TC 032.035/2008-1

Tipo: Tomada de contas especial (Recurso de Reconsideração)

Unidade: Prefeitura Municipal de Belém (PB)

Recorrentes: Tarcísio Marcelo Barbosa de Lima (CPF: 144.184.794-49).

Advogados: Bruno Lopes de Araújo, OAB/PB 7.588-A; Johnson Gonçalves de Abrantes, OAB/PB 1663; e outros. Procuração à peça 31.

Interessado em sustentação oral: não há

Sumário: Tomada de Contas Especial. Irregularidades na aplicação de recursos de Convênio para implementação de sistema de esgotamento sanitário. Alegações de defesa rejeitadas. Contas irregulares do responsável. Débito imputado ex-prefeito e aplicação de multa. Recurso de reconsideração. Inocorrência de cerceamento de defesa, de prescrição da pretensão punitiva ou de incidência do art. 14 da LO/TCU. Documentos insuficientes para comprovar o nexo causal entre os recursos do convênio e os comprovantes de despesas. Recurso conhecido e não provido.

INTRODUÇÃO

1. Cuidam os autos de recursos de reconsideração (peça 30) interposto em sede de tomada de contas especial contra o Acórdão 4.443/2014-TCU-1ª Câmara (peça 17).

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

> ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 1ª Câmara, diante das razões expostas pelo Relator, e com fundamento nos arts. 1º, inciso I; 12, § 3º; 16, inciso III, alíneas "b" e "c"; 19, **caput**; 23, inciso III, alíneas "a" e "b"; 28, inciso II; 57; e 58, inciso II, da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 209, § 7º, e 214, inciso III, alíneas "a" e "b", do Regimento Interno do TCU, em:
>
> 9.1. excluir a Construtora RDV Ltda. do pólo passivo deste processo;
>
> 9.2. julgar irregulares as contas do ex-prefeito Tarcísio Marcelo Barbosa de Lima, condenando-o ao pagamento das importâncias a seguir discriminadas, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados a partir das datas indicadas, até a data do efetivo recolhimento dos débitos, e fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, contados da ciência, para que comprove perante o Tribumal o recolhimento do montante aos cofres da Fundação Nacional de Saúde (Funasa):

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52981193.

Data de Ocorrência	Valor Histórico (R$)
17/05/2002	29.300,00
20/05/2002	65.000,00
24/05/2002	5.700,00
12/07/2002	60.000,00
23/07/2002	37.717,00

9.3. aplicar a Tarcísio Marcelo Barbosa de Lima multa de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), proporcional ao débito provocado, fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias da notificação para que comprove perante o Tribunal o recolhimento desse valor aos cofres do Tesouro Nacional, o qual deverá ser atualizado monetariamente, se pago após o vencimento;

9.4. aplicar a Tarcísio Marcelo Barbosa de Lima multa de R$ 7.000,00 (sete mil reais), em razão de outras irregularidades praticadas, fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias da notificação para que comprove perante o Tribunal o recolhimento desse valor aos cofres do Tesouro Nacional, o qual deverá ser atualizado monetariamente, se pago após o vencimento;

9.5. autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendida a notificação; e

9.6. remeter cópia deste acórdão, acompanhado do relatório e voto, à Procuradoria da República no Estado da Paraíba, para as medidas que entender cabíveis.

HISTÓRICO

1.2. Em exame tomada de contas especial instaurada pela Fundação Nacional de Saúde (Funasa) em face de Tarcísio Marcelo Barbosa de Lima, ex-prefeito de Belém/PB, e a Construtora RDV Ltda., em virtude da inexecução do Convênio 320/2001, que tinha por objeto a execução de 104 melhorias sanitárias domiciliares.

1.3. No curso da instrução do feito, a unidade técnica constatou a existência de outra TCE neste Tribunal (TC 024.513/2007-9), com mesmo objeto e responsáveis, mas relativa a outro Convênio de número 875/2001, com o objetivo de implantação de melhorias sanitárias em 94 residências. Diante da confusão feita pela Funasa entre os dois ajustes, com relatórios e acompanhamentos trocados, promoveu-se o apensamento do referido processo a estes autos, para exame conjunto.

1.4. Apesar de a Funasa ter impugnado o montante total dos recursos repassados, os pareceres técnicos elaborados pelo Órgão apontaram a execução parcial dos módulos sanitários, tanto no Convênio 320/2001 quanto no 875/2001, inclusive com parte das residências beneficiadas servida por rede de esgoto e usufruindo das instalações.

1.5. Entretanto, os elementos constantes da prestação de contas dos dois convênios evidenciaram a realização de saques no montante total transferido nas avenças, procedimento contrário a determinação da IN-STN 1/1997, e impediram a constatação do nexo de causalidade entre a totalidade dos valores transferidos e os pagamentos efetuados.

1.6. Essa impossibilidade de liame causal entre a origem dos recursos e os pagamentos, ensejou a exclusão da responsabilidade da Construtora RDV Ltda., dos autos, mantendo-se a responsabilização do ex-prefeito, em face dos elementos constantes dos autos e da ausência de defesa trazida pelo ex-alcaide, com a condenação de devolução dos valores transferidos por meio

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52981193.

dos Convênios 320/2001 e 875/2001, além da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, fixada em R$ 30.000,00.

1.7. Além desses fatos, outras irregularidades motivaram a aplicação da multa prevista art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, no valor de R$ 7.000,00: (i) a fuga à modalidade de licitação adequada, tendo em vista que o valor das obras exigia a realização de tomada de preços e não convite, e (ii) a emissão dos termos de recebimento definitivos e o pagamento total antes que as obras estivessem concluídas.

1.8. Irresignado, o Sr. Tarcísio Marcelo Barbosa de Lima interpõe o presente recurso de reconsideração.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

1.9. O Exmo. Ministro Relator, Bruno Dantas, em Despacho à peça 38, conheceu do recurso de reconsideração interposto (peça 30), nos termos do exame de admissibilidade proferido pela Serur (peça 36), suspendendo-se os efeitos dos itens 9.2 a 9.5 do Acórdão 4.443/2014-TCU-1ª Câmara (peça 17).

1.10. Foi ainda expedido Ofício à Procuradoria da República no Estado da Paraíba, cientificando-a do efeito suspensivo em relação ao Acórdão recorrido, conforme documento acostado à peça 39 e aviso de recebimento à peça 40.

EXAME DE MÉRITO

2. Delimitação

2.1. Constitui objeto do presente recurso definir se:

a) Houve ou não incidência da prescrição da pretensão punitiva do TCU;

b) A ocorrência de longo decurso de tempo prejudicou a ampla defesa do recorrente;

c) Cabe ou não a aplicação do art. 14 da LO/TCU ao presente caso;

d) O Relatório de Acompanhamento Gerencial do Convênio emitido pelo Sr. Hidelbrando Matias da Silva Filho (peça 5, p. 3-5, do TC 024.513/2007-9) possui algum vício a ensejar a nulidade da condenação do recorrente;

e) As falhas identificadas no processo são ou não de natureza meramente formal, ensejando o julgamento pela regularidade com ressalvas das contas.

3. Da prescrição da pretensão punitiva

3.1. O recorrente advoga, em sede de preliminar, que o longo prazo ensejou a incidência da prescrição, tendo em vista terem decorridos mais de 13 anos da formalização dos convênios em discussão (peça 30, p. 5-8).

a) Afirma que o precedente suscitado pela Secex/PB (MS 26.210-9), do Supremo Tribunal Federal, aplicar-se-ia tão somente para os casos de ações judiciais e não para as hipóteses de presunção de ocorrência de dano ao erário (p. 5)

b) Acosta posicionamento doutrinário de auditor desta Corte de Contas, para defender a tese de que a hipótese de presunção de ocorrência de dano ao erário, lastreada no artigo 16, III, da Lei 8.443/1992, ensejaria a incidência de prazo decadencial (p. 5-6).

c) Assevera ser necessário o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva prevista no artigo 1º na Lei 9.873/99 (p. 6).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52981193.

Análise:

3.2. É pacífica, até o momento, o entendimento no TCU de que as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis, ressalvando-se a **possibilidade** de dispensa de instauração de tomada de contas especial prevista no no art. 6º, II, da IN - TCU 71/2012.

3.3. O julgado do STF, manejado pelo recorrente, MS 26.210/DF, pugnou, por maioria de votos, assentar a imprescritibilidade da ação de ressarcimento movida no bojo de tomada de contas especial, colimando-a à parte final do § 5º do art. 37 da Constituição Federal, que assentou a imprescritibilidade das ações de ressarcimento vinculadas a ilícitos praticados por agentes, servidores ou não. No mesmo sentido, os RE 608831/SP (rel. Min. Eros Grau, DJe 26.04.2010) e RE 606224/SE (rel. Min. Carlos Britto, DJe 08.03.2010).

3.4. Os julgados não fazem qualquer distinção entre a condenação com base em dano presumido e desvio ou desfalque de recursos públicos, conquanto a tese ventilada seja respeitável, e tratada mesmo em artigo doutrinário do Auditor Federal de Controle Externo Arides Santos Leite (In: O Reconhecimento da Prescrição Pelo Tribunal de Contas da União, p. 15-16).

3.5. O referido autor destaca a necessidade de se distinguir a imputação de débito lastreada na presunção de dano ao erário, constante do art. 16, inciso III, alíneas *a* e *b* da Lei 8.443/1992 e de desfalque ou desvio de recursos públicos, constante da alínea *d* do mesmo inciso e artigo da Lei Orgânica do TCU, esta última sim equiparada às ações de ressarcimento de que trata o § 5º, *in fine*, do art. 37 da Constituição.

3.6. Também o Ministro Cezar Peludo, em voto-ressalva nos autos do MS 26.210/DF, entende que o termo "respectivas", constante do § 5º do art. 37 da Constituição, deva se referir às ações de ressarcimento derivadas de ilícitos penais. Já o Ministro Marco Aurélio Melo, vencido naquele julgado, entendeu não haver como afastar a prescrição de ação que deveria ter sido movida em tempo hábil pelo Poder Público.

3.7. Não obstante constituírem teses vencidas ou não ventiladas, o Tribunal certamente se deparará com elas no momento de firmar posição ou propor a devida regulamentação legal para o assunto. Destarte, não há que se falar em prescritibilidade quanto à cobrança do débito, dada sua natureza de ressarcimento.

3.8. Quanto ao alegado prazo prescricional do artigo 1º da Lei 9.873/1999, é assente na jurisprudência desta Corte que a referida Lei regula a ação punitiva movida pela Administração Pública Federal, sendo que a atividade judicante desta Corte não se fundamenta no exercício do poder de polícia, mas sim no de controle externo, de previsão constitucional. Nessa vertente, seguiram os Acórdãos 3.204/2014-TCU-Plenário, 5.166/2014-TCU-2ª Câmara, 1.749/2010-TCU-Plenário, 4.106/2009-TCU-1ª Câmara, e Acórdãos TCU 248/2000, 71/2000, 61/2003, todos do Plenário.

3.9. No que diz respeito à prescrição da aplicação de pena administrativa prevista em lei pelo TCU (multas, declaração de inidoneidade, inabilitação para ocupar cargo ou função pública e outras) diante da ausência de prescrição legal no âmbito da legislação de regência Corte de Contas, o Tribunal vem adotando posicionamento majoritário no sentido de se aplicar, analógica e subsidiariamente, as disposições do Código Civil Brasileiro - CCB, ou seja, o prazo geral de prescrição, e não as normas indicadas no recurso de reconsideração (v.g., Acórdãos 1.727/2003, 330/2007 e 2.073/2011, da 1ª Câmara; 4548/2014, 8/1997, 11/1998, 5/2003, 670/2013, 2.183/2013 e 2.177/2013 da 2ª Câmara; 71/2000, 61/2003, 771/2010, 474/2011, 828/2013 e 946/2013, 1850/2014, do Plenário).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52981193.

3.10. Esse prazo era de vinte anos no Código Civil (CC) anterior e passou para dez anos (art. 205), contados da ocorrência dos ilícitos, a partir da entrada em vigor do novo Código (11/1/2003). Definiu-se, ainda, uma regra de transição para esses prazos, no seguinte sentido: "Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada".

3.11. Assim, pelo mencionado artigo do novel Código Civil, para os casos de ilícitos, em que ocorreu diminuição de prazo prescricional (de vinte para dez anos), se na data em que entrou em vigor esse novo código (11/1/2003) houver transcorrido mais de dez anos (metade de vinte anos), fica valendo o prazo de vinte anos a contar do fato gerador. Senão, vale o prazo de dez anos (estipulado no novo CC) a contar a partir de 11/1/2003 (e não do fato gerador), conforme jurisprudência do STJ (a exemplo do REsp 848.161, 4ª T., Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 5/12/2006, DJ 5/2/2007).

3.12. Como os gastos de ambos os ajustes foram executados em 2002, conforme demonstrativos de débito à peça 3, p. 45 do TC 024.513/2007-9 e peça 5, p. 7, destes autos, incide no caso vertente o prazo decenal geral do Código Civil.

3.13. O recorrente foi notificado, no âmbito do Convênio 875/2001, por meio do Ofício acostado à peça 3, p. 48-53 do TC 024.513/2007-9, datado de 18/11/2004 e aviso de recebimento à peça 3, p. 54, datado de 20/11/2004 e no âmbito do Convênio 320/2001 também por Ofício emitido em 24/8/2004 (peça 5, p. 6) e aviso de recebimento à peça 5, p. 9. Inexistente, portanto, a prescrição, consoante o entendimento predominante nesta Casa, da prescrição decenal.

3.14. Por fim, cumpre analisar a incidência da prescrição quinquenal. A matéria foi debatida em representação formulada pela Consultoria Jurídica deste Tribunal, apreciada pelo Acórdão 1.314/2013-TCU-Plenário.

3.15. Em que pese o Plenário desta Corte não tenha conhecido da representação, pelo não cumprimento dos requisitos de admissibilidade previstos no art. 235, c/c art. 237, parágrafo único, do Regimento Interno, o Relator, Ministro Benjamin Zymler, deixou consignado em voto seu entendimento a respeito da matéria, segundo o qual, por analogia, o prazo prescricional para que o TCU aplique aos responsáveis as sanções previstas em sua Lei Orgânica deveria ser o de cinco anos, conforme prescrevem diversas normas de direito público, a exemplo do art. 23, inciso II, da Lei 8.429/1992, do art. 142, inciso I da Lei 8.112/1990, do art. 1º do Decreto 20.910/1932, do art. 174 do Código Tributário Nacional, do art. 1º da Lei 9.873/1999 e art. 1º da Lei 6.838/1980 e do art. 46 da Lei 12.529/2011.

3.16. Nessa vertente, o Ministro Benjamin Zymler julgou adequado considerar que o termo inicial para a contagem do prazo prescricional com vistas à aplicação das multas do art. 57 e 58 da Lei 8.443/1992 seja a data em que os fatos tidos como irregulares se tornaram conhecidos no âmbito do TCU.

3.17. Ainda que se adote o entendimento esposado nessa tese do Ministro Benjamin Zymler, não se verifica a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, uma vez que esta Corte foi notificada oficialmente da constituição da tomada de contas especial em 18/11/2008 (peça 8, p. 44), vindo a prolatar a decisão condenatória em 25/2/2014, por meio do Acórdão 736/2014 – TCU – 1ª Câmara (peça 86).

3.18. Ainda em sede de preliminar, no tocante à alegada prescrição para instauração de TCE, cabe esclarecer, em princípio, que a tomada de contas especial teve sua instauração autorizada em 28/3/2008, conforme despacho da Diretoria Executiva do FNS acostado à peça 2, p. 2. Verifica-se, assim, que a instauração da TCE pelo FNS se deu dentro do prazo de dez anos contados da data da ocorrência do fato gerador

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52981193.

3.19. Desse modo, não há como acolher a preliminar suscitada pelo recorrente.

4. Da ocorrência de longo decurso de tempo e sua relação com a ampla defesa do recorrente

4.1. O recorrente advoga, ainda em sede de preliminar, que o longo prazo decorrido prejudicou o exercício da ampla defesa e do contraditório, o que ensejaria o arquivamento dos autos (peça 30, p. 7-8 e p. 10-12).

a) Junta jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Resp. n°. 1047524/SC), para defender a necessidade de reconhecer que a atuação do TCU não observou os princípios da razoabilidade e da segurança jurídica, bem como o da razoável duração do processo e da eficiência, previstos na Constituição Federal (p. 7-8).

b) Acosta ainda jurisprudência do TCU para sustentar a tese de que muito tempo se passou entre os fatos e o chamamento para apresentação de justificativas, particularmente o TC 009.568/2013-1, o que ensejaria o arquivamento das presentes contas (p. 10-12).

Análise:

4.2. Os julgados do STJ e desta Corte de Contas colacionados pelo recorrente, e relativos aos princípios da celeridade processual e os da razoabilidade e proporcionalidade, não se amoldam ao caso vertente, pois o recorrente foi primeiramente notificado das irregularidades do Convênio 320/2001 em 24/8/2004 (peça 5, p. 6 e 9) e novamente notificado em 26/11/2004 (peça 5, p. 10 e 14), ou seja, dois anos após a execução das despesas, realizadas em 2002 (peça 5, p. 7).

4.3. Impende considerar que se, por um lado, o largo lapso de tempo entre os fatos e a citação ou notificação dos responsáveis pode ensejar prejuízo irreparável à defesa, por outro, é dever dos recorrentes demonstrar a impossibilidade do exercício pleno do contraditório pelos interessados em função do longo decurso do tempo. No presente caso, o fator temporal não prejudicou a defesa do recorrente, tanto é assim que apresentou alegações de defesa e ora exerce seu direito recursal.

4.4. Para caracterizar a inviabilidade de defesa, seria imperioso demonstrar que o recorrente buscou por todos os meios levantar as informações que não mais se encontravam disponíveis para evidenciar a comprovação das despesas.

4.5. Desse modo, não há como acolher a preliminar suscitada pelo recorrente.

5. Da aplicação do art. 14 da LO/TCU

5.1. O recorrente argumenta, também em preliminar, que o prazo estabelecido pelo artigo 14 da Lei 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU) restou extrapolado, o que ensejaria o arquivamento do feito (peça 30, p. 6-7).

a) Toma por base o mencionado preceito legal para afirmar que as contas deveriam ter sido apreciadas até o final do exercício de 2009, considerando o término do exercício seguinte àquele em que estas tiverem sido apresentadas, o que aconteceu em 2008 (p. 6).

b) Colaciona o mesmo julgado do STJ (Resp. n°. 1047524/SC) para sustentar a necessidade de observância do prazo prescrito pela Lei Orgânica do TCU para julgamento das contas (p. 6-7).

Análise:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52981193.

5.2. A norma constante do artigo 14 da LO/TCU, segundo a qual o Tribunal julgará as tomadas ou prestações de contas até o término do exercício seguinte àquele em que estas lhes tiverem sido apresentadas, refere-se a tomadas e prestações de contas ordinárias, que têm a sua forma de apresentação, prazos e requisitos definidos previamente pelo Tribunal, não se aplicando, portanto, à Tomada de Contas Especial, cuja instauração ocorre em caráter excepcional.

5.3. Nesse sentido, após o término das apurações pelo órgão competente (fase interna da TCE), o processo é encaminhado ao TCU, que no exercício de suas atribuições constitucionais e legais reabrirá o contraditório e facultará aos responsáveis a apresentação de alegações de defesa e/ou razões de justificativa (fase externa), que poderão ser acompanhadas de provas eventualmente com efeito sobre as apurações feitas até então.

5.4. Após a manifestação dos responsáveis, as unidades técnicas elaboram instruções destinadas a saneamento e encaminhamento de proposta de decisão, que após o pronunciamento do MP/TCU, são enviadas para o gabinete do Ministro-Relator do feito. Caberá ao Relator do processo providenciar relatório, redigir o voto e a proposta de decisão a ser colocada em votação no colegiado competente.

5.5. Conforme se vê, o rito processual da TCE, dada a sua complexidade e a necessidade de se perseguir a verdade real, não suporta qualquer imposição de prazo para o seu julgamento, haja vista que eventual determinação de limite temporal poder vir a prejudicar o direito à ampla defesa e ao contraditório. Entende-se que a instauração da TCE suspende todos os prazos com relação ao julgamento das contas.

5.6. Além disso, assim como ocorre em relação ao Poder Judiciário, os prazos definidos na legislação processual para exame e julgamento pelos órgãos judicantes são tidos como impróprios, no sentido de que sua eventual extrapolação, decorrente mesmo do volume de feitos submetidos a julgamento, não implica em nenhuma consequência, quer de ordem processual, quer de ordem material.

5.7. Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que eventual dilação de prazo na apreciação das contas não resulta que as mesmas sejam julgadas prejudicadas, salvo, naturalmente, se houver prejuízo para o contraditório e ampla defesa, o que não é o caso dos autos. A esse respeito, mencione-se excerto do Acórdão 435/2006-TCU-2ª Câmara:

> 2. Em relação ao primeiro argumento utilizado pelo recorrente, de que a decisão atacada foi tomada intempestivamente, uma vez que o art. 14 da Lei nº 8.443/92 determina que as contas devem ser julgadas até o término do exercício seguinte àquele em que forem apresentadas, o que levaria à nulidade do acórdão condenatório, **independentemente de qualquer discussão se tal artigo se aplica ou não apenas às contas ordinárias**, a questão fundamental é que o prazo ali estabelecido constitui o que a doutrina processualista denomina de **prazo impróprio**, aquele que não traz nenhuma situação prejudicial ao processo caso não seja cumprido. Os professores Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery assim se manifestam acerca desse tipo de prazo: "**O ato processual praticado além do prazo impróprio é válido e eficaz**. Normalmente são prazos impróprios os fixados para o juiz e auxiliares da justiça..." (Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor - 4ª edição, pg. 659). (**destaques acrescidos**)

5.8. Idêntica solução foi adotada nos Acórdãos 3.470/2009-TCU-1ª Câmara e 2.317/2010-TCU-1ª Câmara. Desse modo, a norma invocada pelo recorrente refere-se ao estabelecimento de prazo para a autoridade julgadora e se estabelece que esse descumprimento de prazo não chega a trazer situação prejudicial ao processo, exceção feita, como mencionado, às hipóteses de prejuízo ao contraditório e à ampla defesa, que não se observou nos autos e, por isso, não enseja nulidade da decisão proferida com seu descumprimento.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52981193.

5.9. Desse modo, rejeita-se a preliminar aduzida pelo recorrente.

6. Do Relatório de Acompanhamento Gerencial do Convênio emitido pelo Sr. Hidelbrando Matias da Silva Filho**.**

6.1. Adentrando ao mérito, o recorrente alega que o Relatório de Acompanhamento Gerencial do Convênio emitido pelo Sr. Hidelbrando (peça 5, p. 3-5, do TC 024.513/2007-9) é nulo, pois foi assinado por quem não detinha legitimidade, razão pela qual não poderia ser levado em consideração para a reprovação das contas ou imputação de débito ao recorrente (peça 30, p. 9-27). Ademais, o recorrente:

a) acosta documentação (p. 30, p. 20) que rechaçaria possíveis impropriedades constatadas pelos relatórios emitidos pela Fundação Nacional de Saúde,;

b) requer que esta Corte de Contas requisite à Funasa informações sobre a verdadeira função desempenhada pelo servidor Hildebrando quando da elaboração do parecer (p. 9).

c) assevera que, ainda que admitida a legalidade dos pareceres, em nenhum momento os mesmos fazem menção a suposto dano ao erário ou enriquecimento ilícito do recorrente (p. 9-10).

Análise:

6.2. O arrazoado acostado pelo recorrente à peça 30, p. 20, reveste-se de característica de simples declaração, porquanto destituído de data, origem e destinatário ou de qualquer característica de documento oficial, inservível como elemento probatório.

6.3. Os únicos elementos colimados pelo recorrente é a contestação do despacho emitido pela Engenheira Elisângela Maria Rodrigues Rocha, ao argumento de que o Parecer que o fundamentou, da lavra do Sr. Hildebrando Matias da Silva Filho seria nulo, em função de o mesmo exercer a função de Agente de Saúde Pública, matrícula 508387, função essa que não lhe permitiria o direito legal de realizar visita técnica e elaborar relatório de acompanhamento gerencial do convênio.

6.4. O responsável não trouxe aos autos elementos que comprovem a incompetência do agente que elaborou o relatório de acompanhamento do convênio, fato que impede a acolhida da simples declaração de próprio punho. Sabe-se que o fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente, conforme antiga máxima expressa no seguinte brocardo jurídico "allegatio et non probatio quasi non allegatio" (alegar e não provar é quase não alegar), não cabendo a esta Corte determinar diligências para levantamento de questões probatórias, pois esse ônus esse é do recorrente.

6.5. Convém apontar que ainda que identificado que o referido servidor não dispusesse da competência específica para emitir o parecer técnico, tal fato suscitaria a hipótese de nulidade relativa, caracterizadora de vício sanável ou convalidável.

6.6. Nesse sentido, vale acostar doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem o ato de convalidação é, por vezes, vinculado, e de outras vezes, discricionário. Desse modo, no caso de ato discricionário praticado por autoridade incompetente, a Administração Pública pode optar entre o dever de convalidar e o de invalidar o ato viciado. Se o ato era vinculado, a Administração não poderia se furtar à convalidação do ato. Assim se exprime a autora:

> (...) tratando-se de **ato vinculado praticado por autoridade incompetente**, a **autoridade competente não poderá deixar de convalidá-lo**, **se estiverem presentes os requisitos para a prática do ato**; **a convalidação é obrigatória, para dar validade aos efeitos já produzidos**;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52981193.

> se os requisitos legais não estiverem presentes, ela deverá necessariamente anular o ato. Se **o ato praticado por autoridade incompetente é discricionário e, portanto, admite apreciação subjetiva quanto aos aspectos de mérito, não pode a autoridade competente ser obrigada a convalidá-lo, porque não é obrigada a aceitar a mesma**. (Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 258). (grifos acrescidos)

6.7. Ora, no caso em apreço, a emissão do parecer técnico era obrigatória, ainda que a apreciação de mérito sobre a adequação ou não da execução do convênio estivesse ao alvedrio do avaliador.

6.8. Desse modo, que se trate de ato vinculado, quer de ato discricionário, e ainda que o referido servidor não detivesse competência específica para fazê-lo – **fato que o recorrente não logrou demonstrar** -, não haveria que se falar em anulação do referido parecer, uma vez cumpridos os demais requisitos legais e procedimentais para tanto.

6.9. Ressalte-se que a condenação do recorrente em débito e multa deu-se não em função desse parecer, mas no entendimento do Tribunal, colhido nas demais evidências coligidas aos autos, de que **não se comprovou o nexo financeiro entre os recursos federais recebidos e as despesas realizadas**.

6.10. Aliás, quanto à produção de provas, no âmbito do processo de controle externo de contas conduzido por esta Corte, cumpre esclarecer que o TCU há muito consolidou o entendimento de que constitui ônus do gestor a produção das evidências necessárias para comprovar o adequado uso dos recursos públicos, não cabendo a este Tribunal realizar diligências ou outras providências para obtenção de tais provas.

6.11. Nessa vertente, reforça-se o que dispõe o art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, bem como o art. 93 do Decreto-Lei 200/1967 c/c o art. 66 do Decreto 93.872/1986, segundo os quais compete ao gestor dos recursos a comprovação da regularidade na aplicação dos valores repassados pelo erário federal.

6.12. Registre-se ainda que essa vertente foi assentada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Mandado de Segurança (MS 20.335/DF, de 12/10/1982 da Relatoria do Ministro Moreira Alves):

> Mandado de Segurança contra o Tribunal de Contas da União. Contas julgadas irregulares.
>
> (...)
>
> 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.

6.13. Desse modo, impossível a guarida das razões de recurso, neste ponto.

7. Da interpretação das irregularidades identificadas como meras falhas formais.

7.1. O recorrente afirma que mesmo que considerada a existência de eventuais falhas, estas seriam classificadas como de natureza formal, não possuindo o condão de macular as contas apresentadas (peça 30, p. 14-16):

a) Afirma que o TCU já teria deliberado pela regularidade das contas, ainda que com ressalvas, quando comprovada a aplicação dos recursos no objeto pactuado, conforme demonstrariam Acórdãos que faz referência. Alega que ainda que considerada a existência de falhas eventuais, estas seriam classificadas como de natureza formal, não maculando as contas, máxime quando não restada a má-fé, o

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52981193.

dano ao erário ou enriquecimento ilícito, conforme demonstrariam outras decisões da Corte (p. 11-14).

b) Assevera ainda que o Poder Judiciário tem decidido no sentido de absolver os responsáveis, quando não constatada a desonestidade na conduta do agente público, mediante a qual este enriquece ilicitamente ou obtém vantagem indevida, e acosta decisões do Tribunal Regional Federal da 5ª Região e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais nesse sentido (p. 15);

c) Complementa os argumentos juntando documentação (planilhas orçamentárias, plantas baixas e cronograma físico-financeiro) relativa a suposta alteração no plano de trabalho original (p. 21-38);

d) Defende que a Lei Orgânica do TCU ordena o julgamento das contas pela regularidade, ainda que com ressalvas, quando evidenciem impropriedade ou outra falha de natureza formal de que não resulte dano ao erário, o que enseja o arquivamento dos presentes autos, por economia processual e racionalidade administrativa e eis que decorrido grande lapso temporal entre os fatos e a sua apuração, além da confusão quanto à prova produzida (p. 15-16).

Análise:

7.2. Quanto aos julgados do Tribunal Regional Federal e do Tribunal de Justiça, referenciados pelo recorrente, tais arestos dizem respeito a crime de responsabilidade de Prefeito municipal e de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa, com processualística e regime de provas totalmente distintos do processo de contas aplicável ao TCU, regido pelo artigo 71 da Constituição Federal, pela Lei 8.443/1992 e por seu Regimento Interno.

7.3. Quanto aos arestos deste TCU trazidos pelo responsável, no âmbito do TC 010.300/2005-1 e do TC 600.155/95-1, tais julgados não são aptos a influenciar o juízo adotado nestes autos, porquanto, diferentemente do alegado, não se cuida aqui de meras impropriedades formais, **mas da impossibilidade do estabelecimento de liame causal entre os recursos do convênio e os comprovantes de despesas fornecidos pela empresa executora**.

7.4. Isso porque o saque do montante total transferido nas duas avenças, Convênios 320/2001 e 875/2001, deu-se por meio de cheques nominais à prefeitura em vez de à empresa contratada, como preceitua a IN-STN 1/1997.

7.5. Além disso, justificaram a aplicação de multa com base no art. 58, inciso II, da Lei Orgânica do TCU, a fuga à modalidade de licitação adequada, tendo em vista que o valor das obras exigia a realização de tomada de preços e não convite, e a emissão dos termos de recebimento definitivos e o pagamento total antes que as obras estivessem concluídas, atos esses que decorrem não de falhas formais mas de inobservância de disposição expressa da Lei 8.666/1993.

7.6. As ditas planilhas orçamentárias de custo, plantas baixas de instalação de esgoto e cronograma físico financeiro (peça 30, p. 21-38), que supostamente teriam justificado a mudança no plano de trabalho do Convênio 875/2001, além de não ter qualquer aval da Funasa, seja por relatórios técnicos ou de vistoria, coincidem com os valores constantes do plano de trabalho original, aprovado no bojo do Convênio 320/2001 (peça 15, p. 1-2). Ademais, esses documentos não servem para o **estabelecimento de liame causal entre os recursos do convênio e os comprovantes de despesas constantes nos autos.**

7.7. Desse modo, não há como acolher as razões recursais.

CONCLUSÃO

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52981193.

8. Das análises anteriores, conclui-se que:

a) Não se observou a prescrição da pretensão punitiva desta Corte de Contas;

b) Não houve comprovação de prejuízo à ampla defesa decorrente de largo prazo entre os prazos e o chamamento aos autos do recorrente;

c) Não se observa hipótese de aplicação do artigo 14 da LO/TCU;

d) A existência de parecer técnico emitido por agente incompetente, fato não comprovado pelo recorrente, não enseja a anulação do referido documento, tampouco afasta o motivo principal pelo qual as contas foram julgadas irregulares;

e) As irregularidades identificadas não se constituem em meras impropriedades formais, mas em inobservância de dispositivos legais e ausência de comprovação de nexo de causalidade entre os recursos federais recebidos e os comprovantes de despesas apresentados.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior a presente análise do recurso de reconsideração interposto pelo Sr. Tarcísio Marcelo Barbosa de Lima, propondo-se, com fundamento no art. 33 da Lei 8.443/1992:

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

b) dar ciência desta deliberação aos responsáveis e interessados bem como aos Órgãos cientificados do Acórdão recorrido.

TCU/Secretaria de Recursos/4ª Diretoria, em 8/5/2015.

Jean Claude O'Donnell Braz Pereira

Auditor(a) Federal de Controle Externo
Matrícula 8183-3

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 52981193.