

GRUPO II – CLASSE I – Primeira Câmara

TC 032.376/2010-3

Natureza: Recurso de Reconsideração (Tomada de Contas Especial)

Entidade: Prefeitura Municipal de Caxias/MA

Recorrente: Hélio de Sousa Queiroz (001.945.063-04)

Representação legal: Washington Leite Torres (5414/OAB-MA) e outros, representando Hélio de Sousa Queiroz; José Maria Romão dos Santos (0514/OAB-MA), representando Benedito Soares de Lyra Pessoa; Josino Ribeiro Neto (748/72/OAB-PI) e outros, representando Fernando José de Assunção Couto.

SUMÁRIO: TCE INSTAURADA PELO FUNDO NACIONAL DE SAÚDE. PROGRAMA DE COMBATE ÀS CARÊNCIAS NUTRICIONAIS. RECURSOS DO SUS. OMISSÃO NO DEVER DE PRESTAR CONTAS. NÃO COMPROVAÇÃO DOS RECURSOS UTILIZADOS. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL PARA FISCALIZAR AS CONTAS DE RECURSOS FEDERAIS REPASSADOS POR MEIO DE TRANSFERÊNCIA LEGAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. EXCLUSÃO DA MULTA COM EXTENSÃO DOS EFEITOS A TODOS OS EX-PREFEITOS INCLUÍDOS NO SUBITEM 9.3 DO ACÓRDÃO RECORRIDO. CIÊNCIA. ARQUIVAMENTO.

RELATÓRIO

Por registrar com propriedade as principais ocorrências havidas no andamento deste processo até o momento, resumindo os fundamentos das peças acostadas aos autos, adoto como relatório a instrução do auditor responsável pela análise do processo (peça 166), *in verbis*:

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recurso de reconsideração interposto pelo Sr. Hélio de Sousa Queiroz (Peça 90) contra o Acórdão 8114/2014 – TCU – Primeira Câmara (Peça 88), que deliberou nos seguintes termos:

‘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 “a”, “b” e “c”**; 19; 23, inciso III; 28, inciso II; e 57 da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 202, inciso I, e §§ 6º e 8º; 214, inciso III, alíneas “a” e “b”; 215 e 216 do Regimento Interno do TCU, em:

9.1. julgar irregulares as contas de João Alves do Nascimento, Fernando José de Assunção Couto, Benedito Soares de Lyra Pessoa e Solange Camargo Bandeira da Silveira;

9.2. julgar irregulares as contas de Hélio de Sousa Queiroz, Fause Elouf Simão Junior e Márcia Regina Serejo Marinho, condenando-os ao pagamento das quantias a seguir especificadas, com a fixação do prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal, o recolhimento das dívidas aos cofres do Fundo Nacional de Saúde - FNS, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados a partir das datas discriminadas até a do recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor:

9.2.1. Hélio de Sousa Queiroz:

Valor Histórico (R\$)	Data de Ocorrência
27.786,00	10/02/2000
27.787,50	24/02/2000
27.787,50	24/03/2000
27.787,50	26/04/2000
27.787,50	26/05/2000
27.787,50	08/11/2000
757,50	27/11/2000

9.2.2. Fause Elouf Simão Junior:

Valor Histórico (R\$)	Data de Ocorrência
27.787,50	27/06/2000
27.787,50	31/07/2000
372,50	24/08/2000
27.787,50	05/10/2000

9.2.3. Márcia Regina Serejo Marinho:

Valor Histórico (R\$)	Data de Ocorrência
27.787,50	20/02/2001
26.350,00	11/05/2001

9.3. aplicar a Hélio de Sousa Queiroz, Fause Elouf Simão Junior e Márcia Regina Serejo Marinho multas, respectivamente, nos valores de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) e R\$ 16.000,00 (dezesseis mil reais), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para que comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento das dívidas ao cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do presente acórdão até a do efetivo recolhimento, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.4. autorizar a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

9.5. encaminhar cópia deste acórdão, bem como do relatório e voto que o fundamentam, à Procuradoria da República no Estado do Maranhão, para as medidas que julgar cabíveis.'

HISTÓRICO

2. Cuidam os autos de mais uma tomada de contas especial instaurada pelo Fundo Nacional de Saúde - FNS, **em razão da omissão do dever de prestar contas** e da impugnação parcial de despesas realizadas à conta dos recursos destinados ao Programa de Combate às Carências Nutricionais - PCCN pela Prefeitura Municipal de Caxias/MA, nos exercícios 2000 e 2001. No curso da instrução da TCE, no âmbito desta Corte de Contas, foram identificadas falhas na execução do PCCN, que ocorreu em desconformidade com o Plano Municipal de Combate às Carências Nutricionais e com a Portaria GM/MS 709/1999.

2.1 Os responsáveis foram citados pelas respectivas ocorrências:

- Hélio de Sousa Queiroz, ex-prefeito municipal no exercício 2000; irregularidades constantes dos itens 1 a 5 e 10 a 11 da planilha de glosa (peça 1, pp. 125 e 340), que **consistiram na omissão da prestação de contas** dos recursos recebidos nos meses de fevereiro, março, abril, maio e novembro de 2000; total dos débitos: R\$ 167.481,00;

- Fause Elouf Simão Junior, ex-prefeito municipal no exercício 2000; irregularidades constantes dos itens 6, 7, 8 e 9 da planilha de glosa (peça 1, pp. 125 e 340), ocorridas no período de 27/junho a 05/outubro de 2000, relativas à **omissão da prestação de contas** dos recursos recebidos em junho, julho, agosto e outubro do ano 2000; montante dos valores glosados: R\$ 83.735,00;

- Márcia Regina Serejo Marinho, ex-prefeita no exercício 2001; irregularidades constantes dos itens 12 e 13 da planilha de glosa (peça 1, pp. 125 e 340), ocorridas em 2001, referentes à não comprovação dos recursos utilizados; **quantum**: R\$ 54.137,50.

2.2. Foram realizadas audiências de diversos responsáveis, mas essas sanções não foram aplicadas por considerar que, na linha de entendimento da jurisprudência que vem se delineando no Tribunal, até o momento, não cabe a cominação de multa aos responsáveis chamados em audiência, por ter ocorrido prescrição decenária. Malgrado a impossibilidade de aplicação de multa aos responsáveis ouvidos em audiência, o Relator entendeu que suas contas deveriam ser julgadas irregulares e não arquivadas, sem julgamento de mérito, como propõe a unidade técnica, pois está configurada a gestão temerária, o que se amolda ao prescrito no art. 16, inciso III, alínea “b” da Lei Orgânica do Tribunal. Deve se considerar que a isenção da multa não implica, necessariamente, na impossibilidade de se dar seguimento ao processo, porquanto não há prescrição legal oponível para o julgamento de contas por decadência temporal.

2.3 No mais, a unidade técnica examinou as alegações, concluindo pela rejeição de todas, por entender, em suma, que: (a) a ausência de documentos informada pelo responsável, ao invés de atenuar sua responsabilidade, **reforça o fato de que não foram apresentadas as contas dos recursos por ele geridos, o que motivou a citação realizada**; (b) apesar do tempo, em relação à cobrança do débito, não há que se falar na sua impossibilidade de seguimento, em face da presença, no âmbito do TCU, de imprescritibilidade pela cobrança do dano ao erário; (c) a responsabilidade por prestar contas deve recair sobre aqueles que efetivamente efetuaram a gestão dos recursos, neste caso, o prefeito municipal, conforme indicou o MP/TCU.

2.4 O Relator destacou que esta tomada de contas especial originou-se de auditoria feita pelo Departamento Nacional de Auditoria do SUS - Denasus, no referido PCCN do Município de Caxias/MA, cujo relatório (peça 1) foi assinado, em 05/10/2001, por uma equipe formada por dois médicos, um administrador e uma contadora, que chegaram às seguintes conclusões:

‘A equipe de auditoria não pôde constatar o impacto do Programa de Combate às Carências Nutricionais no Município de Caxias/MA. O banco de dados do [Sistema de Vigilância Alimentar e Nutricional] SISVAN não está sendo alimentado como prevê o Plano Municipal de Combate às Carências Nutricionais e a Portaria GM/MS 709/99. Não está sendo realizada a pesagem mensal das crianças atendidas. Não existe nas unidades de saúde e na Coordenação do Programa dados estatísticos referentes à recuperação dos beneficiários. Não foi comprovada a utilização de R\$ 305.353,50 (trezentos e cinco mil, trezentos e cinquenta e três reais e cinquenta centavos), sendo R\$ 251.216,00 referentes aos valores não utilizados no exercício de 2000 e R\$ 54.137,50 relativos aos pagamentos de despesas não comprovadas. Concluímos que o PCCN no Município de Caxias/MA vem cumprindo apenas parcialmente seus objetivos, uma vez que a quantidade de leite distribuída é inferior ao previsto nos parâmetros do Ministério da Saúde (Portaria GM/MS 709/99); o acompanhamento do peso das crianças não está sendo feito mensalmente; parte dos recursos (valores indicados acima) repassados pelo Ministério da Saúde não foi utilizada na manutenção do programa; nenhuma criança foi desligada do programa por efetiva recuperação ponderal.’

2.5 Entendeu, assim, que restaram comprovadas as ocorrências previstas nas alíneas “a”, e “c” do inciso III do art. 16 da Lei 8.443/1992. Desse modo, as contas do Hélio de Sousa Queiroz, Fause Elouf Simão Junior e Márcia Regina Serejo Marinho, foram julgadas irregulares com imputação dos mencionados débitos, e aplicação individual de multa proporcional, nos valores, respectivamente, em R\$ 50.000,00, R\$ 25.000,00 e R\$ 16.000,00.

2.6 Inconformado, o Sr. Hélio de Sousa Queiroz (Peça 90) ingressou recurso de reconsideração contra o Acórdão 8114/2014 – TCU – Primeira Câmara, requerendo:

- a) seja acatada a preliminar suscitada de prescrição e/ou decadência, decretando-se a extinção da Tomada de Contas Especial, sem apreciação do seu mérito;
- b) seja acatada a preliminar de nulidade do Acórdão recorrido, por violação ao princípio da individualização da pena, na forma acima exposta;
- c) ou para que, no mérito, seja reformado o Acórdão recorrido, absolvendo-se o recorrente, ex-prefeito Hélio de Sousa Queiroz, da acusação que lhe é imputada, isentando-o de qualquer pena, notadamente aplicação de multa, imputação de débito, juros e correção monetária, ou qualquer outra pena, com base nos argumentos ora lançados nesta petição, os quais demonstram a ausência de justa causa que justifique qualquer tipo de condenação.

ADMISSIBILIDADE

3. Reitera-se o exame de admissibilidade contido na peça 108, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.2, 9.2.1, 9.3 e 9.4 do Acórdão 8114/2014-Primeira Câmara em relação ao recorrente, conforme Despacho do Relator (peça 112).

MÉRITO

4. Constitui objeto do presente recurso definir:

a) a natureza jurídica dos fundos municipais e estaduais e se estão estes obrigados a prestar contas das transferências diretas à União;

a.1) se, havendo a obrigação de prestar contas, se essa obrigação recai sobre o Prefeito ou sobre o Secretário Municipal de Saúde, em conformidade com os art. 9º, inciso III, 18 e 33 da Lei 8080/1990 (Peça 90, p. 5 e 16);

b) se incidiu a prescrição ou decadência, em face de precedentes do STF (Peça 90, p. 8);

5. Natureza das transferências fundo a fundo. Obrigação de prestar contas, se do Secretário de Saúde ou do Prefeito ((Peça 90, p. 5 e 16);

5.1 Em síntese, o recorrente alega que a obrigação de prestar contas, no caso dos autos, é atribuída ao Secretário Municipal de Saúde e não ao ex-prefeito municipal, conforme prescrição textual da lei 8.080/1990, com segue:

Art. 9º. A direção do Sistema Único de saúde (SUS) é única, de acordo com o inciso r do art. 198 da Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos:

III - no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.

Art. 18. À direção municipal do Sistema de Saúde (SUS) compete:

I - planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde;

Art. 33. Os recursos financeiros do Sistema Único de Saúde (SUS) serão depositados em conta especial, em cada esfera de sua atuação, e movimentados sob fiscalização dos respectivos Conselhos de Saúde.

5.2 Dessa forma, ressalta que a direção do SUS, no âmbito municipal, é de competência do Secretário de Saúde, que exerce a chefia da Secretaria Municipal de Saúde, além de ser o Presidente do Conselho de Saúde do Município, segundo prescreve a lei. Portanto, cabe ao referido gestor, ou seja, ao Secretário Municipal de Saúde, por expressa determinação legal, o dever de prestar contas, daí o motivo de não ter o ora recorrente (ex-prefeito) apresentado prestação de contas de tais recursos, porquanto tal obrigação é imposta pela lei ao gestor dos recursos, conforme já mencionado acima.

Análise

5.3 Os responsáveis foram citados pelas ocorrências constantes dos itens:

a) 1 a 5 e 10 a 11 da planilha de glosa (peça 1, pp. 125 e 340), que **consistiram na omissão da prestação de contas** dos recursos recebidos nos meses de fevereiro, março, abril, maio e novembro de 2000; total dos débitos: R\$ 167.481,00;

b) 6, 7, 8 e 9 da planilha de glosa (peça 1, pp. 125 e 340), ocorridas no período de 27/junho a 05/outubro de 2000, relativas à **omissão da prestação de contas** dos recursos recebidos em junho, julho, agosto e outubro do ano 2000; montante dos valores glosados: R\$ 83.735,00;

c) 12 e 13 da planilha de glosa (peça 1, pp. 125 e 340), ocorridas em 2001, referentes à não comprovação dos recursos utilizados; **quantum**: R\$ 54.137,50.

5.4 O fundamento das glosas, conforme extrai da planilha constante da Peça 1, p. 125 consiste em:

ITEM	IDENTIFICAÇÃO DA GLOSA	MOTIVO DA GLOSA/FUNDAMENTO	VALOR DA GLOSA
1	Parcela de Recurso do ICCN	Não utilização	27.786,00
2	Idem	Não utilização	27.787,50
3	Idem	Não utilização	27.787,50
4	Idem	Não utilização	27.787,50
5	Idem	Não utilização	27.787,50
6	Idem	Não utilização	27.787,50
7	Idem	Não utilização	27.787,50
8	Idem	Não utilização	372,50
9	Idem	Não utilização	27.787,50
10	Idem	Não utilização	27.787,50
11	Idem	Não utilização	757,50
12	Cheque pago nº 956	Despesas não comprovadas	27.787,50
13	Cheque pago nº 850022	Despesas não comprovadas	26.350,00

5.5 Registre-se que o Relatório de Tomada de Contas Especial nº 224/2009, com base nessa planilha, descreveu o fato gerador desta tomada de contas como sendo decorrente de despesas sem comprovação e não utilização dos recursos destinados ao Programa de Combate a Carências Nutricionais - PCCN, contrariando a Portaria GM / MS No. 709/99 do Ministério da Saúde (Peça 2, p. 41).

5.6 No âmbito deste Tribunal, nenhum fato novo foi acrescentado, dando prosseguimento ao processo unicamente com os elementos constituído na fase interna da TCE, conforme constata-se dos termos da citação (Peças 9 a 11 e 51 a 53). Ou seja, os atos impugnados cingem a não prestação de contas dos recursos federais recebidos do Programa de Combate às Carências Nutricionais, fazendo referência à planilha de glosa constante da peça 1, p. 125.

5.7 Por consequência, com exceção dos itens 12 e 13 da planilha, não há nos autos nenhum outro ato irregular na aplicação dos recursos que se refira a utilização dos recursos, ou seja, não há propriamente despesa ou pagamento impugnado. Os fatos que motivaram as irregularidades, objeto da citação, foram a não apresentação das contas dos recursos geridos.

5.8 Para maior clareza, observa-se que o motivo da glosa está expresso na planilha como “não utilização” dos recursos. Como se vê, não há fato típico, pois a “não utilização” de recursos

financeiros, por si, não constitui irregularidade. A premissa é que se os recursos não foram utilizados, é no sentido de que eles continuam na conta específica. Portanto, se dano houve, esse não foi de natureza material, posto que sequer houve ato de gestão propriamente. Inclusive porque esse programa é de natureza continuada, ou seja, os recursos não utilizados em um exercício podem ser automaticamente reprogramados para execução no exercício seguinte.

5.9 Além disso, nota-se que a irregularidade foi caracterizada, especificamente, **em face das dotações orçamentárias não terem sido executadas**. A esse respeito, deve-se considerar que o orçamento é uma peça que reflete um planejamento que define metas a serem alcançadas. No que pese a sua importância, ele é autorizativo e não impositivo. Por conseguinte, a execução de dotações em percentuais inferiores ou mesmo a sua inexecução não constitui pressuposto de constituição de tomada de contas especial, visto que não pode ser tipificada como dano ao erário.

5.10 Não obstante, embora pareça possível aferir a responsabilidade do gestor pela não implementação desse importante Programa de Combate às Carências Nutricionais no Município de Caxias/MA, cujas ações não poderiam ser adiadas sem prejuízos irremediáveis, tal responsabilização não enquadra no escopo desta tomada de contas especial.

5.11 Ademais, é importante destacar que as prestações de contas anuais dos gestores dos fundos de saúde municipais ou estaduais são prestadas aos tribunais de contas estaduais. Não há nenhuma previsão normativa no sentido de que os fundos municipais e estaduais devam prestar contas ordinárias a qualquer órgão da União. No que se referem às transferências fundo a fundo, a atuação deste Tribunal ocorre por meio dos processos de fiscalização, seja de iniciativa desta Corte ou do Controle Interno.

5.12 Frise-se que, no âmbito federal, a comprovação da aplicação dos recursos transferidos, bem como o acompanhamento do alcance das metas, é feita através de Relatório de Gestão, aprovado pelo respectivo Conselho de Saúde e enviado aos órgãos diretamente responsáveis pela fiscalização dos recursos, sem prejuízo da fiscalização dos órgãos federais competentes. Não há, assim, a obrigação de o FMS organizar e encaminhar ao FNS a prestação de contas referente a cada programa contemplado no Plano de Saúde, nos moldes dos recursos descentralizados por meio de convênios.

5.13 É com esse fundamento que se conclui que não se pode constituir, no âmbito deste Tribunal, tomada de contas especial com fundamento na alínea “a” do inciso III do art. 16 da Lei 8443/1992, simplesmente porque, até o presente momento, os fundos municipais e estaduais não estão obrigados a prestar contas a qualquer órgão do poder central.

5.14 Embora não haja dúvidas quanto à possibilidade e competência deste Tribunal para instauração de tomada de contas especial contra os referidos fundos, em razão das transferências diretas, pode-se concluir que em regra, o fato gerador da TCE deve decorrer de uma situação concreta de dano e não do dever de prestar contas.

5.15 Nesse espeque, carece os presentes autos de pressuposto de constituição e validade, visto que os exames então realizados não impugnaram nenhuma despesa ou pagamento realizado pelo Fundo.

5.16 Por derradeiro, cabe destacar que uma das condições para os municípios, estados e o Distrito Federal receberem diretamente os recursos do SUS, é a constituição de fundos de saúde, por meio de Lei do legislativo local. Esses fundos (estaduais ou municipais) constituem-se como unidade gestora de orçamento, possuindo autonomia. Nesse sentido, a Lei 8.080/1990, arts. 9º, 32 e 33, juntamente com a Lei 8.142/1990, art. 4º, estabeleceu que a criação desses fundos deve, dentre outras condições, ser geridos pelo secretário de saúde estadual ou municipal.

5.17 Sendo assim, é forçoso reconhecer, em conformidade com o art. 9º, inciso III, c/c o § 2º do art. 32 e art. 33 da Lei 8.080/1990, que de fato há uma presunção de que a gestão do Fundo Municipal de Saúde é exercida pela Secretaria de Saúde ou órgão equivalente. A responsabilização do Prefeito, portanto, dependeria de comprovação de que essa regra não foi observada, ou seja, dependeria de comprovação de ele interveio nos fundos de alguma forma.

5.18 É com esse fundamento que se conclui pela exclusão da responsabilidade da Sra. Márcia Regina Serejo Marinho. Cabe destacar que essa gestora foi citada na condição de ex-Prefeita Municipal (período 1/1/2001 a 31/12/2004, peça 46, p. 2), pelas irregularidades constantes dos itens 12 e 13 da planilha de glosa (peça 1, pp. 125 e 340 - anexas), ocorridas em 2001, que consistem na não comprovação dos recursos utilizados em 20/02/2001 e 11/05/2001.

5.19 Conforme já destacado, há uma presunção legal de que o Prefeito não é o gestor dos recursos do fundo municipal de saúde. O responsável é o Secretário de Saúde. Portanto, como o Secretário de Saúde não foi citado e não há nos nenhum evidências de a ex-Prefeita, de alguma forma, participou da gestão desses recursos, não como manter o referido débito.

5.20 Portanto, considerando que nos presentes autos não há nenhum registro de que o Prefeito condenado em débito e recorrente, Hélio de Sousa Queiroz, praticou qual ato de gestão, há de se acolher as suas alegações de defesa para afastar a sua responsabilidade, estendendo os seus efeitos, igualmente, aos ex-Prefeitos Fause Elouf Simão Junior e Márcia Regina Serejo Marinho, que se encontram na mesma situação fática e jurídica.

6. Da prescrição do débito e da multa e da possível incidência do instituto da decadência nos procedimentos de TCE. Precedentes do STF

6.1 O recorrente assinala que os fatos imputados ao ex-gestor se reportam aos anos de 1999 e 2000.

6.2 Esclarece que tanto a prescrição quanto a decadência são instituto de caráter público é imperativo, que atinge o próprio direito, e, por via oblíqua, extingue a ação, cujo prazo corre indefectivamente contra todos, sendo, portanto, fatal e peremptório.

6.3 Anota que, no caso dos autos, é tranqüila a caracterização do instituto da prescrição e/ou da decadência do direito de ação de impor penalidades como multa, dever de restituir (imputação de débito) e/ou de constituir de crédito decorrente da imputação.

6.4 O prazo prescricional seria de 5 anos, tendo como fundamento o art. 1º da Lei 9.873/1999. Cita também o Decreto 20.910/1932, que fixou prazos prescricionais para a cobrança de dívidas da União, acrescentando, ainda, entendimento do STF a respeito do 54 da Lei 9.784/1999 às atividades do TCU relativas à situação jurídica constituída há mais de 05 (cinco) anos.

Análise

6.5 Desde logo, ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança 26.210-9/DF, deu à parte final do § 5º do art. 37 da Constituição Federal a interpretação de que as ações de ressarcimento são imprescritíveis.

6.6 Entretanto, faz-se necessário explicar a distinção entre prescrição e decadência para esclarecer o alcance do entendimento do STF a respeito do 54 da Lei 9.784/1999 às atividades do TCU.

6.7 Primeiro cabe esclarecer que a decadência aplica-se a direitos potestativos, ou seja, direitos que não admite contestações. É o caso, por exemplo, do direito assegurado ao empregador de dispensar um empregado (no contexto do direito do trabalho); cabe a ele apenas aceitar esta condição; como também num caso de divórcio, uma das partes aceitando ou não, o divórcio será processado.

6.8 Portanto, o instituto da decadência trata-se de prerrogativa jurídica de impor a outrem a sujeição ao seu exercício. É direito potestativo que atua na esfera jurídica de outrem, sem que este tenha algum dever a cumprir. Não implica num determinado comportamento de outrem, nem é suscetível de violação. Direitos potestativo corresponde a um direito objetivo, independe da conduta do outro.

6.9 No mesmo sentido, no direito Administrativo a decadência se aplica no exercício do “poder de autotutela”. O princípio da autotutela diz respeito ao poder-dever de a própria Administração exercer o controle de seus atos, no que se denomina autotutela administrativa ou

princípio da autotutela. No exercício do seu poder, a Administração Pública, legitimada pelo Princípio da Autotutela, guarda para si a possibilidade de rever seus próprios atos. Pela autotutela o controle se exerce sobre os próprios atos, com a possibilidade de anular os ilegais e revogar os inconvenientes ou inoportunos, independentemente de recurso ao judiciário.

6.10 E por isso que o entendimento do STF sobre a aplicação do art. 54 da Lei 9.784/1999 não socorre as pretensões do recorrente. Isso porque a instauração de uma tomada de contas especial não está inserida no poder de autotutela da Administração Pública.

6.11 Frise-se que a TCE tem por objetivo apurar condutas de agentes da administração, ou seja, esse direito de ação nasce da conduta do agente. Não se trata aqui de a Administração rever os seus próprios atos, mas de apurar condutas de terceiros. Não se trata de direito objetivo que se impõe de instaurar TCE contra os agentes público, mas de direito subjetivo que nasce a partir das condutas dos agentes.

6.12 Corretamente, a jurisprudência consolidada deste Tribunal é no sentido da não aplicabilidade da Lei 9.794/1999 aos processos de controle externo – juízo que é corroborado por farta jurisprudência do STF.

6.13 Conclusivamente, não se aplica aos procedimentos de apuração e recomposição de dano ao erário o instituto da decadência, visto que esse instituto incide sobre os procedimentos decorrentes do dever de autotutela e se refere ao direito de a administração anular seus atos eivados de ilegalidade, conforme consta dos fundamentos do Acórdão 230/2015-TCU-Plenário.

6.14 Por outro lado, relativamente a prescrição da pretensão punitiva, ou seja, da multa, a matéria ainda não está pacificada neste Tribunal. Há teses favoráveis: a) à imprescritibilidade, até que sobrevenha lei específica, b) à prescrição baseada no Código Civil e c) à prescrição quinquenal prevista em várias normas de direito público.

6.15 O tema está em discussão no TC 007.822/2005-4, com votos divergentes já proferidos. Enquanto não for firmada uma orientação a respeito, considera-se apropriado examinar a matéria sob as três óticas.

6.16 Em se adotando a tese da imprescritibilidade enquanto não editada lei específica (conforme voto do Ministro Walton Alencar Rodrigues no TC 021.540/2010-1), é de se concluir que a multa em exame foi validamente aplicada, não sendo pertinente o exame dos prazos em que se deu o exercício do poder punitivo pelo TCU.

6.17 Por outro lado, caso se adote o regime prescricional previsto no Código Civil, de fato, não seria mais possível a aplicação da sanção, por ter se esgotado o prazo prescricional. Com efeito, como a irregularidade ensejadora da multa ocorreu em 2000, a pretensão punitiva estaria prescrita em janeiro de 2013, adotando-se a regra de transição do Código Civil. Porém, a citação do responsável ocorreu em 2014 (Ofício 0149/2014-TCU/SECEX-MA Peça 52). Portanto, já havia operado a prescrição da pretensão punitiva.

6.18 Da mesma forma, também estaria prescrita as sanções impostas ao Sr. Fause Elouf Simão Junior e Márcia Regina Serejo Marinho, que foram igualmente citados em 2014, conforme Peças 50 e 51.

6.19 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. Embora a representação não tenha sido conhecida, por falta de requisitos de admissibilidade, o Relator, Ministro Benjamin Zymler, deixou consignado no voto seu entendimento a respeito, assim sintetizado:

a) é de cinco anos o prazo prescricional para que o TCU aplique aos responsáveis as sanções previstas em sua Lei Orgânica, por semelhança ao que dispõem diversas normas de direito público;

b) o termo inicial para a contagem do prazo deve ser a data em que os fatos tidos como irregulares tornaram-se conhecidos por este Tribunal, por analogia à Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa);

c) a contagem do prazo interrompe-se com a citação ou audiência válidas, nos termos do art. 219 do CPC.

6.20 Adotando-se essa orientação, observa-se que a prescrição quinquenal não se operou no caso em exame. Como os fatos tidos por irregulares somente foram conhecidos pelo Tribunal em 03/02/2012, com a autuação do presente processo, a prescrição ocorreria em 25/11/2010. A sanção, como dito, foi aplicada em 2014, antes desse termo.

6.21 Do exposto, conclui-se pela insubsistência da multa aplicada ao recorrente e ao Sr. Fause Elouf Simão Junior e Márcia Regina Serejo Marinho, com fundamento no Código Civil.

CONCLUSÃO

7. Os fundos municipais e estaduais de saúde prestam contas ordinárias aos tribunais de contas estaduais, não havendo nenhuma previsão normativa de que esses fundos devam apresentar contas a qualquer órgão do poder central.

7.1 Não há fundamento para a constituição de tomada de contas especial, com fundamento no dever de prestar contas, ou seja, omissão, quando se trata de transferências fundo a fundo.

7.2 A comprovação da aplicação dos recursos transferidos, bem como o acompanhamento do alcance das metas, é feita através de Relatório de Gestão enviado aos órgãos diretamente responsáveis pela fiscalização dos recursos, sem prejuízo da fiscalização dos órgãos federais competentes.

7.3 O orçamento é autorizativo e não impositivo. Por conseguinte, a execução de dotações em percentuais inferiores ou mesmo a sua inexecução não constitui pressuposto de constituição de tomada de contas especial, visto que tal conduta não pode ser tipificada como dano ao erário.

7.4 Em conformidade com o art. 9º, inciso III, c/c o § 2º do art. 32 e art. 33 da Lei 8.080/1990, há uma presunção de que a gestão do Fundo Municipal de Saúde é exercida pela Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.

7.5 A responsabilização do Prefeito, em regra, dependeria de comprovação de que ele participou da gestão do fundo, o que não se observa nos autos.

7.6 Houve a incidência do prazo prescricional de 10 anos previsto do Código Civil, devendo, com esse fundamento, tornar insubsistente a multa aplicada ao recorrente.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

8. Diante do exposto, propõe-se, com fundamento no art. 32, inciso I, da Lei 8.443/1992, conhecer do presente recurso e, no mérito:

a) dar provimento ao recurso do Sr. Hélio de Sousa Queiroz, ex-Prefeito, estendendo os seus efeitos, igualmente, aos ex-Prefeitos Fause Elouf Simão Junior e Márcia Regina Serejo Marinho, para julgar regulares com ressalva suas contas e tornar sem efeito os débitos e as multas objetos dos itens 9.2 e 9.3 do acórdão recorrido;

c) dar ciência da deliberação que vier a ser adotada aos recorrentes e demais interessados.”

2. O encaminhamento obteve a anuência das chefias da unidade técnica (peças 167 e 168).

3. O MP/TCU, representado nos autos pelo procurador Júlio Marcelo de Oliveira, manifestou-se em divergência à unidade técnica (peça 169), nos seguintes termos:

“Com as devidas vêniãs, o Ministério Público de Contas dissente, em parte, da proposição da Serur, por entender que deve ser dado provimento parcial ao apelo em vértice, com vistas a excluir a multa aplicada ao sr. Hélio de Sousa Queiroz, em face da prescrição da pretensão punitiva desta Corte de Contas.

De fato, quanto à multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, aplicada aos srs. Hélio de Sousa Queiroz e Fause Elouf Simão Junior e à srª. Márcia Regina Serejo Marinho na deliberação recorrida, ocorreu a prescrição da pretensão punitiva desta Corte no presente caso, haja

vista que os atos irregulares apurados nos autos foram praticados nos exercícios de 2000 e 2001 (vide tabela de débito à peça 88) e que decorreram mais de 10 anos entre a data da entrada em vigor do novo Código Civil – 11.1.2003 – e o despacho que ordenou a citação dos responsáveis, assinado em 10.12.2013 (peça 44), conforme o Acórdão 1.441/2016-Plenário c/c a regra de transição prevista no art. 2.028 do Código Civil de 2002.

Dessa forma, frise-se, deve ser dado provimento parcial ao presente recurso com o fim de excluir a penalidade de multa aplicada ao recorrente, estendendo, de ofício, este entendimento aos demais responsáveis multados nos autos.

No que concerne aos demais itens da deliberação recorrida, devem permanecer nos seus exatos termos, ante o pertinente juízo firmado pelo Tribunal, não merecendo prosperar, pois, as razões recursais do sr. Hélio de Sousa Queiroz, tampouco o entendimento da Serur.

O sr. Hélio de Sousa Queiroz alega, no essencial, que:

- ocorreu prescrição e/ou decadência (prescrição do art. 1º do Decreto 20.910, de 6.1.1932, e decadência do art. 54 da Lei 9.784/1999);

- não é dele a obrigação de prestar contas, mas sim do secretário municipal de saúde, na condição de gestor do fundo municipal de saúde, conforme previsão expressa em lei;

- houve nulidade do acórdão em vista da violação ao princípio da individualização da pena, devendo ser individualizados os valores referentes a cada item apontado como irregular e a cada um dos responsáveis;

- não há como se aferir que houve irregularidade na gestão dos recursos nos anos de 1999 e 2000 e há falta de clareza na planilha de glosa em relação à imputação de responsabilidade a cada gestor;

- não teve acesso a qualquer documento para que pudesse elaborar eficazmente a sua defesa;

- há falta de documentos que comprovem os dados constantes da referida planilha de glosa, fato este que demonstra a ausência de prova robusta e confiável para a imputação de débito ao ora recorrente;

- não há como identificar o modo, o tempo e a forma de utilização de cada recurso, eis que a conta bancária era movimentada com vários recursos de diferentes programas, o que inviabiliza a identificação da origem de cada parcela utilizada ou saque efetuado.

Não merecem acolhida as arguições de prescrição e decadência com fundamento na referida legislação, em face da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, conforme jurisprudência pacífica deste Tribunal, fundamentada em entendimento do Supremo Tribunal Federal (vide Enunciado da Súmula 282 do TCU).

Da mesma forma, cabe rejeitar a alegação de que não é dele a obrigação legal de prestar contas, mas sim do secretário municipal de saúde.

Essa questão foi tratada no parecer do Ministério Público de Contas de peça 43, nos seguintes termos:

‘De fato, na fase interna da TCE, o Denasus, ao analisar as justificativas da srª. Solange Camargo Bandeira da Silveira, ex-Coordenadora das Ações da Área de Saúde, gestão de 1.5 a 12.7.2001, assim registrou (peça 1, pp. 336/8):

‘3) Após reanálise da documentação constante dos nossos arquivos (papéis de trabalho), constatamos que os recursos financeiros do Fundo Municipal de Saúde de Caxias foram movimentados pelo prefeito municipal juntamente com o tesoureiro ou outro cargo equivalente, não identificado pela prefeitura.

4) Quanto às ações executadas pela Coordenadora das Ações da Área da Saúde, estas estavam voltadas para a área assistencial, não havendo nenhum movimento com ordenação

de despesas, autorização de pagamentos nem movimentação financeira dos recursos do Fundo Municipal de Saúde.

5) Diante do exposto, a equipe de auditoria elaborou nova planilha de responsáveis, retirando o nome da sr^a. Solange Camargo Bandeira da Silveira, pois, no período auditado, a mesma não foi identificada como agente responsável pela utilização dos recursos do Fundo Nacional de Saúde.'

Sobre a questão, a unidade técnica ressaltou que (peça 39):

‘a realidade existente em diversos municípios brasileiros aponta para um frequente quadro em que a gestão da conta corrente dos recursos do fundo municipal de saúde é exercida pelo prefeito e tesoureiro ou secretário de finanças. Nessa linha, existe inclusive, nos autos, trecho do tomador de contas à peça 1, p. 336: ‘Após reanálise da documentação constante dos nossos arquivos (papéis de Trabalho), constatamos que os recursos financeiros do Fundo Municipal de Saúde de Caxias foram movimentados pelo prefeito municipal juntamente com o tesoureiro ou outro cargo equivalente, não identificado pela Prefeitura.’

20. Nota-se, portanto, que o próprio órgão instaurador dessa TCE afirmou uma realidade diversa daquela estipulada pela legislação. Assim, a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta e o dano ao erário, e entre a autoria e a conduta, deve pautar-se na situação que de fato ocorria, ainda que esta não fosse alinhada à lei.’

Considerando que as alegações do sr. Benedito Soares de Lyra Pessoa são convergentes com a situação encontrada pelo Denasus no Município de Caxias (peça 1, p. 336), entende o Ministério Público que o dano deve ser imputado aos prefeitos inicialmente responsabilizados nos autos. Cabe, pois, excluir a responsabilidade dos secretários de saúde pelo débito ora apurado e promover a citação dos ex-alcaides pelos mesmos ilícitos (vide planilha de glosa e anexo à peça, 1, pp. 125 e 340), já que há no feito fortes indícios de que estes foram os efetivos gestores dos recursos do PCCN. Tal entendimento deve ser aplicado também aos srs. Fernando José de Assunção Couto e João Alves do Nascimento.’

Não merece guarida a alegação do recorrente de violação ao princípio da individualização da pena. Este foi condenado pelas parcelas recebidas durante o seu período de gestão, que não tiveram suas contas prestadas, e foi-lhe aplicada multa proporcional ao montante do débito, de acordo com o art. 57 da Lei 8.443/1992, multa esta, que, como visto, encontra-se prescrita em virtude da prescrição da pretensão punitiva desta Corte de Contas.

Não cabe também o argumento de que não há como aferir que houve irregularidade na gestão dos recursos. Sobre o tema, reitera o Ministério Público de Contas sua posição consignada à peça 43, no sentido de que a responsabilização dos agentes públicos está bem delimitada nos autos (vide, v.g., planilha de glosa, e seu anexo, à peça 1, pp. 125 e 340; peça 2, pp. 23/4, e Relatório de Tomada de Contas Especial 224/2009, peça 2, pp. 38/43).

Conforme esclarecido na instrução de peça 6:

‘4. As irregularidades relacionadas pelo tomador de contas referem-se à omissão de prestar contas e a não comprovação da regular aplicação dos recursos ocorrida nos exercícios 2000 e 2001, e que **envolveu seis responsáveis, sendo três secretários municipais e três prefeitos, em solidariedade, conforme descrito à peça 2, p. 23-24:**

a) Ao Sr. Hélio de Sousa Queiroz, ex-prefeito municipal no exercício 2000, são atribuídas as irregularidades constantes dos itens 01 a 05 e 10 a 11 da planilha de glosa (peça 1, p. 340 [e 125]), que consistem na omissão da prestação de contas correspondente aos recursos recebidos nos meses fevereiro, março, abril, maio e novembro do ano 2000, ocorridas no período de gestão 17/06/1999 a 26/05/2000 e 25/10/2000 a 31/12/2000. (...)

(...)

18. Assim, podemos concluir que a gestão dos recursos do PCCN realizada pelos responsáveis do Município de Caxias/MA nos exercícios 2000 e 2001, não teve a devida

comprovação da sua boa e regular aplicação, seja pela realização de despesas sem documentação, seja pela falta de informações sobre o que fora feito com os recursos, caracterizando conduta danosa ao erário.’ (destaques acrescidos)

Cumpra afastar a arguição de que não teve acesso a qualquer documento para realizar sua defesa. Essa questão também já foi tratada nos autos pela Secex/MA (peça 83):

‘61. A ausência de documentos informada pelo responsável, ao invés de atenuar a responsabilidade do gestor, reforça o fato de que não foram apresentadas as contas dos recursos por ele geridos, fato motivador da citação realizada e do consequente dano ao erário.

62. Ademais, o referido gestor já havia sido notificado pelo repassador dos recursos, no ano de 2006, quando igualmente alegou a falta de acesso à documentação (peça 1, p. 215-225), tendo informado que ingressara inclusive com ação judicial (peça 1, p. 317), sem, contudo, comprovar essa medida. Em sentido inverso ao alegado, tem-se é o ajuizamento, pela Administração de Caxias, de ação de improbidade administrativa contra o responsável (peça 2, p. 3-20), em face de não terem sido localizados os documentos atinentes à prestação de contas do PCCN, entre outros. Assim, não há como acatar a justificativa apresentada pelo gestor. Até porque gestores omissos não podem alegar que o tempo decorrido milita contra sua defesa, especialmente porque prestar contas independe da provocação de terceiros.

63. Isso porque, o dever do referido gestor de prestar contas, inerente à gestão de recursos públicos, ostenta matriz constitucional e constitui um dos pilares do sistema republicano. É uma obrigação pessoal, que independe de provocação de terceiro e que deve ser cumprida dentro de prazo certo. A sua ausência significa não somente o descumprimento da Constituição e das leis, mas a supressão da transparência nos atos de gestão, a ausência de comprovação da lisura no trato com a coisa pública, a efetiva possibilidade de que a totalidade dos recursos públicos federais transferidos tenha sido integralmente desviada, em benefício de administrador ímprobo ou de pessoas por ele determinadas (v. Acórdãos 1.191/2006 - Plenário, 3.196/2006 - 2ª Câmara e 497/2007 - 1ª Câmara).

64. Nesse cenário, sob pena de total desvirtuamento da lógica do ordenamento jurídico vigente, um gestor omissos não pode ter, em hipótese alguma, tratamento mais benevolente do que o dispensado, por exemplo, ao gestor cuja prestação de contas, aduzida tempestivamente, contenha alguma pendência.

65. Se o gestor omissos nem mesmo for citado por esta Corte para se defender, ou tiver o processo arquivado, após apresentação de sua defesa, ante o tempo decorrido desde os fatos, acabará por se beneficiar de sua própria omissão, pois, mantendo-se inerte, poderá, infelizmente, em casos isolados, é verdade, ser premiado com a ausência de cobranças em tempo hábil por parte do Poder Público. Nesse sentido, são os Acórdãos 949/2010 - TCU - Plenário, 1.262/2009-TCU-Plenário e 3.926/2008 - TCU -2ª Câmara.’

Não cabe a alegação acerca da falta de documentos que comprovem os dados constantes da referida planilha de glosa, o que caracterizaria a ausência de prova robusta e confiável para a imputação de débito ao ora recorrente.

Sobre a matéria, no voto condutor foi destacado que *‘esta tomada de contas especial originou-se de auditoria feita pelo Departamento Nacional de Auditoria do SUS – Denasus, no referido PCCN do Município de Caxias/MA, cujo relatório (peça 1) foi assinado, em 5.10.2001, por uma equipe formada por dois médicos, um administrador e uma contadora’*.

Ressalte-se que, de acordo, v.g., com o Acórdão 4.454/2014 - Primeira Câmara: *‘Os relatórios técnicos de auditoria/inspeção/vistoria do tomador de contas contam com presunção de veracidade e legitimidade, descaracterizada apenas mediante apresentação de prova robusta em contrário’* (Boletim de Jurisprudência 51, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues).

No caso, as razões recursais oferecidas pelo recorrente, desacompanhadas de documentação comprobatória consistente, não se mostram hábeis a descaracterizar as irregularidades assinaladas no feito. De acordo com o Acórdão 511/2005 – 1ª Câmara, a *‘mera apresentação de alegações, desacompanhadas de documentação comprobatória da regular aplicação dos recursos, não é suficiente para elidir as irregularidades que motivaram a decisão’*.

Conforme o Acórdão 3.393/2014 – 2ª Câmara, *‘em uma tomada de contas especial, a comprovação da aplicação dos recursos deve estar acompanhada de todos os elementos necessários e suficientes para conduzir ao convencimento da boa e regular utilização dos recursos públicos’*.

Não merece ser acatado, ainda, o argumento de que não há como identificar o modo, o tempo e a forma de utilização de cada recurso, eis que a conta bancária era movimentada com vários recursos de diferentes programas, o que inviabiliza a identificação da origem de cada parcela utilizada ou saque efetuado.

Com efeito, o sr. Hélio de Sousa Queiroz, como gestor dos recursos públicos, tem a obrigação constitucional de prestar contas dos valores a ele confiados (art. 71, parágrafo único, da CF/1988). Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, *‘cabe ao gestor comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos colocados sob sua responsabilidade’*, ou seja, *‘em matéria de gestão de recursos públicos, o ônus da prova é invertido. Assim, para que não haja condenação em débito, deve o responsável colacionar aos autos provas convincentes e robustas de que os dispêndios obedeceram aos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade, entre outros’* (v.g., Acórdãos 982/2008 - 2ª Câmara, 1.518/2008 - 1ª Câmara, 2.514/2009 - 1ª Câmara, 719/2012 - 2ª Câmara).

Ademais, não basta ao gestor dos recursos públicos demonstrar a realização das ações previstas, cumpre também comprovar que estas foram executadas com os valores transferidos para este mister. Do contrário, nada obstaria, por exemplo, que tais ações fossem realizadas com recursos de outras fontes e as verbas federais fossem desviadas.

Demonstrar a existência desse nexo de causalidade faz parte do inafastável ônus do gestor de comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos colocados sob sua administração, conforme se verifica, v.g., nos seguintes julgados: Acórdãos 869/2012 - Primeira Câmara e 2.190/2012 - Segunda Câmara.

Por derradeiro, o Ministério Público de Contas dissente das seguintes conclusões da Serur constantes à peça 166:

‘7. Os fundos municipais e estaduais de saúde prestam contas ordinárias aos tribunais de contas estaduais, não havendo nenhuma previsão normativa de que esses fundos devam apresentar contas a qualquer órgão do poder central.

7.1 Não há fundamento para a constituição de tomada de contas especial, com fundamento no dever de prestar contas, ou seja, omissão, quando se trata de transferências fundo a fundo.

7.2 A comprovação da aplicação dos recursos transferidos, bem como o acompanhamento do alcance das metas, é feita através de Relatório de Gestão enviado aos órgãos diretamente responsáveis pela fiscalização dos recursos, sem prejuízo da fiscalização dos órgãos federais competentes.

7.3 O orçamento é autorizativo e não impositivo. Por conseguinte, a execução de dotações em percentuais inferiores ou mesmo a sua inexecução não constitui pressuposto de constituição de tomada de contas especial, visto que tal conduta não pode ser tipificada como dano ao erário.

7.4 Em conformidade com o art. 9º, inciso III, c/c o § 2º do art. 32 e art. 33 da Lei 8.080/1990, há uma presunção de que a gestão do Fundo Municipal de Saúde é exercida pela Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.

7.5 A responsabilização do Prefeito, em regra, dependeria de comprovação de que ele participou da gestão do fundo, o que não se observa nos autos.'

Como visto *supra*, embora a legislação sobre o tema estabeleça que a gestão dos recursos do FMS (oriundos do FNS) será exercida pela Secretaria de Saúde, restou evidenciado nos autos que, no caso concreto, eram os prefeitos que efetivamente geriam os recursos, cabendo, pois, a eles comprovar a boa e regular aplicação destes valores.

Com relação aos demais argumentos, cabe destacar o Acórdão 5.684/2014 - Primeira Câmara, no qual restou assente que: *'A competência do Tribunal de Contas da União para fiscalizar recursos federais repassados aos entes da federação, estabelecida no art. 71, inciso VI, da Constituição Federal, alcança tanto as transferências voluntárias, como as estabelecidas por lei, a exemplo das transferências fundo a fundo.'*

A respeito, vale citar trecho do voto condutor do referido julgado:

'O fato de se tratar de transferência fundo a fundo, ou seja, de transferência legal, e não de transferência voluntária, não afasta a competência deste Tribunal e não implica a adoção de tratamento similar ao conferido às transferências do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – Fundeb.

As transferências atinentes ao Fundeb, de origem constitucional, são consideradas receitas próprias, pertencentes aos respectivos entes da federação, razão única e exclusiva a conduzir a que as prestações de contas ordinárias desses fundos fossem encaminhadas aos Tribunais de Contas Estaduais e/ou dos Municípios.

Trata-se de decorrência direta do fato de o Fundeb ter sido instituído sob a forma de **repartição constitucional de receitas tributárias**, nada tendo a ver com o caso em exame nestes autos, em que a receita da União é obrigatoriamente repassada a outro ente da Federação, em razão de expressa disposição legal.

Daí porque a jurisprudência majoritária formou-se no sentido de que a competência do TCU para a fiscalização da aplicação dos recursos do Fundef (atual Fundeb) depende da presença de recursos federais, ou seja, da existência de complementação efetuada pela União.

Situação diversa ocorre nos casos das chamadas transferências legais, em que lei específica disciplina a transferência de recursos da União para Estados e Municípios, destinados à execução de programas em parceria, estabelecendo critérios de habilitação, de de finição do montante, forma de transferência e de aplicação dos recursos recebidos e, via de regra, dispensam a celebração de convênio.

Ressalte-se que a inexistência desses instrumentos jamais implicou o afastamento da competência fiscalizatória deste Tribunal, nem tampouco modificou a titularidade dos recursos repassados.

Basta ver que a Instrução Normativa STN nº 1/97 já cuidava dessas transferências, sendo-lhes aplicadas as mesmas disposições previstas para as transferências voluntárias.

Art. 1º A **execução descentralizada** de Programa de Trabalho a cargo de órgãos e entidades da Administração Pública Federal, Direta e Indireta, **que envolva a transferência de recursos financeiros** oriundos de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social, objetivando a realização de programas de trabalho, projeto, atividade, ou de eventos com duração certa, **será efetivada mediante a celebração de convênios** ou destinação por Portaria Ministerial, **nos termos desta Instrução Normativa**, observada a legislação pertinente.

(...)

§ 4º A **obrigatoriedade de celebração de convênio não se aplica** aos casos em que **lei específica discipline a transferência de recursos para execução de programas em parceria** do Governo Federal com governos estaduais e municipais, que regulem critérios de habilitação, transferir montante e forma de transferência, e a forma de aplicação e dos recursos recebidos.

Atualmente, a movimentação financeira dos recursos transferidos por força de lei encontra-se disciplinada no Decreto nº 7.507/2011.

Consoante a lição de FURTADO, existem duas formas de realização de transferências legais (FURTADO, J.R. Caldas, Direito Financeiro, 3ª Ed., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 207):

a **transferência automática**, utilizada em programas educacionais, consiste no repasse de recursos financeiros sem a utilização de convênio, ajuste, acordo ou contrato, mediante o depósito em conta corrente específica, aberta em nome do beneficiário. Exemplos: Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE); Programa Dinheiro Direto na Escola (PDDE); Programa de Apoio aos Sistemas de Ensino para Atendimento de Jovens e Adultos; Programa Nacional de Apoio ao Transporte Escolar (PNATE); Programa Brasil Alfabetizado;

a **transferência fundo a fundo**, empregada em programas da área da saúde e da assistência social, é um instrumento de descentralização de recursos que se caracteriza pelo repasse direto de fundos da esfera federal para fundos da esfera estadual, municipal e do Distrito Federal, dispensada a celebração de convênios. Os fundos que operam essa modalidade de transferência são o Fundo Nacional de Saúde (FNS), regido pela Lei nº 8.142/90, utilizado para descentralizar recursos destinados a operacionalizar as ações no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), e o Fundo Nacional da Assistência Social (FNAS), disciplinado pela Lei nº 9.604/98.

Não há dúvida em relação à atuação do TCU na fiscalização das transferências automáticas (PNAE, PDDE, PNATE etc.), nem quanto à competência para processar Tomadas de Contas Especiais relacionadas a recursos desses programas.

Em relação às transferências fundo a fundo, as teses contrárias à competência desta Corte já foram objeto de apreciação e rejeição por parte do Supremo Tribunal Federal.

A Lei nº 9.604/98, que dispõe sobre a **prestação de contas de aplicação de recursos do Fundo Nacional da Assistência Social - FNAS**, assim dispunha em seu art. 1º:

Art. 1º A prestação de conta da aplicação dos recursos financeiros oriundos do Fundo Nacional de Assistência Social, a que se refere a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, será feita pelo beneficiário diretamente ao Tribunal de Contas do Estado ou do Distrito Federal, no caso desses entes federados, e à Câmara Municipal, auxiliada pelos Tribunais de Contas dos Estados ou Tribunais de Contas dos Municípios ou Conselhos de Contas dos Municípios, quando o beneficiário for o Município, e também ao Tribunal de Contas da União, quando por este determinado.

Parágrafo único. É assegurado ao Tribunal de Contas da União e ao Sistema de Controle Interno do Poder Executivo da União o acesso, a qualquer tempo, à documentação e comprobatória da execução da despesa, aos registros dos programas e a toda documentação pertinente a assistência social custeada com recursos do Fundo Nacional de Assistência Social.

Não obstante, o STF entendeu que é encargo do TCU fiscalizar os recursos oriundos do Fundo Nacional da Assistência Social (FNAS) e, com base nisso, suspendeu a eficácia da norma acima transcrita.

Em seu voto, o Ministro Moreira Alves argumentou que o ‘Fundo é constituído por recursos, inclusive orçamentários, da União, o que, por si só, demonstra a relevância jurídica da alegação de que o dispositivo impugnado sob exame, ao estabelecer que a prestação de contas da aplicação dos recursos financeiros dele quando repassados para os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios se fará diretamente aos Tribunais de Contas deles ou às Câmaras Municipais, só o sendo, também, ao Tribunal de Contas da União quando por este determinado, **entra em choque com o disposto no inciso VI do artigo 71 da Constituição**’.

O Relator asseverou, ainda, que quaisquer repasses de recursos ‘**feitos inclusive por força de lei que vincula a União**, mas evidentemente por procedimentos formais administrativos, se consideram como feitos mediante instrumento congênere a convênios,

acordos ou ajustes, até porque seu recebimento necessita de concordância - e o acordo de vontades é o elemento comum aos convênios, acordos ou ajustes -, ainda que tácita, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios' (STF, Plenário, ADI 1.934-1/DF, Rel. Min. Moreira Alves, D.J. 22/10/99).

A decisão restou assim ementada:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Impugnação da Lei 9.604, de 5 de fevereiro de 1998. - Quanto ao artigo 1º e seu parágrafo único da Lei em causa, são relevantes as alegações de **ofensa ao artigo 71, VI, da Constituição Federal** e de **inconstitucionalidade do sistema de prestação de contas adotado por esse dispositivo legal**. - No tocante ao artigo 2º da mesma Lei, a fundamentação jurídica invocada para a declaração de inconstitucionalidade dela não se apresenta, em exame compatível com o pedido de liminar, com a relevância suficiente para o deferimento deste. Pedido de liminar deferido em parte, para **suspender ex nunc a eficácia do artigo 1º e seu parágrafo único da Lei federal nº 9.604, de 5 de fevereiro de 1998**.

Ainda a corroborar a natureza federal dos recursos transferidos fundo a fundo, em especial em relação aos recursos atinentes ao SUS, o Ministro Ricardo Lewandowski, em decisão monocrática proferida no âmbito do RE 462.448/SC, negou seguimento ao recurso e manteve decisão do TRF da 4ª Região assim ementada:

PROCESSO CIVIL. SUS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. PRECEDENTES DA CORTE.

1. O fato de os Estados e Municípios terem autonomia para gerenciar a verba financeira destinada ao Sistema Único de Saúde **não afasta a competência da Justiça Federal para julgar a demanda em que se discute a malversação dos recursos**, uma vez que é responsabilidade da União Federal acompanhar e supervisionar a sua aplicação, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n.º 8.080/90.

2. Agravo de instrumento conhecido e provido

Evidencia-se, portanto, a improcedência da tese que intenta igualar transferências fundo a fundo - transferências de recursos federais - com as transferências atinentes ao Fundeb - repasses de recursos que são receitas próprias dos demais entes da federação.

Nessa linha pode-se citar o Decreto nº 1.232/94, que trata das condições e da forma de repasse de recursos do Fundo Nacional de Saúde para os demais fundos de saúde, que bem evidencia, em seu artigo 2º, a inexistência de repasse automático bem como a exigência de contrapartida:

Art. 2º A transferência de que trata o art. 1º **fica condicionada à existência de fundo de saúde e à apresentação de plano de saúde**, aprovado pelo respectivo Conselho de Saúde, **do qual conste a contrapartida** de recursos no Orçamento do Estado, do Distrito Federal ou do Município.

Resta evidente, também, que a competência desta Corte em fiscalizar os recursos repassados pela União, contida no art. 71, inciso VI, da Constituição Federal, não pode ser afastada com o argumento de tratar-se de transferência prevista em lei.

Aliás, essa é a inteligência do art. 3º do referido Decreto:

Art. 3º Os recursos transferidos pelo Fundo Nacional de Saúde serão movimentados, em cada esfera de governo, sob a fiscalização do respectivo Conselho de Saúde, **sem prejuízo da fiscalização exercida pelos órgãos do sistema de Controle Interno do Poder Executivo e do Tribunal de Contas da União.**

Igualmente não merecem prosperar as alegações de que a instauração de tomada de contas especial se restringe às hipóteses de **comprovado dano ao Erário**. Ao contrário, a tomada de conta especial é instaurada, nos termos da lei, justamente para apurar a **ocorrência concreta de dano**. Caso este se confirme, as contas serão julgadas irregulares e o responsável

condenado ao ressarcimento do débito. Afastado o débito, ou seja, **comprovada sua inexistência**, serão as contas julgadas regulares ou regulares com ressalvas.

A existência ou não do débito diz respeito ao **mérito** da TCE e, por óbvio, **não é pressuposto nem de constituição nem de validade e regularidade** do processo. Trata-se de regra elementar da Teoria Geral do Processo aquele que define que o direito à ação é independente do direito demandado.

Uma ação de cobrança existe e é válida independentemente da existência do direito afirmado pelo autor, razão pela qual ela pode ser julgada procedente ou improcedente. A ação penal, igualmente, pode ser regularmente instaurada, processada perante o juízo competente e, ainda sim, concluir-se pela inexistência do fato ou pela ausência de autoria.

Não se pode confundir o exame de mérito, a procedência do pedido, com condições ou os pressupostos da ação. O direito material e o direito à prestação jurisdicional são coisas distintas.

A tese do recorrente, calcada apenas na literalidade da expressão contida no inciso I do art. 5º da Instrução Normativa nº 71/2012-TCU, se acolhida, levaria a vários problemas. Basta ver que, **se a instauração da TCE dependesse rigorosamente da comprovação do débito, ou da existência de elementos concretos apontando a ocorrência de dano, jamais seria possível a instauração de TCE, em razão da omissão em relação ao dever de prestar contas.**

Em casos de omissão, não há certeza quanto à existência ou não do débito. Ele não está comprovado. Há forte presunção quanto à sua existência, mas é plenamente factível que o gestor venha a afastar o débito e justificar a omissão no dever de prestar contas.

Esse juízo de plausibilidade é o que permite, de fato, a instauração de qualquer TCE, e está presente no caso em exame. Não é outro o juízo que se faz quando se verifica a transferência dos recursos da conta específica em que os recursos deveriam ser movimentados. A prática não só dificulta as ações de controle como, via de regra, impossibilita a aferição da aplicação dos recursos.

O que deve existir para permitir a instauração de TCE não é a ocorrência concreta do dano, mas, sim, algum ato ou fato que permita inferir a plausibilidade da ocorrência do débito. Nos casos citados, a omissão, em si, e a movimentação dos recursos fora da conta específica constituem os elementos que dão ensejo à instauração do processo.'

Destarte, não se vislumbra razão para alterar o pertinente juízo firmado pelo Tribunal no acórdão recorrido, no que se refere à existência de dano ao erário, o qual deve ser mantido indene.

III

Ante o exposto, manifesta-se o Ministério Público de Contas no sentido de:

a) conhecer do presente recurso de reconsideração, para, no mérito, dar-lhe provimento parcial, com vistas a excluir a multa aplicada ao sr. Hélio de Sousa Queiroz, excluindo, ainda, as multas aplicadas aos demais responsáveis;

b) dar ciência do acórdão que sobrevier, acompanhado do relatório e do voto que o fundamentarem, ao recorrente e aos demais interessados."

É o relatório.