

TC 011.033/2015-0

Tipo: Tomada de contas especial (recurso de reconsideração).

Unidade jurisdicionada: Oscip Brasil Ação Solidária (Brasol) (CNPJ: 06.196.354/0001-30).

Recorrentes: Luiz Fernandes da Rosa Júnior (CPF 481.395.216-04), e Fernando César Fernandes da Rosa (CPF 812.067.126-00).

Advogados: Anne Marielle Moreira Ribeiro, OAB/MG 160.185; Carla da Silva Cabral, OAB/MG 166.002; Tereza Cristina Gazzí, OAB/MG 159.570 (instrumentos de mandato às peças 55 e 60).

Sumário: Tomada de contas especial. Convênio. Evento cultural. Não demonstração do bom e regular emprego dos recursos pecuniários repassados. Contas irregulares. Débito. Multa. Adequação das sanções reintegratória e punitivas aplicadas. Conhecimento do Recurso. Negativa de provimento.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recurso de reconsideração (peça 62) interposto por Luiz Fernandes da Rosa Júnior e Fernando César Fernandes da Rosa, à época dos fatos presidente e diretor financeiro da Oscip Brasil Ação Solidária (Brasol), contra o Acórdão 13.393/2018 – 1ª Câmara (peça 40), relatado pelo ministro Walton Alencar Rodrigues.

1.1. Reproduz-se integralmente o teor do dispositivo da decisão impugnada:

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da 1ª Câmara, ante as razões expostas pelo relator, em:

9.1. considerar revéis Luiz Fernandes da Rosa Júnior, Fernando César Fernandes da Rosa e Oscip Brasil Ação Solidária (Brasol), para todos os efeitos, com fundamento no art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992, dando-se prosseguimento ao processo;

9.2. julgar irregulares as contas de Luiz Fernandes da Rosa Júnior, Fernando César Fernandes da Rosa e Oscip Brasil Ação Solidária, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, III, "b" e "c", 19 e 23, III, da Lei 8.443/1992, e condená-los, em regime de solidariedade, ao pagamento do débito de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais), com a fixação do prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea "a", do Regimento Interno do TCU), o recolhimento da dívida ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir de 19/8/2008 até a data do recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor;

9.3. aplicar a Luiz Fernandes da Rosa Júnior, Fernando César Fernandes da Rosa e Oscip Brasil Ação Solidária multas individuais previstas no artigo 57 da Lei 8.443/1992, no valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea "a", do Regimento Interno), o recolhimento da dívida ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente

desde a data do presente acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.4. autorizar a cobrança judicial da dívida, caso não atendidas as notificações, nos termos do art. 28, II, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 219, inciso II, do Regimento Interno do TCU; e

9.5. encaminhar cópia desta deliberação ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado de Minas Gerais, nos termos do art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 209, § 7º, do Regimento Interno do TCU, para adoção das medidas que entender cabíveis.

HISTÓRICO

2. O Ministério do Turismo instaurou tomada de contas especial ante a impugnação total dos recursos repassados por meio do Convênio 473/2008, celebrado entre o Órgão e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip) Brasil Ação Solidária (Brasol), para a realização de evento denominado de Arraial de Confins (que deveria ocorrer entre 21 e 24/6/2008). Para tanto, em 19/8/2008 repassaram-se R\$ 400.000,00 para a conta bancária específica para a movimentação dos recursos do convênio. Na mesma data, a Conveniente transferiu a totalidade dos recursos para sua conta bancária particular.

3. O tomador de contas concluiu pela ocorrência de dano ao erário correspondente à integralidade dos recursos federais repassados, por força da não comprovação da execução física do objeto em sua completude e o não saneamento de lacunas na documentação relativa à execução financeira da avença. Faltaram comprovantes dos pagamentos realizados, extrato bancário da conta bancária específica para a movimentação dos recursos e os contratos de exclusividade para a contratação das apresentações artísticas executadas no evento. De algumas notas fiscais não constavam atesto de recebimento dos serviços e identificação do convênio.

4. Responsabilizaram-se pela ocorrência os ora recorrentes, Luiz Fernandes da Rosa Júnior e Fernando César Fernandes da Rosa, presidente e diretor financeiro da entidade conveniente, respectivamente.

5. Regularmente citados, os responsáveis se fizeram revéis na medida em que silenciaram.

6. A Corte entendeu ainda que a comprovação da execução parcial da meta física de divulgação do evento não basta para elidir o dano, visto que não houve demonstração do nexo de causalidade entre os recursos repassados e as despesas realizadas. A entidade não só transferiu os recursos do convênio para sua conta particular, mas também deixou de trazer aos autos extrato bancário da conta empregada para realizar os supostos pagamentos, a despeito das solicitações nesse sentido feitas pela Concedente.

7. Por essa maneira, concluiu que o prejuízo ao erário havido correspondeu à integralidade dos recursos, a saber, R\$ 710.800,00, valores atualizados até 14/9/2018, e proferiu a decisão supratranscrita.

8. Diante disso, os responsáveis pela entidade conveniente vêm interpor o recurso ora examinado.

ADMISSIBILIDADE

9. Exarou-se exame da admissibilidade do recurso à peça 122, em que se propõe dele conhecer e suspender os subitens 9.2, 9.3 e 9.4 da decisão combatida. Seu relator, ministro Vital do Rêgo, acolheu a proposta em seu despacho trazido à peça 126. Reputa-se acertado o proposto e acolhido.

MÉRITO

10. Delimitação

10.1. Quanto ao mérito do recurso, no essencial é de perquirir:

a) se o decurso do tempo teria dado causa a decadência do direito do Estado de condenar os ora recorrentes ou a prescrição de sua pretensão punitiva (nesta instrução, item 11);

b) se seria inexigível a licitação para a contratação das empresas que possuem contratos de exclusividade com determinados artistas, se teriam sido apresentados os citados contratos de exclusividade e os extratos da conta bancária privada da entidade para a movimentação dos recursos públicos repassados e sea apresentação de comprovantes de liquidação de pagamentos é suficiente para comprovar a regular aplicação dos recursos (*ibid.*, item 12);

c) se os elementos de convencimento ora trazido comprovariam o emprego dos recursos pecuniários para a veiculação de três *outdoors* e se, com isso, caberia suprimir esta parcela do débito (*ibid.*, item 13);

d) se seria mister a comprovação de má-fé dos ora recorrentes e de seu enriquecimento ilícito para proferir o julgamento impugnado (*ibid.*, item 14).

11. Da pretensa ocorrência tanto de decadência do direito do Estado de condenar os responsáveis a ressarcir o erário como da prescrição de sua pretensão de fazê-lo

Alegação

i) Decadência e Prescrição

11.1. Os recorrentes asseveram (peça 62, p. 2-7) que se teria dado no processo de controle administrativo a decadência do direito do Estado, pessoalizado pelo Tribunal, de “instaurar o processo de tomada de contas” (*ibid.*, p. 2).

11.2. Ter-se-ia dado, por passados cinco anos, a decadência tanto “da pretensão punitiva” como da “pretensão ressarcitória” por analogicamente aplicáveis o art. 1º do Decreto 20.910, de 6/1/1932 e o art. 54 da Lei 9.784, de 29/1/1999.

11.3. Teria decidido nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça, como se infere da leitura da ementa infratranscrita:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PROCESSO DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. VIOLAÇÃO A INSTRUÇÃO NORMATIVA. EXAME INCABÍVEL EM SEDE DE APELO ESPECIAL. ARTS. 31 E 57 DA LEI 8.443/92, 471 DO CPC, 884 DO CC, 26, VI, E 27, § 1º, DA LEI 9.784/99. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. TESE DE PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA OU FALHA NA PRESTAÇÃO DE CONTAS. IMPUTAÇÃO DO DÉBITO E APLICAÇÃO DE SANÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE HIPÓTESE DE IMPRESCRITIBILIDADE. LACUNA LEGISLATIVA. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO POR ANALOGIA. APLICAÇÃO DO PRAZO QUINQUENAL. DECURSO. OCORRÊNCIA. 1. As instruções normativas não integram o conceito de lei federal para fins de controle em sede de recurso especial. Precedentes. 2. O Tribunal de origem não emitiu juízo de valor sobre os arts. 31 e 57 da Lei 8.443/92, 471 do CPC, 884 do CC, 26, VI, e 27, § 1º, da Lei 9.784/99, carecendo o recurso especial, no ponto, do requisito do prequestionamento. Incidência da súmula 282/STF. 3. "A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento" (§ 5º do art. 37 da CF). 4. As "ações de ressarcimento" são imprescritíveis, conforme dispõe expressamente o texto constitucional, o que tem sido observado e reiterado nos julgamentos desta Corte, seja em sede de ação de improbidade com pedido de ressarcimento, seja em ação com o fim exclusivo de ressarcir o erário. No entanto, os autos não versam sobre o exercício do direito de ação, ou seja, de pedir ressarcimento perante o Poder Judiciário. Ao contrário, tratam da imputação de débito e aplicação de multa promovida pelo Tribunal de Contas da União, no exercício do seu poder/dever de velar pelas contas públicas, mediante atuação administrativa, oportunidade em que não há falar em exercício do direito de ação e,

consequentemente, em imprescritibilidade. 5. Eventual desvio de verbas ou qualquer outra ilegalidade que importe prejuízo ao erário poderá ser objeto de ação de ressarcimento, perante o Poder Judiciário, a qualquer tempo, eis que imprescritível, hipótese em que o ônus da prova do efetivo prejuízo e da responsabilidade do seu causador incumbe a quem pleiteia o ressarcimento. 6. Na tomada de contas especial, diversamente, o ônus da prova incumbe ao responsável pela aplicação dos recursos repassados, que se torna o responsável pelo débito e multa por mera presunção de prejuízo ao erário se ausente ou falha a prestação de contas. Nessas circunstâncias, a atuação administrativa deve encontrar limites temporais, sob pena de sujeitar os responsáveis pela aplicação de repasses de verbas federais a provarem, eles, a qualquer tempo, mesmo que decorridas décadas, a adequada aplicação dos recursos que um dia geriram, em flagrante ofensa a princípios basilares do Estado de Direito, como a segurança jurídica e ampla defesa. 7. Em virtude da lacuna legislativa, pois não há previsão legal de prazo para a atuação do Tribunal de Contas da União, deve ser-lhe aplicado o prazo quinquenal, por analogia aos arts. 1º do Decreto 20.910/32 e 1º da Lei 9.873/99. Em hipótese similar à presente, porquanto ausente prazo decadencial específico no que concerne ao exercício do poder de polícia pela Administração, antes do advento da Lei 9.873/99, a Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1.105.442/RJ (Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, DJe 22/2/2011), sob o rito do art. 543-C do CPC, assentou ser ele de 5 anos, valendo-se da aplicação analógica do art. 1º do Decreto 20.910/32. 8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido para julgar procedente o pedido inicial, desconstituindo a decisão do Tribunal de Contas da União no processo de tomada de contas especial do Convênio 5013/96, ressaltando-se a via judicial para o pleito de eventual ressarcimento. (STJ - REsp: 1480350 RS 2014/0142962-8, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 05/04/2016, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/04/2016).

11.4. Tendo sido os recursos pecuniários repassados em 15/8/2008 e o processo de controle administrativo proposto em 6/4/2015, cumpriria “aplicar a decadência quinquenal para o TCU instaurar o processo de tomada de contas” (*ibid.*, p. 4).

11.5. Sucessivamente, os recorrentes sustentam (*ibid.*, p 4) que teria tido lugar a prescrição da pretensão do estado de puni-los em processo de controle administrativo mediante a aplicação de multa.

11.6. Haveria que observar o princípio da segurança jurídica, razão porque também seria mandatório homenagear os da moralidade, da publicidade e da eficiência.

11.7. A natureza da sanção punitiva aplicada pelo Tribunal não seria a mesma da sanção reintegratória consistente na condenação a ressarcir o erário em face de prejuízo a este causado. Por isso, não se aplicaria o infratranscrito art. 5, inciso XLV, da Constituição da República:

nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido (...)

11.8. De acordo com a doutrina do Direito Administrativo brasileira, seriam quinquenais os prazos prescricionais em processos administrativos. A jurisprudência do Tribunal seria pacífica nesse sentido, como se poderia depreender da leitura do Acórdão 1.314/2013 – Plenário.

11.9. De igual maneira teria o STJ decidido em julgamento cuja ementa se transcreve, fulcrado na aplicação do art. 1º da Lei 9.873, de 23/11/1999:

ADMINISTRATIVO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. DANO AO ERÁRIO. RESSARCIMENTO. IMPRESCRITIBILIDADE. MULTA. PRESCRIÇÃO QUINQUÊNAL. ART. 1º DA LEI 9.873/1999. INAPLICABILIDADE.

1. A pretensão de ressarcimento por prejuízo causado ao Erário é imprescritível. Por decorrência lógica, tampouco prescreve a Tomada de Contas Especial no que tange à identificação dos

responsáveis por danos causados ao Erário e à determinação do ressarcimento do prejuízo apurado. Precedente do STF.

2. Diferente solução se aplica ao prazo prescricional para a instauração da Tomada de Contas no que diz respeito à aplicação da multa prevista nos arts. 57 e 58 da Lei 8.443/1992. Em relação à imposição da penalidade, incide, em regra, o prazo quinquenal .

3. Inaplicável à hipótese dos autos o disposto no art. 1º da Lei 9.873/1999, que estabelece que, nos casos em que o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se pelo prazo previsto na lei penal. Isso porque a instância de origem apenas consignou que as condutas imputadas ao gestor público não caracterizavam crime, sendo impossível depreender do acórdão recorrido a causa da aplicação da multa. Dessa forma, é inviável, em Recurso Especial, analisar as provas dos autos para verificar se a causa da imputação da multa também constitui crime (Súmula 7/STJ).

4. Recursos Especiais parcialmente providos para afastar a prescrição relativamente ao ressarcimento por danos causados ao Erário.

(REsp 894.539/PI, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2009, DJe 27/08/2009).

11.10. O termo inicial da contagem do prazo prescricional, conforme o estabelecido no art. 1º da Lei 9.873, de 1999, consistiria na “data da prática do ato”.

11.11. No caso concreto, o repasse dos recursos pecuniários se deu em 15/8/2008 e o Tribunal teria aplicado a sanção punitiva em 12/11/2018, portanto mais de cinco anos depois.

Análise

11.12. Não assiste razão aos recorrentes.

11.13. No concernente à alegação de decadência, sua previsão legal consta no art. 54 da Lei 9.784, de 1999, dispositivo esse não aplicável aos processos de controle administrativo da competência do Tribunal, regidos por lei própria, a saber, Lei 8.443, de 1992, em face do que dispõe o art. 69 da Lei 9.874, de 1999, *verbis*: “Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei”. A Lei 8.443, de 1992, não dispõe acerca do instituto da decadência.

11.14. Esse o entendimento assentado em precedentes desta corte de contas, a exemplo do Acórdão 3.361/2013 – Plenário, relator o ministro Raimundo Carreiro, do Acórdão 2.900/2014 – Plenário, relator o ministro-substituto Marcos Bemquerer, e do Acórdão 1.088/2015 – Plenário, relator o Ministro Augusto Nardes.

11.15. Quanto à alegação de prescrição da pretensão reintegratória do prejuízo causado ao erário, nos termos da Súmula TCU 282, de 15/9/2012, “As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis”. Assim, no âmbito deste Tribunal a matéria já se encontra pacificada, sobretudo pelo fato de que restou fundamentado em precedente do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do MS 26.210, relatoria do ministro Ricardo Lewandowski.

11.16. O Supremo Tribunal Federal (STF), em decisão proferida no julgamento do Mandado de Segurança (MS) 26.210, publicado no Diário Oficial da União (D.O.U.) de 10/10/2008, reconheceu a imprescritibilidade das ações de ressarcimento da competência do Tribunal de Contas da União (TCU), independentemente de regulamentação do dispositivo. Na oportunidade, decidiu

deixar assente no âmbito desta Corte que o art. 37 da Constituição Federal conduz ao entendimento de que **as ações de ressarcimento movidas pelo Estado** contra os **agentes causadores de danos ao erário** são imprescritíveis, ressaltando a possibilidade de dispensa de **instauração** de tomada de contas especial prevista no § 4º do art. 5º da IN TCU 56/2007. [grifou-se]

11.17. Recentemente o STF alterou a abrangência desse entendimento no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 669.069, em que se discutiu o prazo de prescrição da pretensão ao ressarcimento por danos causados ao erário por ilícito civil. Na ocasião, fez-se assente que

É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil.

Dito de outro modo, se o **Poder Público** sofreu um dano ao erário decorrente de um **ilícito civil** e deseja ser ressarcido ele deverá **ajuizar a ação no prazo prescricional** previsto em lei. (STF. Plenário. RE 669069/MG, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 03/02/2016) [grifou-se]

11.18. No julgamento, salientou o ministro Marco Aurélio de Mello que “[a] tese não revela o contrário, ou seja, que, no caso de **improbidade**, a ação é imprescritível!” [grifou-se]. O ministro Luís Roberto Barroso asseverou: “o prazo de prescrição é uma questão infraconstitucional. Eu acho que nós temos que dizer que é prescritível.”, ao que acresceu o ministro Dias Toffoli: “É infraconstitucional. Basta falar se é prescritível ou não. E a lei define os prazos.”

11.19. Com isso, o STF firmou entendimento de que, diferentemente do que outrora entendera no referido julgamento havido em mandado de segurança, não é necessariamente imprescritível a pretensão do Estado a ressarcimento promovida mediante ação contra o agente causador do dano: na visão daquela Corte não o são, ao menos, as decorrentes de dano patrimonial causado por ilícito civil.

11.20. Na mencionada decisão, o STF não se pronunciou acerca da prescribibilidade da pretensão do Poder Público a ressarcimento de dano que lhe tenha sido causado por ilícito administrativo deduzida mediante processo de controle administrativo.

11.21. No julgamento do RE 9852, havido em 8/8/2018, o STF, discutindo a questão relativamente a ações de ressarcimento do erário por parte de agentes públicos condenados por improbidade administrativa, entendeu imprescritíveis as ações de ressarcimento em casos de conduta dolosa, como noticiado na página da tramitação daquele Recurso Extraordinário no sítio daquela Corte na rede mundial de computadores (Acesso em 3/9/2018):

Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 897 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso para afastar a prescrição da sanção de ressarcimento e determinar o retorno dos autos ao tribunal recorrido para que, superada a preliminar de mérito pela imprescribibilidade das ações de ressarcimento por improbidade administrativa, aprecie o mérito apenas quanto à pretensão de ressarcimento. Vencidos os Ministros Alexandre de Moraes (Relator), Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio. Em seguida, **o Tribunal fixou a seguinte tese: “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”**, vencido o Ministro Marco Aurélio. Redigirá o acórdão o Ministro Edson Fachin. Nesta assentada, reajustaram seus votos, para acompanhar a divergência aberta pelo Ministro Edson Fachin, os Ministros Luiz Fux e Roberto Barroso. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 8.8.2018.

11.22. O TCU – cujas condenações, como se sabe, não necessariamente implicam a ocorrência de conduta dolosa tipificada na Lei de Improbidade Administrativa –, tem adotado em seus julgamentos a tese da imprescribibilidade da pretensão do Estado ao ressarcimento do erário firmada pelo STF no Mandado de Segurança (MS) 26.210.

11.23. A tese será objeto de decisão do STF a ser proferida no RE 636.886, cuja repercussão geral aquela Corte reconheceu em 3/6/2016 em seu Plenário Virtual. Naquele processo, cuida-se da condenação a ressarcir o erário de ex-presidente da Associação Cultural Zumbi, em Alagoas, que deixou de prestar contas de recursos repassados pelo Ministério da Cultura para serem aplicados no projeto Educar Quilombo. O TCU, no julgamento de tomadas de conta especial, condenou a ex-dirigente a restituir aos cofres públicos os valores recebidos por meio do convênio. Dado que a responsável não efetuou o ressarcimento, a União ajuizou ação de execução de título executivo extrajudicial. Decisão da primeira instância da Justiça Federal em Alagoas reconheceu, de ofício, a

ocorrência de prescrição e extinguiu o processo de execução fiscal. Em seguida, ao julgar recurso, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região manteve esse entendimento. No STF, a União afirma que as decisões de primeiro e segundo grau afrontam o art. 37, parágrafo 5º, da Constituição Federal.

11.24. O então relator do caso, ministro Teori Zavascki, afirmou que o Supremo, no julgamento do Mandado de Segurança (MS) 26.210, definiu a imprescritibilidade de pretensão de ressarcimento ao erário em caso análogo. Lembrou-se de que, no julgamento do RE 669.069, no entanto, alguns ministros se manifestaram em sentido contrário ao fixado naquele precedente, “formado quando a composição do Supremo era substancialmente diversa”.

11.25. Em razão da nova composição da corte, o então relator entendeu que “incumbe submeter novamente à análise do Plenário, sob a sistemática da repercussão geral, o alcance da regra estabelecida no parágrafo 5º do artigo 37 da Constituição Federal, relativamente a **pretensões** de ressarcimento ao erário fundadas em decisões de tribunal de contas” [grifou-se]. O ministro Teori Zavascki foi seguido de maneira unânime. Com o reconhecimento da repercussão geral, ficam suspensos os cursos de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional (art. 1.035, § 5º, do CPC) e nos julgamentos neles proferidos cumprirá aplicar a tese firmada pelo STF no acórdão paradigma sobrevivendo (art. 1.040, inciso III, do CPC). Transcreve-se trecho da fundamentação da decisão:

3. Não se desconhece que, ao apreciar o MS 26.210 (Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, DJe de 10/10/2008), impetrado contra acórdão do TCU proferido em tomada especial de contas, este STF assentou a imprescritibilidade de **pretensão** de ressarcimento ao erário análoga à presente.

No entanto, no julgamento do já citado RE 669.069, houve manifestações dos juízes desta Corte em sentido aparentemente diverso do fixado no precedente, formado quando a composição do Supremo era substancialmente diversa.

Em face disso, incumbe submeter novamente à análise do Plenário desta Corte, sob a sistemática da repercussão geral, o alcance da regra estabelecida no § 5º do art. 37 da CF/88, relativamente a pretensões de ressarcimento ao erário fundadas em decisões de Tribunal de Contas.

4. Diante do exposto, manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão suscitada. Brasília, 13 de maio de 2016. [grifou-se]

11.26. No que tange à pretensão do Estado de aplicar sanção punitiva aos ora recorrentes, de fato, não é pacífico no âmbito do Poder Judiciário o entendimento acerca da prescrição da pretensão do Estado de aplicar multas em processos de controle administrativo.

11.27. Mediante o Acórdão 1.441/2016- Plenário, o Tribunal aprovou incidente de uniformização de jurisprudência em que firmou o entendimento de que a matéria se subordina ao prazo prescricional de dez anos indicado no art. 205 do Código Civil, contado a partir da data de ocorrência da conduta reprovável a ser sancionada. Vale notar que a Corte adjetivou de intercorrente tal prescrição mediante o Acórdão 1781/2017 – Plenário, relator o ministro José Mucio Monteiro.

11.28. Transcrevem-se os trechos do dispositivo do Acórdão 1.441/2016- Plenário de interesse para o exame da alegação recursal:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Redator, em:

9.1. deixar assente que:

9.1.1. a pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União subordina-se ao **prazo geral de prescrição indicado no art. 205 do Código Civil**;

9.1.2. a prescrição a que se refere o subitem anterior é **contada a partir da data de ocorrência da irregularidade sancionada**, nos termos do art. 189 do Código Civil;

9.1.3. o ato que ordenar a citação, a audiência ou oitiva da parte interrompe a prescrição de que trata o subitem 9.1.1, nos termos do art. 202, inciso I, do Código Civil;

9.1.4. a prescrição interrompida recomeça a correr da data em que for ordenada a citação, a audiência ou oitiva da parte, nos termos do art. 202, parágrafo único, parte inicial, do Código Civil;

9.1.5. haverá a suspensão da prescrição toda vez que o responsável apresentar elementos adicionais de defesa, ou mesmo quando forem necessárias diligências causadas por conta de algum fato novo trazido pelos jurisdicionados, não suficientemente documentado nas manifestações processuais, sendo que a paralisação da contagem do prazo ocorrerá no período compreendido entre a juntada dos elementos adicionais de defesa ou da peça contendo o fato novo e a análise dos referidos elementos ou da resposta da diligência, nos termos do art. 160, §2º, do Regimento Interno; (grifou-se)

11.29. No caso concreto, caracterizou-se a conduta reprovável consistente na não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos a partir do momento em que os recursos públicos passaram a estar sob sua gerência, vale dizer, 15/8/2008. Interrompeu-se o curso do prazo prescricional com o ato de ordenamento da feitura de comunicação de citação dos responsáveis praticado em 21/6/2016, na forma do despacho trazido peça 13, portanto menos de dez anos depois de captados os recursos. Não se operou a prescrição, portanto.

12. Da inexigibilidade de licitação, dos contratos de exclusividade e do princípio da verdade material

12.1. A alegação sumariada a seguir se relaciona ao arrimo do entendimento da Corte de que não se comprovou o atingimento dos fins do objeto do convênio ante a impossibilidade de estabelecer nexo de causalidade entre os recursos repassados e as despesas realizadas.

12.2. Os recorrentes asseveram (peça 62, p. 7-11 e 13) que no caso concreto seria inviável a competição, situação fática que seria subsumível à hipótese prevista no art. 25, inciso III, da Lei 8.666, de 21/6/1999. A “contratação de profissional de qualquer setor artístico” (*ibid.*, p. 8) por inexigibilidade de licitação se prestaria para “prestigiar o caráter personalíssimo do seu trabalho”, o que faria inviável “a adoção de critérios objetivos para a realização do certame” (*ibid.*, *idem*).

12.3. Daí que seria conforme com as normas aplicáveis a contratação direta em tal situação. “Assim” (*ibid.*, p. 9), a entidade conveniente teria agido “com todas as cautelas” (*ibid.*, *idem*) e promovido “processo de contratação (...) modalidade carta-convite, tipo menor preço global e melhor técnica”.

12.4. Juntam a seu instrumento de recurso diversos documentos que entendem passíveis de demonstrar a regular execução do convênio. Às peças 63-118, colacionam notas fiscais, comprovantes de pagamentos, recibos, contratos, ARTs de serviços de montagem de estruturas, dentre outros.

12.5. Sustentam (peça 62, p. 7-8) que o processo de controle administrativo seria informado pelos princípios da verdade material, da oficialidade e do formalismo moderado. A necessária aplicação do princípio da verdade material estaria insculpida no § 2º do art. 145 do Regimento Interno do Tribunal.

12.6. Os recorrentes (peça 62, p. 12-13), por fim, requerem “a juntada da resposta dos ofícios do Processo Judicial 15043-67.2014.4.01.3800 que tramita perante a 7ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais”, mediante a qual se comprovaria “o recebimento dos pagamentos pelos artistas.

Análise

12.7. As alegações não merecem prosperar.

12.8. O Supremo Tribunal Federal, desde antes da entrada em vigor da atual Constituição da República, entende que, em Direito Financeiro, cabe ao administrador público provar que não cometeu irregularidades a eles eventualmente imputadas:

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.” (MS 20.335/DF, Relator Min. MOREIRA ALVES, DJU 25/2/1983)

12.9. Ao contrário do que se dá no processo civil, o supremo interesse público preside a persecução de controle administrativo e, afasta, de plano, os limites de uma insuficiente verdade formal.

12.10. Verdade é que no processo administrativo, gênero em que se classifica o processo de Controle Externo de que cuida a Lei 8.443, de 1992, impera o princípio da verdade material (ou real). Segundo esse princípio, que se opõe à verdade formal, a Administração deve buscar aquilo que realmente é verdade.

12.11. Daí que tal não se submete às mesmas formalidades do processo judicial. O princípio da verdade material, que se relaciona com outros como a oficialidade e o formalismo moderado, preconiza a economia de normas processuais e um rigor atenuado na sua observância, em prol do interesse público presente na busca pela verdade real.

12.12. Discorrendo sobre o tema, Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, RT, 16ª edição, 1991, Pág. 581) leciona que:

O princípio da verdade material, também denominado de liberdade na prova, autoriza a Administração a valer-se de qualquer prova que a autoridade processante ou julgadora tenha conhecimento, desde que a faça trasladar para o processo. É a busca da verdade material em contraste com a verdade formal. Enquanto nos processos judiciais o Juiz deve-se cingir às provas indicadas no devido tempo pelas partes, no processo administrativo a autoridade processante ou julgadora pode, até final julgamento, conhecer de novas provas, ainda que produzidas em outro processo ou decorrentes de fatos supervenientes que comprovem as alegações em tela. (...)

12.13. Esse é o entendimento desta Corte de Contas, conforme o registrado nos Acórdãos 84/2006 - 1ª Câmara, relator o ministro Augusto Nardes, e 38/2007 – 2ª Câmara, relator o ministro Ubiratan Aguiar.

12.14. Trata-se, todavia, de prevalência do princípio como regra, e não de obrigatoriedade de sua aplicação sem a admissão de exceções. Quer dizer, a regra, como se verá a seguir, não é absoluta.

12.15. Na hipótese de falta de elementos de comprovação da aplicação regular de recursos públicos federais, prevalece a presunção relativa de que houve má ou irregular aplicação de tais recursos. Trata-se de presunção legal e constitucional, visto que, por força do estatuído no art. 70 da Constituição da República, no art. 93 do Decreto-Lei 200, de 25/2/1967, e no art. 66 do Decreto 93.872, de 23/12/1986, recai sobre o gestor dos recursos o ônus de comprovar a boa e regular aplicação destes mediante prestação de contas.

12.16. Noutras palavras, por força do disposto no art. 70 da Lei Maior, a não comprovação aludida faz prova presuntiva da imputação aos responsáveis da causação do prejuízo ao erário constatado. Colhe-se da lição de Plácido e Silva em sua obra *Vocabulário Jurídico* (28ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 1124):

PROVA PRESUNTIVA. É a que se firma numa determinação legal, que se constitui em prova por determinação legal.

E, neste caso, salvo para tornar desfeita ou para a anular, o que cabe à parte contrária, quando se trata de presunção relativa, a menção da presunção legal dispensa o encargo da prova, desde que ela própria a produz.

12.17. Dessa maneira, diante da não comprovação da aplicação dos recursos a eles confiados e dos demais elementos de convencimento trazidos aos autos, presumem-se a sua má ou irregular gestão.

12.18. Noutro giro, os recorrentes se contradizem. Reputam inviável uma competição (para contratação de artistas), mas eles mesmos dizem haver promovido licitação na modalidade convite.

12.19. De qualquer modo, quanto aos documentos colacionados, verifica-se que remanescem as irregularidades que ensejaram a condenações dos responsáveis.

12.20. Os recorrentes juntam desde normativos internos da Oscip Brasol (peças 63 e 64), passando pelo estatuto da entidade (peça 65), procuração particular (peça 66), até cópia de comprovantes de pagamentos (como nas peças 68, 74 e 118), cópias de recibos (como na peça 71) e notas fiscais (como nas peças 75, 86 e 118) e contratos diversos (como nas peças 72 e 77).

12.21. No entanto, a eventual execução do objeto do convênio não estabelece, por si só, nexos causal com os recursos repassados para tanto. Poderiam haver sido empregados para a execução física do objeto recursos pecuniários municipais, por exemplo, ou de outras fontes que não os recursos federais repassados.

12.22. No caso concreto, a Corte entendeu que os documentos apresentados não bastaram para demonstrar o mencionado nexos. No relatório que compõe a decisão (peça 42), restou consignado que:

31. Os responsáveis foram citados pelas seguintes irregularidades na execução do convênio:

I – Não comprovação da execução de três outdoors em relação à meta de divulgação, conforme exigido pela Cláusula 13a do Termo de Convênio, § 2o, “g”;

II – Não apresentação de comprovantes de recebimento do cachê pelos artistas, conforme exigência contida no Acórdão 96/2008-TCU/Plenário e na Nota Técnica 2531/GSNOR/SFC/CGU/PR;

III – Notas fiscais sem o atesto de recebimento dos serviços contratados, contrariando o art. 30 da IN-STN 1/1997 e o enunciado do Acórdão 185/2012-TCU/Plenário;

IV – Movimentação de recursos em conta não específica do convênio, contrariando o caput da Cláusula Sétima e § 2o, I do Termo de Convênio;

V – Não foram disponibilizadas cópias dos extratos bancários da conta corrente em que os recursos, de fato, foram movimentados, contrariando previsão da Cláusula 13a, § 2o, “a” do Termo de Convênio;

VI – Não foram encaminhadas cópias dos comprovantes dos pagamentos realizados aos fornecedores, contrariando previsão da Cláusula Sétima, §§ 1o e 2o, II do Termo de Convênio.

12.23. Os documentos ora apresentados mantêm as irregularidades encontradas. Os recorrentes trazem comprovantes de pagamentos de uma conta corrente da Oscip Brasil, mas não colacionam os extratos bancários dessa conta (caso ela tenha sido utilizada para movimentação dos recursos). Não é possível, portanto, examinar as movimentações bancárias do ajuste, o que por si só impede o estabelecimento do necessário nexos causal entre os recursos repassados e despesas realizadas. Registre-se que caso trouxessem os extratos dessa conta corrente, não haveria certeza de que seriam suficientes a comprovar a regular aplicação dos recursos, porque elas não seriam da conta específica do convênio.

12.24. As notas fiscais apresentadas também não fazem referência expressa ao convênio objeto desta TCE. Há apenas menções genéricas, como "Convênio Ministério do Turismo/Arraial 2008" na nota fiscal emitida pela empresa Futura Digital na peça 86, e "Convênio Ministério do Turismo" na nota emitida pela empresa Tupyguá Palace Hotel na peça 118.

12.25. Os recorrentes também não colacionam os contratos de exclusividade com os artistas contratados para os shows. No plano de trabalho contido à peça 1, p. 19, verifica-se relação de quem iria se apresentar no evento: “BANDA TEODORO E SAMPAIO, BANDA MANITU, BANDA PEQUI COM DENDE, BANDA FRED E PAULINHO, BANDA RONAN E RONALDO, e ANDRE VALADÃO”. Nos documentos colacionados, não consta contratos de exclusividade com estes artistas.

12.26. Anexo ao recurso, foi juntado contrato entre a Oscip Brasol (contratante) e “Ellen Lílian de Faria” (contratada), no valor de R\$ 2.000,00, assinado em 19 de junho de 2008, tendo como objeto a apresentação de shows musicais. Caso a contratada seja artista, seu nome não consta das bandas musicais previstas no plano de trabalho. Caso seja intermediária ou empresária exclusiva das bandas que constavam no plano de trabalho, não foi juntado aos autos os contratos de exclusividade com os artistas. De todo modo, não há documentos idôneos para comprovar a regular aplicação de artistas por inexigibilidade de licitação.

12.27. A inviabilidade de competição de que cuida o art. 25, inciso III, da Lei 8.666, de 1993, decorre da singularidade de artista resultante de sua consagração quer pela crítica especializada quer pela opinião pública. Para tanto, estabelece o mesmo inciso, é mandatória a contratação sem licitação diretamente com o profissional ou com empresário dele exclusivo. Quer dizer, a atribuição de exclusividade do empresário para mediar a contratação do profissional, que civilmente tem de ser estabelecida por meio de contrato, impede a contratação do artista mediante mais de um empresário e, assim, faz inviável a competição.

12.28. A exclusividade a que se refere a lei, portanto, é aquela para mediar a contratação do profissional quaisquer sejam o momento ou período e o local em que se executará o serviço a contratar, pois em hipótese diversa será possível contratar o celebrado profissional mediante mais de um empresário e a competição será, portanto, viável; de conseguinte, a situação fática não se subsumirá à hipótese descrita na cabeça do art. 25 da citada lei.

12.29. Por essa razão, tem acertadamente entendido o Tribunal, desde a prolação do Acórdão 96/2008 – Plenário, relator o ministro Benjamin Zymler, que “simples autorizações ou cartas de exclusividade não se prestam a comprovar a inviabilidade da competição, pois não retratam uma representação privativa **para qualquer evento em que o profissional for convocado.**” (grifou-se).

12.30. Noutras palavras, contrato de exclusividade celebrado entre o profissional e determinado empresário é a prova documental da inviabilidade de competição originadora da inexigibilidade da feita de licitação prévia.

12.31. A comprovação do nexos causal se dá mediante a apresentação de recibos ou outros documentos que comprovem que os recursos convenientes foram de fato percebidos pelo artista ou por seu representante exclusivo. A Corte, em resposta a consulta formulada pelo Ministério do Turismo, deixou assente, mediante o dispositivo do Acórdão 1.435/2017 – Plenário, que “a existência de dano aos cofres públicos” (subitem 9.2.3 daquele acórdão) tende a se evidenciar não só quando “houver indícios de inexecução do evento objeto do convênio” (*ibid.*, subitem 9.2.3.1), mas também quando não for possível comprovar o nexos de causalidade, ou seja, que os pagamentos tenham sido recebidos pelo artista ou por seu representante devidamente habilitado, seja detentor de contrato de exclusividade, portador de instrumento de procuração ou carta de exclusividade, devidamente registrados em cartório. (*ibid.*, subitem 9.2.3.2)

12.32. Os recorrentes não juntam a seu instrumento de recurso nenhum dos documentos mediante os quais produziria prova do nexos de causalidade (subitem 9.2.3.2 do dispositivo do Acórdão 1.435/2017 – Plenário).

12.33. Os recorrentes, portanto, não se desincumbiram do ônus de comprovar a regular gestão dos recursos a partir dos elementos que juntam ao recurso. Por oportuno, veja-se o infratranscrito excerto da fundamentação do Acórdão 1891/2006 –2ª Câmara, relator o ministro Walton Alencar Rodrigues:

O dever de prestar contas, de matriz constitucional, configura um dos pilares do sistema republicano. Sua observância possibilita a transparência na prática dos atos de gestão, a comprovação da lisura no trato com a coisa pública e a certeza de aplicação dos recursos públicos em benefício de sociedade.

Assim, as prestações de contas elaboradas pelos gestores de recursos federais transferidos devem **estar compostas por documentos que permitam** a aferição da legalidade dos atos praticados, a comprovação do efetivo cumprimento do convênio e **a avaliação de existência do nexo de causalidade entre o desembolso dos recursos e sua efetiva aplicação.**

Nesse contexto, para que documentos sejam acolhidos como “prestação de contas”, é necessário que constituam conjunto probatório que, em tese, tenha ao menos a possibilidade de comprovar a boa e regular aplicação dos recursos confiados ao gestor. (grifou-se).

12.34. Daí que a não apresentação do contrato de exclusividade, do extrato bancário que comprove regular movimentação dos recursos, e de outros documentos idôneos no caso sob exame não permitem comprovar afastar os fundamentos da decisão guerreada e entende-se, em conclusão, que o recorrente não logra êxito mediante sua impugnação.

12.35. Quanto à “juntada da resposta dos ofícios do Processo Judicial 15043-67.2014.4.01.3800 que tramita perante a 7ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais”, mediante a qual se comprovaria “o recebimento dos pagamentos pelos artistas”, cabe registrar que o mero recebimento dos pagamentos pelos artistas não faz prova do nexo de causalidade entre os dinheiros públicos gerenciados e as despesas realizadas. Remanesceria, portanto, a irregularidade. Os documentos em questão, ademais, não foram juntados aos autos.

13. Da veiculação de três *outdoors*

13.1. A alegação a seguir sumariada se relaciona à imputação de não comprovação da execução de três *outdoors* em relação à meta de divulgação, conforme exigido pela Cláusula 13ª do Termo de Convênio, § 2º, alínea g.

13.2. Os recorrentes asserem (peça 62, p. 11) que restou “demonstrada e comprovada” a veiculação dos mencionados *outdoors* e, por conseguinte, o emprego dos recursos pecuniários repassados para a sua aquisição.

Análise

13.3. Não é de acolher a alegação.

13.4. O Tribunal, como registrado na fundamentação (peça 41), reputou não demonstrado o nexo de causalidade entre os recursos repassados e as despesas pretensamente realizadas para a divulgação do evento.

13.5. A execução do objeto do convênio – ou de parte dele, como alegado – não estabelece, por si só, nexo causal com os recursos repassados. Incumbe a quem administre recursos pecuniários público produzir prova do seu emprego bom e regular. Para tanto, não basta provar tão somente a execução física. Há também que produzir prova do nexo de causalidade entre recursos repassados mediante convênio e as respectivas despesas realizadas mediante a correspondência entre [a] o número e o valor de cada lançamento assinalado nos extratos da conta bancária específica para a movimentação dos recursos repassados, consentâneo com os respectivos número e o valor do documento relativo ao lançamento (cheque ou ordem bancária), e [b] a correspondente nota fiscal ou

outro comprovante de liquidação do pagamento. A falta de apenas um desses elementos comprobatórios impede o estabelecimento do nexo de causalidade mencionado e, por conseguinte, a comprovação da realização regular da despesa em aquisição de bem ou serviço mediante o emprego dos recursos pecuniários repassados – e não mediante emprego doutros recursos.

13.6. A jurisprudência do Tribunal é tranquila no sentido de que em situações como a aqui verificada, em que o resultado material da execução parcial do objeto pactuado aliada à imprestabilidade da parcela executada pode resultar na condenação dos responsáveis pelo valor total dos recursos federais repassados (Acórdão 4.712/2015 – 1ª Câmara, relator o ministro Bruno Dantas, Acórdão 5.164/2014 – 2ª Câmara, relator o ministro-substituto Augusto Shermanm, e Acórdão 852/2015 – Plenário, relator o ministro Raimundo Carreiro).

13.7. O emprego de recursos pecuniários públicos também é examinado pelo Tribunal sob os pontos de vista da eficiência, da eficácia e outros aspectos relacionados com o atingimento dos objetivos almejados pela União com o seu repasse. Não se cinge ao plano da sua conformidade com a legislação aplicável à situação fática sob análise. Ele se dá também no plano da conformidade com os princípios informadores da Administração Pública insculpidos no art. 37 da Constituição da República, dentre esses os da moralidade administrativa e eficiência.

13.8. Alexandre de Moraes, em sua obra *Direito Constitucional* (6ª ed., São Paulo: Atlas. 1999. p. 298) conceitua o princípio da eficiência como

aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, **primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios** e garantir-se uma maior rentabilidade social. Note-se que não se trata da consagração da tecnocracia, muito pelo contrário, o princípio da **eficiência dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços sociais essenciais à população, visando a adoção de todos os meios legais e morais possíveis para satisfação do bem comum**" (grifou-se)

13.9. Logo, se não há comprovantes de execução das apresentações artísticas – objeto principal do convênio – com recursos do convênio, conforme se verificou na instrução do processo, ante a não apresentação do contrato exclusivo de agenciamento dos artistas, não se pode ter por bem empregados despesas supostamente realizadas na divulgação do evento na medida em que seu emprego não terá trazido benefício à sociedade e, conseqüentemente, não pode ser adjetivado de “bom”.

13.10. Do exame dos anexos recursais (peças 63-118) se verifica que os recorrentes não trazem aos autos os elementos mediante os quais se possa estabelecer nexo de causalidade e regular comprovação da aplicação dos recursos públicos.

13.11. Na forma da cláusula sexta (peça 1, p. 75) do convênio se estabeleceu que os recursos seriam repassados para conta corrente específica de código 7.710-0, aberta na Agência 1615-2 do Banco do Brasil S.A. Os documentos trazidos pelos responsáveis não fazem qualquer menção a esta conta.

13.12. Não constam dos anexos nem o extrato bancário da conta bancária privada pretensamente usada para a movimentação dos recursos no período da realização das despesas nem os contratos de exclusividade de agenciamento para a contratação dos artistas. Dessarte, se não houve comprovação de regular execução do ajuste, não há que se falar em validade de parcela de despesa para objeto que não atingiu a sua finalidade.

14. Da não ocorrência de prejuízo ao erário, de conduta de má-fé, e de enriquecimento ilícito do ente público

14.1. O recorrente assevera (peça 62, p. 9-11 e 14) que a contratação direta impugnada seria adjetivável de irregular (no sentido de mera irregularidade formal), mas não teria consistido em ato de improbidade administrativa, vale dizer, caracterizado por “uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem” (*ibid.*, p. 9). A prática das impropriedades aqui poderia “ocorrer por falta de orientação técnica, por inabilidades, por deficiência de formação profissional do Gestor Público e até mesmo por uma certa dose de descuido, natural de ocorrer com o ser humano” (*ibid.*, p. 9).

14.2. Diante disso, não teria havido (peça 62, p. 14) prejuízo ao erário, enriquecimento ilícito dos ora recorrentes, superfaturamento nas contratações tampouco desvio de dinheiros públicos federais. Uma eventual condenação representaria enriquecimento ilícito da administração pública.

Análise

14.3. A alegação aduzida não socorre os recorrentes.

14.4. Cumpre analisar a presunção de boa-fé somente se concomitantemente à comprovação da aplicação dos recursos em foco, cujo ônus é do responsável por sua gestão, ante o disposto no art. 70 da Constituição da República. Neste sentido a jurisprudência desta Corte, conforme se verifica, por exemplo, nos Acórdãos 903/2007–1ª Câmara, relator o ministro Augusto Nardes, 1.445/2007–2ª Câmara e 1.656/2006–Plenário, ambos relatados pelo ministro-substituto Augusto Sherman.

14.5. A boa-fé invocada não se constitui em elemento de convencimento da regularidade da gestão dos recursos e isso se dá porque é mandatário justificar o bom e regular emprego destes “na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes”, como prescreve o art. 93 do Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967, o que cumpre fazer mediante a apresentação da prestação de contas faltante.

14.6. Cumpre perquirir sobre o conceito de boa-fé. De Plácido e Silva (*in Vocabulário Jurídico*, vol. I, 12ª ed., Forense, 1993, p. 327), assim a define:

Sempre se teve boa fé no sentido de expressar a intenção pura, isenta de dolo ou engano, com que a pessoa realiza o negócio ou executa o ato, certa de que está agindo na conformidade do direito, consequentemente, protegida pelos preceitos legais. Dessa forma, quem age de boa-fé, está capacitado de que o ato de que é agente, ou do qual participa, está sendo executado dentro do justo e legal.

14.7. A boa-fé, assim, pressupõe tanto que o agente não tenha consciência da ilicitude dos atos que praticou como que essa inconsciência seja inevitável, invencível, quer dizer, não atribuível à negligência ou à desatenção do agente.

14.8. Assim, se o agente tem consciência da ilicitude dos atos, ou se o desconhecimento era evitável, e mesmo assim ele os pratica, sua conduta é culpável, reprovável, e, por isso, não há de cogitar a boa-fé.

14.9. A boa-fé, fazendo-se um paralelo com o Direito Penal, equipara-se à ausência de culpabilidade, isto é, inexistência de reprovabilidade da conduta.

14.10. A multa tem natureza de pena, embora administrativa. Sua aplicação ao agente tem como requisitos, além da culpa ou dolo e da antijuridicidade, justamente essa reprovabilidade de conduta: a consciência acerca da ilicitude dos atos que cometeu, ou a inconsciência inescusável dessa ilicitude.

14.11. No Direito Administrativo, assim como no Direito Penal, não se pune conduta que não seja típica, antijurídica e culpável (reprovável).

14.12. O tipo, no âmbito do Direito Administrativo, pode não ter o sentido estrito que lhe confere o Direito Penal - como “modelo legal do comportamento proibido, compreendendo o conjunto das características objetivas e subjetivas do fato punível” (Helena Cláudio Fragoso, Lições de Direito Penal, 4ª ed., Forense, 1995, p. 153) - , mas, no mínimo, há que ser a previsão legal genérica do fato punível.

14.13. Assim, quando o Tribunal aplica multa ao agente faltoso, necessariamente profere juízo no sentido da tipicidade, da antijuridicidade e da reprovabilidade de sua conduta. De outro modo, a multa não se lhe poderia ser aplicada.

14.14. Ora, se a multa decorre necessariamente do juízo de reprovabilidade da conduta, não há falar em reconhecimento da boa-fé do agente. Isto é, aplicação de multa e reconhecimento da boa-fé do agente são atos incompatíveis no âmbito do Direito Administrativo.

14.15. Tanto é que se o agente, por meio de novas provas, vier a demonstrar que não agiu com culpa ou dolo (excludente de tipicidade), que sua ação estava amparada em norma permissiva (excludente de antijuridicidade), ou que atuou com boa-fé, porque tinha desconhecimento invencível da ilicitude do fato (excludente de culpabilidade), a aplicação da multa não subsistirá, bem como a irregularidade das contas, se outro motivo não houver.

14.16. Por isso prevê o art. 202, § 6º, da Resolução 155 do Tribunal, de 4/12/2002 (Regimento Interno) que as contas serão desde logo julgadas no mérito pela irregularidade na hipótese de inexistência nos autos de elementos que demonstrem a boa-fé.

14.17. No caso sob análise, o Tribunal aplicou ao ora embargante a multa objeto do art. 57 da Lei 8.443, de 1992. Tal aplicação consiste em pena pecuniária fundada na constitucionalmente presumível causação de dano patrimonial ao erário, em razão da conduta culposa dos responsáveis que impediram aferir a regular gestão de recursos sob sua administração.

14.18. Os recorrentes também mencionam que o evento ocorreu antes da liberação dos recursos do convênio. Por esta razão houve execução do ajuste por outra conta que não a específica. Ora, se os responsáveis já possuíam recursos para viabilizar o evento, é de se questionar a necessidade da celebração do próprio convênio. Ao assinar o ajuste, os recorrentes já estavam cientes de que não poderiam então cumprir as cláusulas do termo de convênio, pois já sabiam de início que não era possível movimentar os recursos pela conta específica e restaria inviável o estabelecimento do nexo de causalidade. Assumiram, de qualquer modo, o risco da irregularidade.

CONCLUSÃO

15. Das análises empreendidas se conclui que:

a) descabe falar em decadência do direito do Estado de ressarcimento ao erário e não teve lugar a prescrição da pretensão punitiva do TCU;

b) não houve regular comprovação da aplicação dos recursos, pois não foram apresentados os contratos de exclusividade tampouco os extratos bancários da conta específica para a movimentação dos recursos públicos repassados. Permanece, portanto, a impossibilidade de verificar nexo de causalidade entre recursos e despesas;

c) despidendo é verificar se os documentos ora trazido aos autos comprovam o emprego dos recursos pecuniários para a veiculação de três *outdoors* porque a comprovação de que tal emprego trouxe benefício para a comunidade-alvo dos recursos repassados é condicionada à comprovação da execução do evento com os recursos pecuniários repassados, de modo a comprovar o atingimento das fins do convênio celebrado, e tal não se deu;



d) não é mister a comprovação da conduta de má-fé dos ora recorrentes, de enriquecimento ilícito, de superfaturamento dos contratos ou de desvio dos recursos públicos repassados para proferir o julgamento impugnado.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

16. Do exposto, propõe-se, com fundamento nos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443, de 16/6/1992:

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

b) notificar da decisão sobrevinda os recorrentes e os demais interessados notificados do Acórdão impugnado, sem deixar de anexar ao expediente de notificação cópia do relatório e da fundamentação da decisão.

À consideração superior, para posterior encaminhamento ao Ministério Público especializado e ao relator, ministro Vital do Rêgo.

TCU, Secretaria de Recursos, 1ª Diretoria, em 25 de abril de 2019.

[assinado eletronicamente]

FÁBIO LUIZ DOURADO BARRETO
Auditor Federal de Controle Externo – Matr. 3510-6