um prazo especial, previsto no art. 1º, § 2º, a saber: 'quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se-á pelo prazo previsto na lei penal'. Porém, o Superior Tribunal de Justiça possui sólida jurisprudência no sentido de que a 'pretensão punitiva da Administração Pública em relação a infração administrativa que também configura crime em tese somente se sujeita ao prazo prescricional criminal quando instaurada a respectiva ação penal' (REsp 1116477/DF, relator Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, DJe 22/8/2012). Como não se tem notícia da propositura de ação penal contra o responsável acerca dos fatos de que se trata no presente processo, fica afastada essa possibilidade.

Prescrição intercorrente:

12.15. 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'.

12.16. Note-se que há 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.

12.17. A finalidade da prescrição intercorrente, com seu prazo próprio, é a de assegurar a eficiência e celeridade nas apurações administrativas. Seria contrária a essa finalidade a paralisação injustificada do processo por período maior que o triênio estabelecido para a hipótese.

Interrupções:

12.18. No regime da Lei 9.873/1999, verificam-se causas interruptivas da prescrição, listadas a seguir:

1) Interrupção por ato inequívoco de apuração do fato ou por ato que promove o andamento do processo: trata-se da interrupção da prescrição 'por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato' (Lei 9.873/1999, art. 2º, II) ou por atos que evitam a paralisação do processo, prevenindo a prescrição intercorrente, como despacho e julgamento (Lei 9.873/1999, art. 1º, § 1º). No caso, por esse fundamento, a prescrição foi interrompida, entre outros:

1.1) pela instauração de tomada de contas especial pelo MTur, em 28/10/2010 (peça 1, p. 2);

1.2) pela expedição da Nota Técnica de Reanálise 75/2012 pelo MTur, em 5/4/2012 (peça 1, p. 107-112), que reprovou a prestação de contas, comunicada ao responsável mediante ofício datado de 30/5/2012 (peça 1, p. 115);

1.3) pela expedição da Nota Técnica de Reanálise 654/2013 pelo MTur, em 1/11/2013 (peça 1, p. 129-134), que reprovou a prestação de contas, comunicada ao responsável mediante ofício datado de 4/11/2013 (peça 1, p. 128);

1.4) pela expedição de relatório e certificado de auditoria, e de parecer do dirigente do órgão de controle interno, reprovando a prestação de contas, em 10/10/2016 (peça 1, p. 173-178);

1.5) pela autuação da presente TCE neste tribunal, em 16/2/2017 (cf. sistema e-TCU);

2) Interrupção pela citação ou audiência do acusado: trata-se da interrupção da prescrição 'pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital' (Lei 9.873/1999, art. 2º, I). No caso, por esse fundamento, a prescrição foi interrompida em 7/11/2017 (peças 13-14).

3) Interrupção pela decisão condenatória recorrível (Lei 9.873/1999, art. 2º, inciso III): por esse fundamento, houve a interrupção em 30/6/2020, data da sessão em que foi proferido o acórdão condenatório (peça 20).

12.19. Verifica-se, portanto, que, mesmo em relação ao termo inicial de prescrição mais recuado e favorável ao recorrente, em 26/6/2009, o prazo de cinco anos foi interrompido pela instauração de tomada de contas especial pelo MTur, em 28/10/2010, por diversos atos praticados no curso desse procedimento, em 5/4/2012, 1/11/2013 e 10/10/2016, e pela autuação da presente TCE neste tribunal, em 16/2/2017.

12.20. O responsável foi citado nesse mesmo ano, em 7/11/2017, e o acórdão condenatório foi proferido no ano seguinte, em 30/6/2020.

12.21. Evidencia-se, portanto, que não decorreram cinco anos sem a apuração dos fatos e que o presente feito não ficou paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, seja em sua fase interna, seja perante este Tribunal.

12.22. Assim, demonstra-se que não haverá incidência da prescrição punitiva, seja a geral, seja a intercorrente, caso se adote como referência a Lei 9.873/1999, o que impõe como

consequência, partindo-se da premissa de que a pretensão de ressarcimento segue as mesmas balizas, a conclusão de que também será viável a condenação ao ressarcimento dos prejuízos apurados nos autos.

Conclusão sobre a prescrição

12.23. No presente processo, por conseguinte, não haverá a ocorrência da prescrição, quer se adote o Código Civil ou a Lei 9.873/1999 como fundamento para análise, o que permite o imediato julgamento, sem a necessidade do sobrestamento aventado acima.

13. A ocorrência de nulidade na fase interna da TCE.

13.1. Alegações (peça 33):

13.2. Conforme histórico do acórdão recorrido, o MTur concluiu, por meio da Nota Técnica de Reanálise 240/2011 (peça 1, p. 103-105), que a aprovação da prestação de contas estaria condicionada ao recolhimento dos valores dos itens reprovados naquela análise técnica, no total de R\$ 25.000,00. Mas, nos autos, não consta comunicação ao gestor desta decisão.

13.3. Não tendo sido comunicado o gestor (recorrente) sobre referida decisão, todo o processo após esta decisão deve ser declarado nulo.

13.4. Análise:

13.5. Cumpre inicialmente esclarecer que existe distinção entre fase interna e fase externa de uma TCE. Na fase interna, aquela promovida no âmbito do órgão público em que os fatos ocorreram, não há litígio ou acusação, mas apenas verificação de fatos e apuração de autoria. Constitui procedimento inquisitório de coleta de provas assemelhado ao inquérito policial, no qual não se tem uma relação processual constituída nem há prejuízo ao responsável. O estabelecimento do contraditório nessa fase não é obrigatório, pois há mero ato investigatório sem formalização de culpa. Como não existem partes nem antagonismos de interesse nessa fase, a ausência de citação ou de oportunidade de contradição dos documentos juntados não enseja nulidade.

13.6. O direito ao contraditório e à ampla defesa se dá, nos termos do devido processo legal, na fase externa da tomada de contas especial, que se inicia com a autuação do processo junto ao TCU, com a citação válida dos responsáveis, e se finda com o seu julgamento.

13.7. Dessa forma, no caso concreto, ainda que não tivesse havido notificação ao recorrente na fase interna, tal fato, por si, não causaria qualquer nulidade no presente processo. Além disso, ainda que o responsável tivesse sido notificado e tivesse recolhido o valor definido na Nota Técnica 240/2011, nada impediria o concedente de rever sua posição e, como de fato o fez, passar a imputar-lhe valor mais elevado. O instituto da ‘coisa julgada’ não se aplica, de forma alguma, às decisões proferidas nessa fase.

13.8. Por outro lado, uma vez iniciada a fase externa da TCE, com a instauração do processo perante este Tribunal, o direito à ampla defesa foi rigorosamente observado, com a citação do responsável, a apresentação de suas alegações de defesa e sua devida análise na deliberação recorrida.

13.9. Cumpre ressaltar, por fim, que, ainda que a prestação de contas do responsável tivesse sido aprovada na fase interna, mediante o recolhimento do débito definido na Nota Técnica 240/2011, este Tribunal não estaria vinculado a esse entendimento e poderia, com base na competência jurisdicional que lhe é atribuída pela Constituição Federal, rever esse entendimento, como se depreende dos seguintes dispositivos da Instrução Normativa TCU 71/2012 (acrescentados pela Instrução Normativa TCU 85/2020):

‘Art. 13-A. Em qualquer estágio da fase interna, o responsável pelo débito poderá recolher o valor principal integral atualizado monetariamente, sem a incidência de juros moratórios, nos termos do art. 12, § 2º, da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992.

(...)

§ 4º O recolhimento antecipado do débito previsto no caput acarretará a quitação provisória em benefício do responsável, sob condição resolutiva, no caso de o TCU não reconhecer a boa-fé do responsável ou identificar outras irregularidades nas contas.

(...)

§ 6º Não reconhecida, pelo TCU, a boa-fé do responsável ou identificadas outras irregularidades nas contas, o processo seguirá seu curso, com a realização de citação e/ou audiência do(s) responsável(is) pelas irregularidades apuradas nos autos do processo de tomada de contas especial, com a cobrança do débito relativo aos juros de mora desde a ocorrência do fato gerador da irregularidade.’

13.10. No caso concreto, de fato, o TCU não anuiu às conclusões da referida nota técnica, tendo atribuído ao responsável irregularidades que resultaram na imputação de débito mais elevado.

14. O arquivamento do processo por falta de pressupostos de desenvolvimento válido e regular.

14.1. Alegações (peça 33):

14.2. A unidade instrutiva reconheceu a inexistência de dano por parte do responsável, propondo o arquivamento dos autos e o relator mencionou que o evento foi realizado. O recorrente não pode ser condenado a ressarcimento de dano ao erário que sequer existiu.

14.3. Nesse sentido, a jurisprudência do TCU.

14.4. Deve ser acatada esta preliminar, extinguindo-se a presente ação.

14.5. Análise:

14.6. A realização do evento que constituiu o objeto do convênio, de acordo com o respectivo plano de trabalho, foi devidamente demonstrada no Relatório de Supervisão in Loco 8/2009 do MTur, acompanhado, inclusive, de substancial documentação fotográfica (peça 3, p. 1-15).

14.7. O pronunciamento da ‘unidade instrutiva’ a que se refere o recorrente é a instrução inicial da Secex/GO (peças 4-6), que propôs o arquivamento do processo ante a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular, tendo em vista a comprovação da execução do objeto do convênio.

14.8. No entanto, a Secex/GO reviu esse entendimento, passando a consignar, em sua instrução final, reproduzida no relatório do acórdão recorrido, que (peça 22, p. 8):

‘57. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a mera execução física do objeto ou de parte dele, por si só, não comprova que os recursos foram aplicados corretamente, cabendo ao responsável demonstrar o nexo causal entre os recursos que lhe foram repassados e os documentos de despesas referentes à execução, tais como notas de empenho, recibos, notas fiscais, extratos bancários e demais documentos necessários aptos a comprovar que o objeto de determinada obra ou serviço foi executado com os recursos transferidos.

58. Esse entendimento fundamenta-se no dever de prestar contas, previsto no parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal, bem como em outros normativos infraconstitucionais, como o Decreto-Lei 200/1967. Nesse sentido é o teor dos Acórdãos 2.024/2016-TCU-2ª Câmara - Rel. Min.

Ana Arraes; 1.449/2016-TCU-2ª Câmara – Rel. Min. Ana Arraes; 11.236/2015-TCU-2ª Câmara- Rel. Min. Ana Arraes, 11.222/2015-TCU-2ª Câmara – Rel. Min. Augusto Nardes e 7.612/2015-TCU-1ª Câmara- Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues.’

14.9. O relator a quo seguiu na mesma linha desse entendimento da unidade técnica, tendo concluído que o responsável não se desincumbiu de seu dever de demonstrar o nexo causal entre parte dos recursos federais que foram colocados sob sua gestão e o objeto executado, de modo que, ao final, foi, sim, atestada nos autos a ocorrência de dano ao erário em valor correspondente a essa parcela dos recursos do convênio.

14.10. A jurisprudência referida pelo recorrente estabelece que:

‘Afastado o indício de dano ao erário que motivou a instauração da tomada de contas especial por órgão ou entidade da Administração Pública, mas confirmada a ocorrência de ato de gestão irregular, a natureza do processo deve ser alterada para representação, a fim de se aplicar a sanção, sem a necessidade de realizar julgamento de contas.

Acórdão 294/2019-2ª Câmara, rel. Augusto Nardes.’

14.11. No voto condutor dessa deliberação, o relator explicita melhor esse entendimento, observando que:

‘16. Entendo, contudo, que os responsáveis não devem ser sancionados nesta TCE, porquanto, em verdade, não remanescem os pressupostos de constituição desta espécie processual, cuja finalidade é, segundo a disposição contida no art. 2º, caput, da Instrução Normativa TCU 71/2012, ‘(...) apurar responsabilidade por ocorrência de dano à administração pública federal, com apuração de fatos, quantificação do dano, identificação dos responsáveis e obter o respectivo ressarcimento’.

17. Logo, ante a conclusão acerca da ausência de prejuízo ao erário e a subsistência de ato praticado com grave infração à norma legal – hipótese de aplicação de multa, nos termos do art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992 –, sou favorável a que a natureza do processo seja alterada para representação.’

14.12. O Acórdão 1753/2010-1ª Câmara, rel. Weder de Oliveira, também citado pelo recorrente, segue nessa mesma vereda.

14.13. É claro, no entanto, que o caso ora considerado difere essencialmente dos de que tratam esses precedentes. Neles, trata-se de alterar a natureza de processo de tomada de contas especial em andamento devido à ausência de pressuposto de constituição daquela espécie processual, qual seja, a ocorrência de dano ao erário. Ocorre que não é absolutamente disso que se trata neste processo, pois no caso sob exame, como se acaba de destacar, existe dano ao erário, decorrente da falta de demonstração pelo responsável do vínculo entre parte dos recursos federais colocados sob sua gestão e o objeto executado.

14.14. Logo, não tem qualquer cabimento a pretensão do recorrente de extinção do presente feito, cabendo, inclusive, ressaltar que, à luz da mencionada jurisprudência, ainda que se acolhesse a alegação de inexistência de dano, não seria o caso de extinção do processo, mas sim de sua conversão em outra espécie, para apuração da irregularidade remanescente no processo licitatório (falta de contrato de exclusividade entre o artista e o empresário registrado em cartório).

15. MÉRITO

16. O nexo de causalidade entre os recursos repassados e a execução do objeto do convênio.

16.1. Alegações (peça 33):

16.2. *A falta de atesto é apenas formalidade que em nada compromete a aprovação da execução contratual.*

16.3. Análise:

16.4. *O débito imputado ao recorrente decorreu de os comprovantes de duas notas fiscais anexados à prestação de contas estarem ilegíveis e de faltarem as cópias de quatro cheques. A falta de atesto nas notas fiscais foi apontada como irregularidade no ofício de citação (peça 13, p. 2-3, item d.1), mas foi relevada pelo ministro relator em seu voto, sob o argumento de que (peça 21, p. 3):*

‘19. Apesar da ausência dos atestos nas notas fiscais, é possível perceber que o Relatório de Supervisão in loco 008/2009 (peça 3, p.1-15) é rico em descrições e fotos do evento que demonstram a ocorrência do evento, a sua ligação com o Ministério do Turismo, bem como o alcance dos resultados acordados no plano de trabalho. (...)’

16.5. *Assim, a falta de atesto nas notas fiscais não integrou os fundamentos da condenação do recorrente e não se faz necessário, por isso, apreciar o argumento apresentado neste tópico.*

16.6. Alegações (peça 33):

16.7. *Não pode o recorrente ser condenado pelo fato de algumas notas fiscais estarem ilegíveis. As notas foram emitidas e devidamente pagas e o serviço foi prestado, vez que o evento foi realizado.*

16.8. *Como é de conhecimento geral, os comprovantes de pagamento (TED/DOC/cheque), com o tempo, se apagam.*

16.9. *A falta de cópias de alguns cheques se justifica pela morosidade nos procedimentos de instauração destas contas, como mencionado pela CGU. Não sendo mais prefeito municipal, o recorrente não teve como requisitar as cópias dos cheques.*

16.10. Análise:

16.11. *Por força do que dispõe o 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, compete ao gestor comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos, ou seja, cabe a ele o ônus da prova.*

16.12. *Tal entendimento é confirmado por inúmeros precedentes da jurisprudência desta Corte, bem como pelo Supremo Tribunal Federal em decisão proferida em sede de mandado de segurança (MS 20335/DF, rel. Min. Moreira Alves), cuja ementa vem transcrita a seguir:*

‘Mandado de segurança contra o Tribunal de Contas da União. Contas julgadas irregulares. Aplicação da multa prevista no artigo 53 do Decreto-Lei 199/67. A multa prevista no artigo 53 do Decreto-Lei 199/67 não tem natureza de sanção disciplinar. Improcedência das alegações relativas a cerceamento de defesa. Em direito financeiro, cabe ao ordenador de despesas provar que não é responsável pelas infrações, que lhe são imputadas, das leis e regulamentos na aplicação do dinheiro público. Coincidência, ao contrário do que foi alegado, entre a acusação e a condenação, no tocante à irregularidade da licitação. Mandado de segurança indeferido.’

16.13. *Cópias ilegíveis, obviamente, não provam a emissão e o pagamento de notas fiscais. Além disso, o recorrente não demonstra ter tomado qualquer providência eficaz para obter cópias em estado satisfatório das notas fiscais nem as cópias dos cheques faltantes.*

16.14. *Não cumpriu, portanto, sua obrigação de comprovar a regular aplicação dos recursos correspondentes, motivo pelo qual não merecem provimento as alegações apresentadas neste tópico.*

16.15. Alegações (peça 33):

16.16. Mesmo que tenha existido a suposta irregularidade financeira, não se pode afirmar que tenha havido prejuízo ao erário.

16.17. Comprovada a realização do evento, deveria o relator mensurar o prejuízo sofrido pela União para que houvesse ressarcimento e não condenar o recorrente à devolução de todo o valor da verba encaminhada, sob pena de locupletamento.

16.18. Análise:

16.19. A 'irregularidade financeira' verificada nos autos, no caso, é a falta de cópias de notas fiscais e de cheques que comprovem que a parte dos recursos do convênio correspondente a esses documentos foram, de fato, aplicadas no objeto do convênio.

16.20. Como visto, cabe unicamente ao recorrente o estabelecimento de nexo de causalidade entre os recursos repassados e a destinação que lhes foi dada, de modo a afastar por completo a possibilidade de que o objeto pactuado tenha sido executado com recursos outros – sejam federais, estaduais ou municipais – que não os do convênio em questão.

16.21. Na falta dessa comprovação, cria-se, para o gestor, a obrigação de repor esses recursos, semelhante à que surge em razão da omissão na prestação de contas, dado que não se admite que remanesça sequer a possibilidade de que os recursos pactuados tenham sido utilizados em qualquer finalidade que não seja de interesse público.

16.22. Trata-se, portanto, de uma presunção juris tantum de prejuízo ao erário, que cabe ao gestor – e não ao Tribunal – desconstituir. Ressalve-se, no entanto, que, ao contrário do que afirma, o recorrente não foi condenado à devolução de 'todo o valor da verba encaminhada', mas apenas das parcelas relativas a duas notas fiscais e três cheques relacionados na prestação de contas.

16.23. Alegações (peça 33):

16.24. A documentação de exclusividade para contratação dos shows não acarreta qualquer dano à Administração Pública. Além disso, os artistas declararam que, para as datas determinadas, Marco Antonio Gaetan detinha a exclusividade na contratação de shows musicais.

16.25. A reserva de datas por empresários é procedimento comum no mercado.

16.26. A venda antecipada de shows possibilita preços inferiores àqueles que seriam obtidos por negociação direta com os artistas.

16.27. A jurisprudência segue esse entendimento, inclusive em relação à comarca de Palestina/SP.

16.28. Análise:

16.29. A irregularidade na documentação de exclusividade nada tem a ver com o débito imputado ao recorrente, pois o ministro relator entendeu que (peça 21, p. 3):

'25. No que tange a documentação da exclusividade, não é razoável sustentar que não carrega o pressuposto de que os valores recebidos constituem a contraprestação financeira pela prestação dos serviços pela empresa (ou empresário) e pelos artistas que representa.'

16.30. E, diante disso, considerou que (peça 21, p. 3):

'27. Portanto, independentemente do afastamento de parte do débito, remanesce a ilegalidade da contratação por inexigibilidade de licitação, com fundamento no art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993, sem que houvesse a publicação no Diário Oficial de União do eventual contrato de exclusividade dos artistas com a empresa contratada.'

16.31. Por conseguinte, trata-se de falha que foi apenas considerada na dosimetria da multa aplicada ao recorrente.

16.32. Consistiu, conforme consta do ofício de citação (peça 13, p. 2, item b.2), na realização de pagamentos à empresa Clássica Comércio Eletrônicos e Produções Ltda., que não era representante exclusiva dos artistas que participaram do evento custeado com recursos do convênio, pois os termos anexados aos autos apenas lhe conferiam exclusividade para o município e a data em que o show foi realizado (peça 3, p. 111, 119 e 127). Além disso, os extratos de inexigibilidade de licitação não foram publicados no D.O.U. mas sim no D.O.M. e somente seis meses depois da assinatura dos contratos.

16.33. O entendimento do TCU sobre a matéria foi firmado no âmbito de consulta formulada pelo Ministro do Turismo, julgada por meio do Acórdão 1435/2017-Plenário, rel. Vital do Rêgo. Nessa consulta, a autoridade ministerial indagou sobre qual deveria ser o posicionamento quanto à análise da prestação de contas (regularidade com ressalvas ou irregularidade), no caso de apresentação apenas de autorização, atesto ou carta de exclusividade (e não do contrato de exclusividade propriamente dito) que confere exclusividade ao empresário do artista somente para o(s) dia(s) correspondente(s) à apresentação deste, sendo ainda restrita à localidade do evento.

16.34. Sobre a apresentação dos referidos documentos, o Tribunal, conforme sintetizado em enunciado da sua jurisprudência, respondeu que:

‘Na contratação direta, por inexigibilidade de licitação, de profissional do setor artístico por meio de empresário exclusivo, a apresentação de autorização/atesto/carta de exclusividade restrita aos dias e à localidade do evento não atende aos pressupostos do art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993. Para tanto, é necessária a apresentação do contrato de representação exclusiva do artista consagrado com o empresário contratado, registrado em cartório.’

16.35. Já quanto ao julgamento de mérito a ser proferido nessas hipóteses, esclareceu que:

‘A apresentação de autorização/atesto/carta que confere exclusividade ao empresário do artista consagrado para dias e eventos específicos, em vez do necessário contrato de exclusividade registrado em cartório, para fins de contratação por inexigibilidade de licitação, representa impropriedade na execução do convênio e, por si só, não implica o julgamento pela irregularidade das contas, tampouco condenação em débito.’

16.36. É claro, portanto, que o Tribunal considera que a apresentação de termos que confirmam ao empresário exclusividade apenas para os locais e datas determinados de eventos artísticos não preenche os requisitos para a contratação por inexigibilidade deferida no art. 25, inc. III, da Lei 8.666/1993, configurando, por esse motivo impropriedade.

16.37. Definido o exato sentido do critério fixado em lei, pouco importa que a reserva de datas seja procedimento comum no mercado ou que a venda antecipada de ingressos proporcione a obtenção de preços inferiores pela contratação dos artistas, circunstâncias, aliás, que o recorrente alega sem qualquer comprovação.

16.38. Também fica claro que essa impropriedade não constitui motivo para a imputação de débito, sendo inócua, portanto, a assertiva do recorrente de que a sua prática, no caso concreto, não acarretou dano ao erário.

16.39. Sobre a suposta jurisprudência em favor de sua tese, o recorrente menciona processos com numeração incorreta e excertos que não se encontram na base de acórdãos do Tribunal. Ignora-se, portanto, de onde os extraiu. De qualquer modo, o entendimento do Tribunal sobre a matéria é pacífico no sentido do precedente acima mencionado.

16.40. Inteiramente improcedentes, portanto, as alegações do recorrente examinadas no presente tópico.

16.41. *Alegações* (peça 33):

16.42. *É impossível a aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, vez que determina a aplicação da multa em relação ao dano causado ao erário, fato inexistente nestes autos.*

16.43. *Análise:*

16.44. *Como já suficientemente esclarecido acima, houve, sim, dano ao erário, correspondente à parte dos recursos federais repassados cuja utilização no objeto do convênio não foi comprovada pelo recorrente. É perfeitamente cabível, portanto, a imposição da multa do art. 57 da Lei 8.443/1992.*

CONCLUSÃO

17. *Das análises anteriores, conclui-se que:*

a) *o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 636886, conferiu nova interpretação ao art. 37, § 5º, da Constituição Federal, fixando a tese de que 'é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas';*

b) *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;*

c) *assim, 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 o trânsito em julgado do RE 636886 no STF ou ulterior deliberação deste tribunal;*

d) *na situação em exame, não haverá a ocorrência da prescrição, quer se adote o Código Civil ou a Lei 9.873/1999 como fundamento para análise, o que permite o imediato julgamento, sem a necessidade de sobrestamento;*

e) *o estabelecimento do contraditório na fase interna da TCE não é obrigatório, pois essa fase constitui procedimento inquisitório de coleta de provas assemelhado ao inquérito policial, em que não há litígio ou acusação, mas apenas verificação de fatos e apuração de autoria;*

f) *no caso concreto, além disso, ainda que o responsável tivesse sido notificado e tivesse recolhido o valor definido na Nota Técnica MTur 240/2011, nada impediria o concedente de rever sua posição e passar a imputar-lhe valor mais elevado, pois também não há 'coisa julgada' na fase interna;*

g) *ainda que a prestação de contas do responsável tivesse sido aprovada na fase interna, mediante o recolhimento do débito, este Tribunal não estaria vinculado a esse entendimento;*

h) *no caso em exame, descarta-se a extinção da presente TCE ou sequer sua conversão em outra espécie, pois existe dano ao erário decorrente da falta de demonstração pelo responsável do vínculo entre parte dos recursos federais colocados sob sua gestão e o objeto executado;*

i) *a falta de atesto nas notas fiscais foi relevada pelo ministro relator em seu voto e não integrou os fundamentos da condenação do recorrente;*

j) *o recorrente não demonstra ter tomado qualquer providência eficaz para obter cópias em estado satisfatório das notas fiscais nem cópias dos cheques que estão em falta na prestação de contas, deixando de cumprir a sua obrigação de comprovar a regular aplicação dos recursos correspondentes;*

k) a falta de estabelecimento de nexo de causalidade entre os recursos repassados e a destinação que lhes foi dada cria, para o gestor, a obrigação de repô-los, semelhante à que surge em razão da omissão na prestação de contas;

l) trata-se, portanto, de uma presunção juris tantum de prejuízo ao erário, que cabe ao gestor – e não ao Tribunal – desconstituir;

m) o Tribunal considera que a apresentação de termos que confirmam ao empresário exclusividade apenas para os locais e datas determinados de eventos artísticos não preenche os requisitos para a contratação por inexigibilidade deferida no art. 25, inc. III, da Lei 8.666/1993, configurando, por esse motivo impropriedade;

n) essa impropriedade, no caso, foi apenas considerada na dosimetria da multa aplicada ao recorrente, nada tendo a ver com o débito que lhe foi imputado;

o) o dano ao erário correspondente à parte dos recursos federais repassados cuja utilização no objeto do convênio não foi comprovada pelo recorrente justifica plenamente a imposição da multa do art. 57 da Lei 8.443/1992.

18. Com base nessas conclusões, propõe-se o conhecimento do recurso interposto para que lhe seja denegado provimento.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

19. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise do recurso de reconsideração interposto por Nicanor Nogueira Branco contra o Acórdão 6878/2020-TCU-2ª Câmara, propondo-se, com fundamento nos arts. 32, inciso I, e 33, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 285, caput e § 1º, do RI/TCU:

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

b) dar conhecimento ao recorrente e aos demais interessados da decisão que vier a ser prolatada.”

É o Relatório.