

TC-016.532/2005-3 (com 1 volume e 2 anexos).

Natureza: Recurso de Reconsideração.

Órgão/Entidade: Município de Rosário/MA.

Recorrente: Marconi Bimba Carvalho de Aquino, ex-prefeito (CPF 104.230.603-68).

Advogado constituído nos autos: João Gabina de Oliveira (OAB/MA 8.973), procuração à fl. 309, v. 1.

SUMÁRIO:

RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO EM SEDE DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO. MERENDA ESCOLAR. REALIZAÇÃO DE PAGAMENTOS EM ESPÉCIE. APRESENTAÇÃO DE NOTAS FISCAIS INIDÔNEAS. ALEGAÇÕES RECURSAIS INSUFICIENTES PARA AFASTAR O DÉBITO E A MULTA APLICADA. DESPROVIMENTO. CIÊNCIA AO RECORRENTE E AOS DEMAIS INTERESSADOS.

Cuidam os autos de recurso de reconsideração interposto pelo Sr. Marconi Bimba Carvalho de Aquino, ex-prefeito do Município de Rosário- (MA), contra o Acórdão 1.558/2011 – 2ª Câmara, por meio do qual este Tribunal julgou irregulares suas contas, condenando-o em débito, em solidariedade com as empresas J. O. A. Aragão e N. B. A. Aragão e Cia. Ltda., e aplicando-lhes multa individual no valor de R\$ 5.000,00.

2. Originalmente, este processo tratou de tomada de contas especial instaurada pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), em atendimento à Decisão n. 1.688/2002 – Plenário, em decorrência de irregularidades na aplicação dos recursos transferidos à conta do Convênio 1.762/1994, celebrado no âmbito do Programa Nacional de Alimentação Escolar nos exercícios de 1994, 1995 e 1996.

FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA

3. A condenação em débito e a aplicação de multa aos responsáveis decorreram da ausência do nexo de causalidade entre os recursos federais transferidos e a documentação de despesa apresentada a título de prestação de contas. A falta do nexo causal originou-se da realização de vários pagamentos em espécie e da utilização de documentação fiscal inidônea.

ADMISSIBILIDADE

4. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade (fls. 11-12, anexo 2), ratificado à fl. 15 pelo Ministro Relator Augusto Nardes, que concluiu pelo conhecimento do recurso, suspendendo-se os efeitos dos subitens 9.1, 9.2 e 9.3 do acórdão recorrido, uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade aplicáveis à espécie.

MÉRITO

Argumento

5. Preliminarmente, o recorrente traz argumentos no intuito de que este Tribunal reconheça a prescrição. Cita lição de Nelson Nery Júnior, segundo a qual os princípios da segurança jurídica e da proibição do excesso indicam a necessidade de prazo para o Estado buscar o ressarcimento ao Erário, não obstante a parte final do art. 37, § 5º, da Constituição Federal possa sugerir pretensão de imprescritibilidade. Para o referido doutrinador, a ação condenatória é sempre prescritível.

6. Alega que o fato de a citação do responsável ter sido realizada anos depois da prática do ato reputado ilícito ofende os princípios da segurança jurídica e da ampla defesa, já que seu direito de defesa estaria limitado diante da maior dificuldade de produção de prova documental.

7. Por fim, cita doutrina de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, segundo a qual o entendimento de que a pretensão de ressarcimento decorrente de prejuízo causado por ato ilícito é insuscetível de prescrição deve ser evoluído no sentido de se restringir a imprescritibilidade aos casos de dano intencional. Assim, segundo o doutrinador, no caso de dano causado por ato culposos, em sentido estrito, seria aplicada a regra geral civilista de prescrição.

Análise

8. Quanto à prescrição do débito, o entendimento desta Corte de Contas proferido no âmbito de incidente de uniformização de jurisprudência, Acórdão 2.709/2008 – Plenário, é no sentido de 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, ressalvada a possibilidade de dispensa de instauração de tomada de contas especial prevista no § 4º do art. 5º da IN TCU 56/2007.

9. Nada obstante, não se pode olvidar a existência de julgados posteriores ao supramencionado acórdão, nos quais se reconheceu como causa de reconhecimento da prescrição a violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da segurança jurídica, também de *status* constitucional, a exemplo do Acórdão 5001/2010 - 2ª Câmara.

10. No que tange à ressalva constante do Acórdão 2.709/2008 – Plenário, salienta-se que não se aplica a este caso concreto o disposto no art. 5º, § 4º, da IN TCU 56/2007, segundo o qual só ficaria dispensada a instauração de tomada de contas especial depois de transcorridos dez anos desde o fato gerador, que deve ser contado a partir das datas fixadas para apresentação das prestações de contas referentes aos recursos recebidos nos exercícios 1994, 1995 e 1996 (28/2/1995, 28/2/1996 e 28/2/1997, respectivamente, segundo alínea “I” do item II do Termo Simplificado de Convênio). Conforme consignado no § 5º do art. 5º da referida instrução, este prazo foi interrompido com a notificação do responsável em dezembro de 1999 pelo FNDE. Após a interrupção do prazo, transcorreram menos de cinco anos até a data da instauração da TCE, que ocorreu em março de 2004.

11. Além disso, verifica-se a ausência da alegada ofensa aos princípios da segurança jurídica e da ampla defesa, uma vez que, embora as transferências dos recursos federais ao Município de Rosário/MA tenham ocorrido entre os meses de julho de 1994 e setembro de 1996, as instâncias de controle vêm atuando sobre os fatos correspondentes desde o exercício de 1999.

12. Em relação a essa questão, transcreve-se parte do voto condutor do acórdão recorrido em que o relator *a quo* resumiu a atuação do FNDE e do TCU, *verbis*:

9. No âmbito deste Tribunal e com vistas a instruir a denúncia contida no TC – 009.522/1999-9, foi encaminhada diligência ao Sr. Marconi Aquino em novembro de 1999, que a respondeu enviando a documentação solicitada (fls. 45).

10. Da parte do FNDE, previamente à instauração desta tomada de contas especial, foi procedida notificação do responsável em dezembro de 1999 para solicitar documentos relativos à prestação de contas, que havia sido apresentada no exercício de 1996 (fls. 8 e 19/20). Essa notificação foi respondida pessoalmente pelo Sr. Marconi Aquino, como se depreende do confronto entre documento que noticia o atendimento da solicitação (fls. 45) e o ofício remetido pelo prefeito sucessor informando da inexistência das peças requeridas na sede do governo municipal (fls. 15/16).

11. Instaurada essa tomada de contas especial, o FNDE efetuou a devida notificação do responsável para que recolhesse os respectivos recursos em dezembro de 2003 (fls. 57). O comprovante de recebimento da comunicação, datado de janeiro de 2004, se encontra às fls. 94-frente e verso.

13. Assim, considerando o entendimento deste Tribunal pela imprescritibilidade do débito, considerando que não se aplica o disposto no art. 5º, § 4º, da IN TCU 56/2007 ao presente caso, e considerando, sobretudo, a ausência de ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da segurança jurídica, pugna-se pela rejeição da alegação ora em análise.

Argumento

14. Quanto ao mérito, de início, o recorrente apresenta alegações relacionadas à utilização de documentação fiscal inidônea.

15. Argumenta que a fiscalização promovida pela Administração Pública deve ser restrita à verificação do cumprimento do objeto conveniado, sem adentrar no mérito dos delitos fiscais cometidos pelas empresas contratadas.

16. Alega também que, não obstante o Ministro Relator tenha concluído pela existência de irregularidades, por considerar inidôneas algumas notas fiscais, em momento algum foram tratadas na TCE questões sobre a não aplicação dos recursos e a distribuição da merenda escolar.

17. O recorrente afirma que o STF, na ADC 16, reconheceu a constitucionalidade do art. 71 e parágrafos da Lei 8.666/1993. Nessa mesma linha do entendimento do STF, o recorrente cita lição de Ronny Charles, segundo a qual, nas relações de direito público ou privado, a única e exclusiva titular dos encargos é a contratada, não havendo comunicação de responsabilidade à administração contratante antes, durante ou depois da execução do contrato.

18. Argumenta que os autos de infração da Receita Estadual pugnam apenas pela ausência de registro de documentos fiscais no livro de saída e o não recolhimento do ICMS, não se reportando ao não fornecimento dos gêneros alimentícios à prefeitura.

19. Afirma que constam dos autos da TCE declarações dos fornecedores confirmando que as mercadorias foram entregues à prefeitura. Constatam também declarações de diretoras de escolas, à época, confirmando que a merenda era de qualidade e foi distribuída.

20. Por fim, argumenta que, se há suposição de que as notas fiscais são inidôneas, caberia uma auditoria nas empresas que as emitiram, não cabendo ao gestor contratante a responsabilidade pela prova em contrário.

Análise

21. A princípio, cumpre esclarecer que para a comprovação da regularidade das contas não basta a comprovação da execução física do objeto conveniado. É imprescindível que o responsável demonstre o nexo causal entre os recursos que lhe foram repassados e a consecução do objeto. A ausência do nexo de causalidade impossibilita identificar se as aquisições dos produtos objeto do convênio foram, de fato, custeadas com os recursos federais transferidos.

22. Esse entendimento fundamenta-se no dever de prestar contas, previsto no parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal, bem como em outros normativos infraconstitucionais –

como o Decreto-lei 200/1967 e a Instrução Normativa - STN 2/1993. Nesse sentido é o teor dos seguintes julgados deste Tribunal: Acórdãos 1.573/2007 - 1ª Câmara, 297/2008 - 2ª Câmara e 747/2007-Plenário.

23. Conforme salientado pelo relator *a quo* e já decidido por este Tribunal, documentação fiscal inidônea não pode ser aceita para fins de comprovação de despesas ditas como realizadas, pois retira o nexo de causalidade entre os recursos e os documentos apresentados.

24. Assim, para o julgamento das contas, cabe a esta Corte de Contas não apenas verificar se o objeto pactuado foi realizado, mas, também, averiguar se a documentação apresentada a título de prestação de contas é hábil para demonstrar que a execução do objeto foi custeada com os recursos federais. Para tanto, é necessário que o Tribunal confirme se tais documentos são dotados de idoneidade, podendo, inclusive, diligenciar órgãos de Receita Federal, Estadual ou Municipal.

25. Deve-se esclarecer, ainda, que o recorrente não foi responsabilizado por ilícitos fiscais cometidos pelas empresas contratadas, tampouco se afirmou no acórdão combatido que a administração pública municipal seria responsável pelo pagamento dos encargos não recolhidos.

26. A condenação baseou-se, exclusivamente, no fato de que o recorrente não conseguiu comprovar que as despesas apresentadas foram, com efeito, custeadas com os recursos federais, seja pela utilização de documentação fiscal inidônea, seja pela realização de pagamentos em espécie.

27. É por essa razão que a decisão do STF citada na defesa, ADC 16, segundo a qual não se transfere a responsabilidade automaticamente à Administração Pública em decorrência da mera inadimplência do contratado, não se aplica a esse caso concreto.

28. É por essa razão também que a ausência de constatação nos autos de infração que os gêneros alimentícios não foram entregues à prefeitura não tem o condão de afastar o débito. Para tanto, o gestor deve comprovar a regular aplicação dos recursos, com apresentação de documentos idôneos capazes de demonstrar o nexo causal entre os recursos públicos federais e as despesas declaradas.

29. No tocante às declarações de fornecedores e de diretoras de escolas, reitera-se o argumento de que não basta a comprovação de que o objeto pactuado foi executado. É imprescindível a adequada demonstração do destino dado aos recursos públicos federais sob a responsabilidade do gestor. Além disso, a pacífica jurisprudência do TCU é no sentido de que declaração de terceiros possuem baixa força probatória. Provam tão somente a existência da declaração, mas não o fato declarado, competindo ao interessado demonstrar a veracidade do alegado, principalmente quando não apresentados os documentos capazes de estabelecer nexo de causalidade entre o desembolso dos recursos recebidos e os comprovantes de despesas apresentados (Acórdãos 153/2007 - Plenário, 1.293/2008 - 2ª Câmara e 132/2006 - 1ª Câmara).

30. Nesse sentido, com fundamento no art. 298 do Regimento Interno/TCU, é possível aplicar, subsidiariamente, o disposto no art. 368 do Código de Processo Civil, o qual dispõe que:

As declarações constantes do documento particular, escrito e assinado, ou somente assinado, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário.

Parágrafo único. Quando, todavia, contiver declaração de ciência, relativa a determinado fato, o documento particular prova a declaração, mas não o fato declarado, competindo ao interessado em sua veracidade o ônus de provar o fato.

31. Quanto à auditoria pelo TCU nas empresas contratadas que emitiram as notas fiscais inidôneas, salienta-se que, por força do disposto no art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, bem assim no art. 93 do Decreto-lei 200/1967 c/c o art. 66 do Decreto 93.872/1986, compete ao gestor comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos, isto é, cabe ao gestor

o ônus da prova. O Tribunal firmou jurisprudência nesse sentido, conforme Acórdãos 903/2007 - 1ª Câmara, 1.445/2007 - 2ª Câmara e 1.656/2006 - Plenário.

32. Tal entendimento é confirmado pelo Supremo Tribunal Federal em decisão proferida em sede de Mandado de Segurança (MS 20.335/DF, Relator Ministro Moreira Alves), cuja ementa da deliberação transcreve-se abaixo:

MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. CONTAS JULGADAS IRREGULARES. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO 53 DO DECRETO-LEI 199/67. A MULTA PREVISTA NO ARTIGO 53 DO DECRETO-LEI 199/67 NÃO TEM NATUREZA DE SANÇÃO DISCIPLINAR. IMPROCEDÊNCIA DAS ALEGAÇÕES RELATIVAS A CERCEAMENTO DE DEFESA. **EM DIREITO FINANCEIRO, CABE AO ORDENADOR DE DESPESAS PROVAR QUE NÃO É RESPONSÁVEL PELAS INFRAÇÕES, QUE LHE SÃO IMPUTADAS, DAS LEIS E REGULAMENTOS NA APLICAÇÃO DO DINHEIRO PÚBLICO. COINCIDÊNCIA, AO CONTRÁRIO DO QUE FOI ALEGADO, ENTRE A ACUSAÇÃO E A CONDENAÇÃO, NO TOCANTE À IRREGULARIDADE DA LICITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO** (grifos acrescidos).

33. Desse modo, não merecem ser acolhidos os argumentos concernentes à utilização de documentação fiscal inidônea.

Argumento

34. Outro argumento apresentado referente ao mérito diz respeito aos pagamentos efetuados em espécie.

35. O recorrente alega que, à época, as prefeituras não dispunham de mínima estrutura contábil e jurídica, razão pela qual os respectivos gestores buscavam orientações junto a escritórios técnicos a fim de embasar seus atos dentro da legalidade. Afirma que os escritórios de serviços contábeis e financeiros orientavam os gestores públicos no sentido de que os pagamentos aos fornecedores fossem realizados em espécie.

36. Argumenta, também, que a legislação então em vigor, Decreto 93.872/1986 e IN/STN 2/1993, não vedava o pagamento em espécie. Segundo o recorrente, o art. 44 do referido decreto facultava a realização de pagamentos em espécie.

Análise

37. De acordo com o princípio da legalidade que rege a Administração Pública, os gestores públicos devem respaldar seus atos em lei, em sua acepção ampla. Noutras palavras, no Direito Público, só se pode fazer o que a lei expressamente autorizar ou determinar.

38. Em face disso, ainda que a prefeitura não detivesse mínima estrutura contábil e jurídica, o recorrente não poderia seguir orientações procedidas de escritórios contábeis e financeiros, se contrárias às normas legais.

39. Quanto à legislação que regia o convênio à época, não obstante a IN/STN 2/1993 silenciar a respeito da necessidade de se realizar pagamentos por meio de cheque nominal ao fornecedor, o Decreto-lei 200/1967, em seu artigo 74, § 2º, preconiza que o pagamento de despesas deve ser feito mediante cheque nominativo ou ordem bancária, ou seja, por meio de documentos hábeis para identificar o credor e, assim, estabelecer a devida correlação entre os recursos sacados e as despesas declaradas.

40. Ao contrário do alegado pelo recorrente, o art. 44 do Decreto 93.872/1986, transcrito a seguir, não facultava a realização de pagamentos em espécie, *verbis*:

Art. 44 O pagamento de despesa será feito mediante saque contra o agente financeiro, para crédito em conta bancária do credor, no banco por ele indicado, podendo o agente financeiro fazer o pagamento em espécie, quando autorizado.

41. A respeito das formas de realização de pagamentos previstas no artigo supracitado, cabe transcrever entendimento esposado pelo relator *a quo*, com o qual corrobora essa unidade instrutiva, *verbis*:

18. Veja-se que o normativo prevê duas formas de realização de pagamento ao credor da Administração. A primeira consiste no depósito da quantia a pagar na conta bancária do destinatário. A segunda forma prevê a entrega do numerário a esse credor pelo banco com base em autorização. Note-se que, em consonância com o já citado art. 74 do Decreto-lei 200/67, essa autorização deve ser dada mediante a expedição de ordem bancária de pagamento em nome do credor (OBP). Como se percebe, em ambos os casos, o agente financeiro somente poderá efetuar o pagamento após a formal identificação do destinatário.

19. Tem-se, assim, que o segundo procedimento referido no art. 44 do Decreto n. 93.872/86 não se confunde com aquele adotado nestes autos, que consistiu no saque dos recursos pela prefeitura e na suposta utilização posterior, sem que fosse possível identificar e atestar a destinação dada às respectivas quantias. (destaques no original)

42. Assim, com a realização dos pagamentos em espécie, não foi possível estabelecer o nexo causal entre os recursos transferidos e as despesas apresentadas na prestação de contas, deixando o responsável, portanto, de comprovar o regular emprego dos recursos públicos federais.

43. Ante as razões expostas, propõe-se o não acolhimento dos argumentos referentes aos pagamentos realizados em espécie.

Argumento

44. Por fim, o recorrente alega que este Tribunal atribuiu a ele, quem não foi investigado pelo fisco estadual e tampouco emitiu documentos inidôneos, a responsabilidade principal pelos débitos, enquanto que às empresas foi atribuída apenas responsabilidade subsidiária. Afirma que a responsabilidade subsidiária implica o chamamento sucessivo dos responsáveis; primeiro o principal, depois o subsidiário.

45. Em face das alegações recursais dispostas nesta instrução, o recorrente requer, preliminarmente, o reconhecimento da prescrição, e, não sendo este o entendimento deste Tribunal, o provimento do presente recurso a fim de julgar regulares as contas.

Análise

46. É importante esclarecer que a responsabilidade atribuída ao recorrente é solidária com as empresas, e não subsidiária. A responsabilidade solidária não pressupõe o benefício de ordem, como na subsidiária. Assim, a União poderá exigir o cumprimento da decisão de todos os devedores, cabendo àquele que cumprir a obrigação o direito de regresso contra o devedor solidário.

47. Cabe enfatizar, mais uma vez, que a condenação do recorrente pelo débito não se deve à emissão de documentos fiscais inidôneos, mas, sim, ao fato de deixar de dar cumprimento à obrigação constitucional de comprovar o regular emprego dos recursos federais no objeto do convênio em questão, descumprindo, dessa forma, o disposto no art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal e no art. 93 do Decreto-lei 200/1967.

48. Ante as análises expendidas ao longo desta instrução, conclui-se que os argumentos apresentados não têm o condão de afastar o débito e a multa dele decorrente, razão pela qual se propõe o não provimento do presente recurso.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

49. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, para posterior encaminhamento ao Ministério Público junto ao TCU, propondo:

a) com fulcro nos arts. 32, I, e 33 da Lei 8.443/1992, conhecer do recurso de reconsideração interposto pelo Sr. Marconi Bimba Carvalho de Aquino, ex-prefeito do Município de Rosário/MA, contra o Acórdão 1.558/2011 – 2ª Câmara, para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se em seus exatos termos o acórdão recorrido;

b) dar ciência da deliberação que vier a ser proferida ao recorrente e aos demais interessados.

Secretaria de Recursos, 1ª Diretoria, 26 de outubro de 2011.

[assinado eletronicamente]
Maristela Cardoso Silva Antunes
Auditor Federal de Controle Externo
Matr. TCU / 5890-4