VOTO

Cuidam os autos de embargos de declaração opostos pelo Sr. José Alberto Fogaça de Medeiros ao Acórdão 7.685/2022-1ª Câmara.

2. O presente feito trata, originalmente, de tomada de contas especial instaurada pela Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça (Senasp/MJ), em razão de não comprovação da regular aplicação dos recursos repassados por meio do Convênio 223/2007, firmado entre o então Ministério da Justiça e o município de Porto Alegre/RS, que tinha por objeto realizar os jogos gaúchos de verão, bem como promover a formação de jovens participantes e seus familiares em cursos de capacitação para o mercado de trabalho.

2. Para a execução da avença, foi previsto o aporte de R$ 2.377.000,00, sendo R$ 2.326.000,00 à conta do concedente e o restante referente à contrapartida do convenente. O ajuste teve vigência de 26/12/2007 a 26/12/2009, com prazo para apresentação da prestação de contas fixado em 24/2/2010. Os repasses efetivos da União totalizaram R$ 2.326.000,00.

3. No âmbito da Senasp/MJ, foram constatadas as seguintes irregularidades:

> *"a) escolha do IRG, sem a realização de procedimento licitatório (subconvênio); b) ausência de documentos que demonstrem a capacidade e habilitação do IRG; c) ausência de documentos que comprovem a fiscalização da execução do convênio; d) pagamentos e transferências feitas após a vigência do convênio; e) relação de pagamentos com informações conflitantes com os saques da conta específica e com as NFs; f) NFs não identificadas com o título e o número do convênio; g) ausência dos documentos de homologação e adjudicação (itens 8 a 12 da relação de pagamentos); Não consecução dos objetivos pactuados."*

4. Após a notificação dos responsáveis, sem a elisão das ocorrências e a devolução dos recursos, o órgão concedente instaurou a presente tomada de contas especial, tendo concluído, ao final, pela existência do prejuízo de R$ 1.907.557,38, imputando-se responsabilidade ao Instituto Ronaldinho Gaúcho (IRG) e aos Srs. José Alberto Fogaça de Medeiros, na condição de Prefeito de Porto Alegre/RS e gestor dos recursos, e João Batista Linck Figueira, Clênia Leal Maranhão, Marilu Fontoura de Medeiros e Roberto de Assis Moreira, na condição de dirigentes.

5. Submetidos os autos ao descortino desta Corte de Contas, determinei, por meio de despacho, a citação dos responsáveis listados adiante, tendo em vista a *"não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos conveniados, em razão (I) da não apresentação de documentação que comprove a execução física do objeto (e da efetividade do objeto pactuado) e (II) da ausência de nexo de causalidade entre a execução financeira da despesa e a execução dos itens pactuados, cuja documentação suporte apresentada foi incompleta e eivada de irregularidades"*.

6. Na ocasião, foram imputadas as seguintes condutas:

6.1. Sr. José Alberto Fogaça de Medeiros: *"não apresentar documentos (tais como lista de presença assinada pelos participantes, registros fotográficos e cópia de certificados dos cursos de formação) com todas as informações necessárias que provassem a execução dos itens previstos no plano de trabalho; não comprovar o devido nexo de causalidade entre a movimentação financeira dos recursos e as despesas apresentadas, haja vista a não movimentação dos recursos pelo Instituto em conta específica, o não pagamento das despesas diretamente aos credores, a não menção ao convênio nos documentos comprobatórios, a menção a outro convênio em documentos fiscais, notas fiscais com descrição genérica dos serviços faturados, despesas fora da vigência do convênio, incompatibilidade entre valores de comprovantes de despesa e a movimentação financeira, e a celebração de subconvênio"*;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 72501990.

6.2. Instituto Ronaldinho Gaúcho: *"receber pagamentos no âmbito do convênio celebrado com o município de Porto Alegre visando à implementação do programa "Jogos Gaúchos de Verão", custeados com recursos públicos federais (item 1.1 da cláusula primeira do convênio indica o Convênio 223/2007 do Ministério da Justiça), por serviços cuja comprovação de execução não ficou devidamente demonstrada por documentação suporte das despesas, como documentos fiscais, listas de presença e registros fotográficos"*; e

6.3. Sr. Roberto de Assis Moreira: *"receber, como dirigente do Instituto Ronaldinho Gaúcho, pagamentos no âmbito do convênio celebrado com o município de Porto Alegre visando à implementação do programa "Jogos Gaúchos de Verão", custeados com recursos públicos federais (item 1.1 da cláusula primeira do convênio indica o Convênio 223/2007 do Ministério da Justiça), por serviços cuja comprovação de execução não ficou devidamente demonstrada por documentação suporte das despesas, como documentos fiscais, listas de presença e registros fotográficos"*.

7. Transcorrido o prazo regimental, apenas o primeiro responsável apresentou defesa. O Tribunal analisou os elementos acostados nos autos e decidiu, por meio do Acórdão 7.685/2022-1ª Câmara, julgar irregulares as contas dos Srs. José Alberto Fogaça de Medeiros e Roberto de Assis Moreira e do Instituto Ronaldinho Gaúcho; condená-los solidariamente ao pagamento do débito especificado; e aplicar multas individuais de R$ 1.600.000,00 para os dois últimos responsáveis e de R$ 400.000,00 para o primeiro.

8. Irresignado com esta deliberação, o Sr. José Alberto Fogaça de Medeiros opôs os presentes embargos de declaração, nos quais alega, em apertada síntese:

a) à época da elaboração da defesa do gestor perante esta Corte de Contas, o parâmetro jurídico do próprio TCU para a análise da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva era o Código Civil, nos termos do incidente de uniformização de jurisprudência aprovado por meio do Acórdão 1.441/2016-Plenário, diversamente dos Tribunais Superiores, pois tanto o STF quanto o STJ já haviam confrontado tal posicionamento;

b) afirmar que não houve contradição e, além disso, sustentar a posição de que não houve prejuízo, revela-se insustentável, porquanto a defesa do gestor foi totalmente prejudicada com a aplicação da Resolução-TCU 344/2022;

c) *"primeiro, como explicar não existir contradição nem prejuízo se no entendimento que consta nos autos a Auditoria do TCU havia se posicionado pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, aplicando o critério decenal (10 anos) de prescrição. E que, sem ouvir a área técnica e a defesa, atacando os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, e aplicando-se a Resolução-TCU nº 344/2022, com o critério atual de 5 anos,* [decidiu que] *não se configurou a prescrição"*;

d) ainda na esteira do Acórdão 1.441/2016-Plenário, que uniformizou a jurisprudência do TCU sobre a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, destaca-se que a citação válida e exigível era apenas aquela realizada pelo Tribunal de Contas da União; nesse sentido, a notificação na fase interna não era apta para interromper da prescrição;

e) no presente caso, verificou-se, pelos critérios anteriores à Resolução-TCU 344/2022, que *"ocorreu a prescrição tanto da pretensão punitiva quanto do ressarcimento ao erário em relação ao Ex-Prefeito José Alberto Fogaça de Medeiros, uma vez que entre a suposta irregularidade apontada e o ato de ordenação da citação pelo TCU, transcorreu-se lapso temporal superior a 14 (quatorze) anos"*;

f) de outro giro, com a entrada em vigor do referido normativo, o marco inicial passou para a data em que as contas deveriam ter sido prestadas, na hipótese de omissão de prestação de contas, nos termos do inciso I do art. 4º, qual seja: 24/2/2010; a causa interruptiva da prescrição que deve ser

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 72501990.

aplicada inicialmente ao caso em testilha é o disposto no art. 5º, inciso I, da resolução; o Sr. José Alberto Fogaça de Medeiros foi notificado sobre a irregularidade apenas em 4/12/2015;

g) o acórdão recorrido foi omisso em apontar os fundamentos para responsabilização do Sr. José Alberto Fogaça de Medeiros; segundo o voto condutor da deliberação atacada, este *"na condição de ex-prefeito e signatário da avença, agiu de forma deficiente na supervisão e gestão do convênio, contribuindo de forma decisiva para a ocorrência do dano"*;

h) resta incabível a responsabilização da autoridade máxima com base, unicamente, em um dever genérico de vigilância, de supervisão; de modo que, para que se configure **culpa in vigilando** *"não basta que o agente público deixe de monitorar as atividades dos seus subalternos na cadeia de responsabilidades, faz-se necessário, para fins de responsabilização subjetiva, que o agente público que ocupe posição de liderança tenha efetiva ciência de falhas, irregularidades e ilegalidades por parte da estrutura hierarquizada e se quede omisso"*;

i) as atribuições do Chefe do Executivo, em síntese, são de natureza governamental e administrativa, sendo certo que nas funções administrativas verifica-se que o Prefeito não realiza pessoalmente todas as funções do cargo, executando aquelas que lhe são privativas e indelegáveis e transpassando as demais aos seus auxiliares e técnicos da Prefeitura (citou precedentes do TCE/RS);

j) a Corte de Contas Estadual se manifestou sobre os mesmos fatos analisados na presente tomada de contas especial, tendo concluído pela não imputação de débito ao ora recorrente;

l) no caso em comento, não se verifica qualquer conduta ilícita do ex-Gestor, nem há qualquer demonstração de nexo causal ou de prejuízo ao Erário; da mesma forma, não houve qualquer indício de que o ex-prefeito agiu mediante dolo ou erro grosseiro, o que se faria necessário para sua responsabilização, diante da responsabilidade subjetiva prevista no art. 28 da LINDB; e

m) devem ser aplicados, ainda, à presente situação, os critérios estabelecidos no **caput** e no § 1º do art. 22 da referida norma.

9. Sendo assim, o Sr. José Alberto Fogaça de Medeiros requereu que fosse reconhecida a prescrição da pretensão punitiva e ressarcitória e, no mérito, fossem afastadas as imputações de débito e multa ao gestor, arquivando-se o processo.

10. Feito esse necessário resumo, passo a decidir.

11. Preliminarmente, conheço dos presentes embargos de declaração, uma vez que eles preenchem os requisitos de admissibilidade previstos no art. 34, **caput** e § 1º, da Lei 8.443/1992.

12. Com relação às alegadas contradições na análise da prescrição, ressalto que procedi à análise dos fatos à luz da Resolução-TCU 344/2021, como, aliás, impõe o art. 1ª deste normativo, que determina a sua aplicabilidade aos processos em curso nesta Corte de Contas.

13. Sendo assim, não cabe a incidência das regras do Código Civil para a avaliação da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva de sorte, como havia feito a SecexTCE, ainda na etapa preliminar do feito. No caso, inexiste qualquer direito subjetivo do recorrente a que mantido o exame anterior realizado pela unidade técnica, baseado em critério jurídico não mais sustentado pelo Tribunal, até porque a antiga posição do TCU não é sustentada pela jurisprudência atual do STF.

14. A respeito da assertiva de que o TCU não poderia mudar o parâmetro de análise da prescrição, sem a renovação da citação do Sr. José Alberto Fogaça de Medeiros, tese suscitada pelo **Parquet**, manifestei-me da seguinte forma no voto condutor da decisão atacada:

> *"19. Sobre a alegação do MPTCU de que a prescrição da pretensão punitiva havia sido reconhecida pela unidade técnica desde a instrução que fundamentou as citações, de sorte que a eventual aplicação de multa exige o refazimento das citações, sob pena de se*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 72501990.

*caracterizar comportamento contraditório por parte do TCU, em detrimento da boa-fé processual, divirjo da análise do **Parquet**.*

*20. Isso porque o exercício do contraditório requer a manifestação sobre os fatos, não propriamente sobre o direito aplicável à matéria, ainda mais quando não houve pronunciamento expresso do relator ou do Tribunal a respeito do assunto. Nesse sentido, não cabe falar em violação aos princípios da boa-fé processual e do **verine contra factum próprio**, até porque não houve nenhum prejuízo processual à parte, porquanto o próprio responsável apresentou defesa sobre o tema, sustentando a tese de que a matéria encontrava-se prescrita."*

15. Conforme se depreende do trecho citado acima, não houve nenhum prejuízo processual ao responsável, até porque ele teve a oportunidade de se manifestar sobre as irregularidades e o conjunto fático que lhe foi atribuído, tendo, inclusive, trazido argumentos a respeito da ocorrência de prescrição.

16. Em acréscimo, destaco que o Tribunal não se vincula ao pronunciamento de suas unidades instrutivas, até porque a atividade judicante é exercida pelos Ministros e pelo Colegiado, com base no princípio do livre convencimento e da persuasão racional, podendo estes divergirem da análise e do encaminhamento sugerido por aquelas.

18. Nessa perspectiva, não é crível que uma pessoa arrolada pelo TCU limite suas considerações, em matéria de defesa, à eventual opinião dos auditores da Secretaria do TCU, ainda mais se esta ocorrer na fase preliminar do processo, sobre matéria que somente será objeto de decisão no julgamento do feito. Eventual comportamento de alguém nesse sentido não seria digno de tutela pelo direito, por representar conduta processual desarrazoada e temerária, incompatível com a jurisprudência e com a própria noção de processo de controle externo, manifestada no item anterior.

19. Sobre a alegação de que houve violação ao princípio da boa-fé processual, entendo que isso teria ocorrido somente se o TCU tivesse desrespeitado algum direito subjetivo do responsável ao desatender uma expectativa legítima, o que absolutamente não ocorreu no presente caso.

20. Quanto ao princípio do **verine contra factum** próprio, também não houve a infração deste, até porque é absolutamente regular a existência de entendimentos divergentes entre as unidades da secretaria do TCU, os relatores e o Colegiado, como já exposto no item 16 **supra**.

21. Sobre a aplicação propriamente dos critérios da Resolução-TCU 344/2022 para a situação concreta em exame, reproduzo a análise efetivada no voto condutor do Acórdão 7.685/2022-1ª Câmara:

"16. No presente caso, o convenente apresentou a prestação de contas em 24/2/2010, de sorte que houve os seguintes eventos processuais no âmbito da Senasp/MJ que se enquadram nos marcos interruptivos previstos no art. 5º:

a) Pareceres técnicos: Pareceres 138/2012, de 1/6/2012, 844/2013, de 26/12/2013, e 358/2014, de 18/7/2014;

b) Pareceres financeiros: Parecer CGFIS/DEAPSEG 30/2014, de 17/2/2014, Parecer conclusivo 284/2014, de 9/9/2014, e Parecer CGFIS/DEAPSEG 360/2014, de 3/11/2014;

c) Pareceres Gerais: Parecer 12/2015/CGFIS/DEAPSEG/SENASP, de 23/1/2015, e Parecer 12/2017/CGGIR SENAS /DEAPSEG/SENASP, de 18/12/2017;

d) Autuação da tomada de contas especial pelo TCU: 20/9/2019;

e) Despacho autorizando a realização da citação proposta: 31/3/2021.

17. Dessa forma, não cabe falar em prescrição, sendo adequado o prosseguimento do feito para a análise de seu mérito."

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 72501990.

22. No caso, a assertiva trazida pelo embargante, no sentido de que a notificação realizada na fase interna da tomada de contas especial não é apta a interromper a prescrição, não mais se aplica no contexto atual de incidência da Resolução-TCU 344/2022, que previu várias causas interruptivas relacionadas a atos praticados antes do ingresso do processo no TCU.

23. Essa ideia foi reforçada no parágrafo único do art. 6º, lavrado no seguinte sentido:

> *"Art. 6º Aproveitam-se as causas interruptivas ocorridas em processo diverso, quando se tratar de fato coincidente ou que esteja na linha de desdobramento causal da irregularidade ou do dano em apuração.*
>
> *Parágrafo único. Aplica-se o disposto no caput deste artigo aos atos praticados pelos jurisdicionados do TCU, tais como os órgãos repassadores de recursos mediante transferências voluntárias e os órgãos de controle interno, entre outros, em processo diverso, quando se tratar de fato coincidente ou que esteja na linha de desdobramento causal da irregularidade ou do dano em apuração."* (grifos acrescidos).

24. Sendo assim, concluo mais uma vez que não houve prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória, inexistindo qualquer contradição na decisão atacada.

25. Com relação ao mérito, embora não tenha havido omissão do Acórdão 7.685/2022-1ª Câmara quanto aos fundamentos da responsabilização do Sr. José Alberto Fogaça de Medeiros, entendo que o exame mais detido de algumas circunstâncias do caso pode ensejar um novo juízo a respeito da culpabilidade do ex-prefeito no cometimento das irregularidades.

26. No caso, o referido agente foi o signatário do Convênio 223/2007, assumindo a condição de responsável por sua regular gestão. Todavia, compulsando o processo, verifico que os atos administrativos de operacionalização da avença foram praticadas por outras pessoas integrantes da estrutura administrativa da Prefeitura de Porto Alegre/RS, a exemplo das Sras. Clênia Leal Maranhão, Secretária Municipal de Coordenação Política e Governança Local, e Marilú Fontoura de Medeiros, Secretária Municipal de Educação, que firmaram o subconvênio com o Instituto Ronaldinho Gaúcho (IRG), e os Srs. Cézar Busatto e Luciano Marcantônio, à época, Secretário Municipal de Coordenação Política e Governança Local, titular e substituto, que assinaram vários documentos relativos à prestação de contas do Convênio 223/2007.

27. Dessa forma, ainda que se possa afirmar que houve falha na supervisão da avença por parte do Sr. José Alberto Fogaça de Medeiros, dada a sua posição de responsável pelo cumprimento do objeto perante o Ministério da Justiça, avalio que esse comportamento não é culpável, seja porque havia outras pessoas à frente da gestão da avença, seja porque as irregularidades somente eram passíveis de ser identificadas, tempestivamente, a partir de um acompanhamento mais próximo da execução do subconvênio, o que me parece ser uma conduta exigível de um prefeito de uma capital, nas circunstâncias do caso em exame.

28. Ainda que as falhas verificadas no subconvênio e, por conseguinte, no Convênio 223/2007 tenham grande amplitude, considerando os respectivos instrumentos, a sua percepção pelo Sr. José Alberto Fogaça de Medeiros exigia que elas tivessem sido identificadas e apontadas pelos secretários e agentes subordinados encarregados de gerir e fiscalizar aquele instrumento, dada a extensão dos encargos do prefeito, a baixa materialidade do convênio e a natureza do objeto convenial, a realização de jogos esportivos e a capacitação de jovens, a dificultar uma fiscalização mais expedita.

29. Assim, concluo que não houve omissão grave do ex-prefeito, sendo aplicáveis os seguintes precedentes:

> *"A imputação de responsabilidade a agente político é possível, razoável e necessária nos casos em que tenha contribuído de alguma forma para as irregularidades, em que delas*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 72501990.

tinha conhecimento, ou, ainda, em que houve alguma omissão grave de sua parte." (Acórdão nº 2.922/2013-Plenário. Relator: Ministro José Jorge);

"Não cabe imputação de responsabilidade a agentes políticos quando não há a prática de atos administrativos de gestão, exceto se as irregularidades tiverem um caráter de tal amplitude e relevância que, no mínimo, fique caracterizada grave omissão no desempenho de suas atribuições de supervisão hierárquica." (Acórdão nº 760/2015-Plenário. Relator: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer; Acórdão nº 1.625/2015-Plenário. Relator: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer);

"É possível a responsabilização de ministro de Estado nas situações em que desempenha diretamente funções executivas, especialmente quando celebra contratos e termos aditivos com irregularidades que, pelas materialidade e importância dos serviços envolvidos, podem e devem ser percebidas pelo signatário dos ajustes." (Acórdão nº 1.151/2015-Plenário. Relator: Ministra Ana Arraes).

30. Dessa forma, entendo que os presentes embargos podem ser acolhidos, com efeitos infringentes, para o fim de afastar o débito e a multa impostos ao Sr. José Alberto Fogaça de Medeiros, mantendo incólumes os demais termos do Acórdão 7.685/2022-1ª Câmara.

TCU, Sala das Sessões, em 6 de dezembro de 2022.

BENJAMIN ZYMLER
Relator

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 72501990.