

GRUPO I - CLASSE I - 1ª CÂMARA

TC-033.400/2008-2

Natureza: Recurso de Reconsideração em Tomada de Contas Especial

Recorrente: Júlio César Santos Leal (ex-prefeito)

Unidade: Prefeitura Municipal de Ibirataia/BA

Sumário: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. AUSÊNCIA DE COMPROVANTES DA BOA E REGULAR APLICAÇÃO DOS RECURSOS DE CONVÊNIO. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. ARGUMENTAÇÃO INCAPAZ DE AFASTAR AS IRREGULARIDADES. NEGADO PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Este processo refere-se ao recurso de reconsideração interposto por Júlio César Santos Leal, ex-prefeito de Ibirataia/BA, contra o Acórdão nº 497/2011 – 1ª Câmara, que decidiu:

“9.1. com fulcro nos artigos 1º, inciso I, 12, inciso I, 16, inciso III, alínea ‘c’, caput, e 23, inciso III, da Lei nº 8.443/1992, julgar irregulares as contas do Sr. Julio Cesar Santos Leal, condenando-o ao pagamento da importância de R\$ 81.090,00 (oitenta e um mil e noventa reais), atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir de 11/07/2002 até a efetiva quitação do débito, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar da notificação, para comprovar, perante o Tribunal (artigo 214, inciso III, alínea ‘a’, do Regimento Interno), o recolhimento da dívida aos cofres da Fundação Nacional de Saúde, nos termos da legislação em vigor;

9.2. aplicar ao Sr. Júlio Cesar Santos Leal a multa prevista nos artigos 19, caput, e 57 da Lei nº 8.443/1992, no valor de R\$ 14.000,000 (quatorze mil reais), fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprove, perante o Tribunal (artigo 214, inciso III, alínea a, do Regimento Interno), o recolhimento da dívida aos cofres do 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;

(...)”

2. O mencionado acórdão foi proferido em processo de tomada de contas especial instaurada em decorrência da omissão no dever de prestar contas do Convênio nº 3.616/2001, celebrado com a Fundação Nacional de Saúde, cujo objeto era a execução do sistema de abastecimento de água naquele município.

3. Após examinar os argumentos do recorrente, o auditor federal da Serur elaborou a instrução que transcrevo no essencial (peça 10):

“(...)”

IV – DAS RAZÕES RECURSAIS

7. *O ex-prefeito do Município de Ibirataia, no Estado da Bahia, Júlio Cesar Santos Leal, assistido por advogado regularmente constituído, com fundamento no art. 33 da Lei nº 8.443/1992, em face do acórdão acima epigrafado, interpõe o presente recurso de reconsideração pugnando o seu integral provimento para anular o processo de TCE e bem assim que seja informado desse provimento o Ministério Público Federal caso o mesmo já tenha sido oficiado da decisão recorrida, com o que objetiva ‘não ser instaurado nenhum procedimento apuratório, bem como no sentido de evitar qualquer representação ou denúncia que venha originar uma outra demanda judicial sobre o mesmo objeto, que já se trata de coisa julgada’.*

8. *O recurso interposto está acompanhado de inúmeros documentos os quais são denominados pelo recorrente como anexo de 'cópia integral do processo que já transitou em julgado no Município de Ibirataia, Estado da Bahia'.*
9. *Aduz o recorrente seus argumentos que, apesar de sucintos, denotam expressivo sentido jurídico, conforme adiante podem ser sintetizados.*
10. *Por início, invoca o recorrente, a título de 'preliminar', a ocorrência de 'coisa julgada' e a incidência do princípio do **non bis in idem** ao argumento de que antes mesmo da instauração da presente TCE já em 09/02/2006 respondia o ex-prefeito perante a Justiça 'pelo mesmo fato e pelo mesmo objeto de que trata a Tomada de Contas Especial – TC 033.400/2008-2, tendo sido julgado em sentença de 1º Grau, em 25.07.2007'.*
11. *Acrescenta que o objeto da ação judicial é o mesmo do Convênio nº 3.616/2001, relacionado à execução do sistema de abastecimento de água em Ibirataia, firmado com a Funasa no valor de R\$ 81.090,00 e, por isso, não poderia o recorrente ser julgado novamente em razão da mesma causa de 'inobservância à prestação de contas', com o que estaria violado o princípio de Direito do **non bis in idem** ao julgarem-se irregulares as contas desse convênio mais de uma vez.*
12. *A referenciada ação judicial, acostada por cópia, acompanha o recurso de reconsideração além de outros documentos e peças judiciais.*
13. *Sob a epígrafe 'Do Mérito', o próprio recorrente reconhece que 'Não há, pois, mérito a discutir' acrescentando que se mérito houvesse a ser debatido nesta via recursal seria salientado que 'AS OBRAS DE CONSTRUÇÃO DO SISTEMA DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA DA CIDADE DE IBIRATAIA foram devidamente realizadas, construídas'.*
14. *Afirma que as obras realizadas se encontram em perfeito funcionamento e que o recorrente não teria usurpado qualquer centavo dos recursos recebidos pelo convênio porquanto foram devidamente empregados.*
15. *Que configuraria julgamento extremamente injusto a determinação para a devolução do montante repassado pelo convênio se em relação ao total transferido faltaram apenas três ou quatro por cento desses recursos que não foram aplicados na maioria das vezes em razão de falhas técnicas.*
16. *Considera o recorrente que julgamentos prolatados com esse jaez, ao lhe impor a restituição da integralidade dos valores recebidos, consideram o ex-gestor como se tivesse se locupletado dos recursos públicos.*
17. *Com esses sucintos argumentos requer o recorrente o conhecimento e provimento do recurso para 'anular o Processo de Tomada de Contas, bem como a Respeitável Decisão recorrida', oficiando-se, posteriormente, o Ministério Público Federal acerca do provimento requerido 'objetivando não ser instaurado nenhum procedimento apuratório, bem como no sentido de evitar qualquer Representação ou Denúncia que venha originar uma outra demanda judicial sobre o mesmo objeto, que já se trata de Coisa Julgada.'*

IV - DA ANÁLISE DAS RAZÕES RECURSAIS

18. *A Fundação Nacional de Saúde – Funasa instaurou processo de Tomada de Contas Especial contra o ex-prefeito do Município de Ibirataia, no Estado da Bahia em razão da não comprovação da aplicação dos recursos financeiros federais transferidos àquele município por meio do Convênio nº 3.616/2001 e destinados à construção de um Sistema de Abastecimento de Água naquela municipalidade.*
19. *O referido convênio foi firmado em 31/12/2001 e a transferência dos valores, no montante de R\$ 81.090,00, ocorreu em 05/07/2002, conforme a ordem bancária de fl. 44, dos autos principais.*
20. *Concluída no âmbito da entidade concedente a referida TCE, inscrito o ex-prefeito no Rol dos Responsáveis encaminhou-se, em seguida, o processo a esta Corte de Contas, onde, após devidamente processada, colhidas as alegações de defesa, foi o processo julgado imputando-se ao responsável a restituição integral dos valores repassados, acrescidos de juros e correção monetária, o pagamento de multa e as respectivas contas julgadas irregulares.*

21. *Inconformado com essa condenação interpõe o ex-prefeito o presente recurso de reconsideração visando a reforma da decisão alegando, para tanto, a ocorrência de coisa julgada e a aplicação do princípio jurídico do **non bis in idem** pelo fato de o mesmo ter sido igualmente processado e condenado à restituição dos mesmos valores objeto da presente TCE também perante a Justiça Cível do Estado da Bahia e, ainda, que em razão de ter havido a aplicação dos recursos e bem assim a execução da obra prevista no convênio e que o inexpressivo percentual de aproximadamente três ou quatro por cento de inexecução do plano de trabalho previsto não autorizaria a condenação à restituição integral dos valores recebidos, sob pena de caracterizar locupletamento por parte da entidade concedente, fato que também demonstraria não ter o responsável se apropriado dos recursos.*
22. *À análise dos presentes autos estabeleceu-se o prazo de quatro dias.*
23. *Inicialmente impõe-se considerar a preliminar suscitada pelo recorrente de que há violação ao princípio jurídico do **non bis in idem** em razão da sua condenação no Juízo Cível em Ação de Ressarcimento de Recursos ao Erário proposta contra o mesmo pelo Município de Ibirataia/BA.*
24. *Quanto a esse aspecto é de se considerar, de plano, que a Constituição Federal, no inciso VIII do art. 71, estabeleceu dentre as competências deste Tribunal de Contas a de aplicar aos responsáveis as sanções previstas em lei em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas. E segundo a Lei Orgânica do TCU, conforme os seus arts. 19, 57 e 58, dentre outras sanções ao responsável poderão ser cominados os pagamentos do débito e de multa.*
25. *Sob o aspecto dessa competência do TCU, portanto, de condenar o responsável ao pagamento de débito e multa, não haveria qualquer dúvida já que decorreria do exercício das atribuições de controle e fiscalização na aplicação dos recursos públicos federais.*
26. *E, assim, no particular de fiscalizar a aplicação de recursos transferidos pela União Federal e seus órgãos e entidades a competência do Tribunal de Contas da União está igual e textualmente prevista tanto constitucionalmente quanto legalmente, no primeiro caso, segundo o disposto no inciso VI do mesmo art. 71 e segundo o disciplinado no inciso IV do art. 41 da sua Lei Orgânica.*
27. *Tratando-se, afinal, o presente feito de procedimento de Tomada de Contas Especial em razão da não comprovação por parte do seu responsável da aplicação de recursos federais transferidos pela Fundação Nacional de Saúde – Funasa ao Município de Ibirataia/BA, legitimada restou a atuação do Tribunal para o seu processamento, julgamento e deliberação expressa pelo Acórdão nº 497/2011-TCU-1ª Câmara em que ficou assentada a condenação do ora recorrente.*
28. *Tanto que, em verdade, não questiona propriamente o recorrente a legitimidade dessa atuação, mas, em preliminar, suscita, tão somente, a eventual repetição da condenação ali prolatada em razão de anterior condenação judicial quanto ao valor apontado como originado do débito.*
29. *É certo, não cuidou a Lei Orgânica do TCU em disciplinar a eventual ocorrência daquilo que processualmente pode ser considerado como litispendência na apuração de responsabilidade de gestores públicos quando simultaneamente ao processo de fiscalização e controle aqui processado houver igualmente outro processamento em qualquer outra instância, em prejuízo ou não das respectivas competências de cada órgão processante.*
30. *Ao contrário, a respeito, o que se tem é a Lei nº 8.112/1990, que textualmente no seu art. 125 estabelece que ‘As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.’, o que implica em reconhecer que não só são cumuláveis as sanções no âmbito administrativo, cível e penal como, conseqüentemente, não haveria, aí, ocorrência de alegada litispendência a prejudicar a atuação própria de cada instância, senão no âmbito administrativo quando incidente a exceção do art. 126 da mesma Lei nº 8.112/1990 em que na instância criminal ficar comprovada a inexistência do fato ou da autoria.*
31. *Mas, todavia, esses são ainda aspectos relacionados à competência para a instauração das respectivas instâncias.*
32. *Pode ocorrer, entretanto, que, ainda que legitimada a competência para a instauração de determinada instância, não o seu exercício simultâneo, **mas o resultado da sua instauração**,*

particularmente se de caráter sancionatório, pode implicar uma repetição de sanções a qual poderia ser desfeito em razão da incidência do princípio do **non bis in idem**, porém, é relevante destacar, isso seria inadmissível não pela mera deliberação, mas se **in concreto** configurasse repetida ou reiterada **exigência do cumprimento das sanções repetidas**.

33. É que, em decorrência da legitimidade da instauração simultânea de instâncias, se supervenientes as correspondentes condenações pelo mesmo fato a satisfação de uma não permite a subsistência da outra e idêntica sanção.

34. Não há, assim, impedimento para instauração simultânea de instâncias nem que se delibere e sancione nos limites dessa mesma competência, mas torna-se desfeito, pela aplicação do princípio jurídico do **non bis in idem**, que, por um mesmo fato, **cominada e satisfeita** a sanção aquela outra também permaneça exigível e subsistente o que poderia configurar uma indevida perpetuação da pena e da sanção.

35. O que o recorrente agita no presente recurso, à guisa da não incidência do princípio do **non bis in idem**, todavia não ocorre. O que os autos revelam, especialmente nesta instância recursal com a colação de cópias da Ação Judicial em que o mesmo fora condenado ao ressarcimento dos valores repassados pelo Convênio nº 3.616/2001 originário da Funasa é meramente a instauração simultânea das instâncias administrativa e cível quanto à condenação do débito dos valores ali repassados, mas cujo cumprimento não foi comprovado. **Tout court!**

36. Porém, se além da instauração das duas instâncias em razão do mesmo fato e, bem assim, se em ambas foram estabelecidas sanções de idêntico teor e natureza – **v.g.** o pagamento do débito e mais apropriadamente a restituição dos valores recebidos -, havendo a satisfação da condenação em qualquer das instâncias conseqüentemente não mais poderia subsistir a mesma sanção ainda que proferida em outra instância.

37. Então a violação do princípio do **non bis in idem** ocorreria não porque estabelecida a sanção de mesma natureza e extensão em instâncias distintas, mas, sim, quando satisfeita uma sanção e pelo mesmo fato quisesse impor e exigir o cumprimento da mesma sanção imposta, porém em outra instância.

38. Assim e mais especificamente somente após o recorrente ter satisfeito a sanção da restituição dos valores recebidos em nome do município e não comprovada sua aplicação, seja no âmbito administrativo seja perante a instância judicial cível é que poderia opor-se mediante a invocação da não violação do indigitado princípio jurídico. Enquanto dessa forma não proceder, a mera instauração simultânea de instâncias não lhe dá legitimidade para a referida alegação.

39. Não há, é verdade, expressa disciplina no âmbito deste Tribunal que se lhe imponha o afastamento do débito do responsável por aplicação do princípio do **non bis in idem** quando o mesmo já tenha sido recolhido, por exemplo, em cumprimento da instauração da instância cível judicial.

40. Mesmo no contexto da Instrução Normativa-TCU nº 56/2007 se instauradas ambas as instâncias segundo estabelece o art. 9º do mencionado normativo haveria apenas uma comunicação, segundo a referida disposição: 'Ao julgar tomada de contas especial cuja matéria se encontre sob apreciação do Poder Judiciário, o Tribunal pode comunicar a decisão à autoridade judicial competente.'

41. Assim, apesar de ausente específica previsão regulamentar quanto a evitar a indevida ocorrência do **non bis in idem** os próprios princípios gerais do direito e do direito processual determinam o seu acatamento além de que poderia essa hipotética situação estar incluída na previsão do inciso IV do § 1º do art. 5º da mencionada Instrução Normativa do TCU quando, por força da efetivação da restituição dos valores ainda em cumprimento do determinado em instância judicial estaria configurada 'a descaracterização do débito' e, assim, poderia ser arquivada a tomada de contas especial instaurada, mesmo que o referido dispositivo regulamentar se destina ao órgão ou entidade legitimado para a instauração da mesma TCE. Mas também na hipótese de a mesma já estar sendo aqui processada poderia ser dada quitação ao responsável nos termos previstos no inciso V do

art. 6º da mencionada Instrução Normativa ao considerar que o cumprimento em outra instância equivaleria ao 'recolhimento do débito'.

42. Apesar de tudo isso, resolvida que seja a situação do responsável pela efetiva restituição dos valores, a ausência de disciplina própria no âmbito deste Tribunal quando da instauração de todo procedimento de tomada de contas especial ao envolver recursos financeiros repassados por meio de convênio favoreceria inúmeros questionamentos a ser, a propósito, abordados.

43. Assim é que, enquanto no âmbito da instância judicial cível em face do responsável que não comprovou a aplicação dos recursos públicos federais recebidos por meio de convênios a legitimidade para tal é do município e, assim, se satisfeita ali eventualmente a específica vindicação o beneficiário será o conveniente. O mesmo, todavia, não ocorre no âmbito administrativo em que o destinatário do crédito a ser satisfeito é o órgão ou entidade concedente e não o órgão conveniente, tal como decidido no acórdão ora recorrido.

44. Está aí, enfim, mais uma questão dentre tantas que emergem do procedimento de instauração de TCE em razão da não comprovação de aplicação de recursos repassados por meio de convênio em que se faz necessário estabelecer a distinção entre responsabilidade jurídica e civil do conveniente e a responsabilidade administrativa e funcional do responsável pela aplicação dos recursos repassados, como, em verdade, apesar do pouco apego, tem intentado trilhar a disciplina estabelecida pela Instrução Normativa-TCU nº 57/2004 que 'Regulamenta a hipótese de responsabilização direta dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos casos de transferência de recursos públicos federais'.

45. Não satisfazendo, afinal, o recorrente, em qualquer instância a restituição dos valores a que fora condenado tanto por este Tribunal quanto pela Justiça baiana não lhe socorre a alegação da violação do princípio jurídico do **non bis in idem**, pois se não cumprida a sanção em qualquer momento não pode alegar sua inexigibilidade a título de repetição indevida.

46. Quanto ao alegado aspecto do **mérito** diz o recorrente que este sequer remanesceria à discussão em razão de 'AS OBRAS DE CONSTRUÇÃO DO SISTEMA DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA DA CIDADE DE IBIRATAIA, foram devidamente realizadas, construídas, pois lá se encontram em perfeito funcionamento desde a época'.

47. Além disso aponta que não usurpara qualquer centavo dos recursos recebidos pelo convênio porquanto foram os mesmos devidamente empregados e que o julgamento em contrário, com a determinação de sua condenação à restituição desses valores – além da imputação de multa – constituiria algo extremamente injusto.

48. E essa injustiça ocorreria igualmente quando, efetuada a aplicação dos recursos, mas se três ou quatro por cento do montante recebido teriam deixado de ser aplicados 'por falhas técnicas' os julgamentos que decidem pela devolução integral dos valores consideram o gestor como tendo agido com locupletamento dos referidos recursos.

49. A transferência dos recursos financeiros por meio do Convênio nº 3616/2001, assinado em 02/02/2006, ao município baiano de Ibirataia, no valor de R\$ 81.090,00 destinava-se à construção do Sistema de Abastecimento de Água dessa municipalidade e fora efetivada em 11/07/2002, por meio de Ordem Bancária datada de 05/07/2002. Para a execução dos trabalhos comprometera-se o município, a título de contrapartida, com o valor de R\$ 9.010,00 e com prazo para prestação de contas estabelecido para 31/12/2003 após inúmeras prorrogações, motivadas tanto em razão do atraso no repasse dos valores bem como pela ocorrência de chuvas torrenciais que teriam impedido a realização dos trabalhos.

50. Instaurada a Tomada de Contas Especial pelo órgão concedente, inscrito o nome do responsável no CADIN/SIAFI e processada e julgada por este Tribunal foi o ora recorrente condenado à restituição integral dos valores então repassados além do pagamento de multa ao deliberar-se pela irregularidade das referidas contas.

51. Quanto à imputação do débito integral dos valores repassados, segundo o acórdão ora recorrido, essa condenação deveria ocorrer 'mesmo que houvesse documentos idôneos no processo

corroborando que a execução parcial do objeto apontada pela Funasa (cerca de 88%) fora, de fato efetuada com recursos do Convênio nº 3616/2001 – o que se faz apenas a título de argumentação -, ainda assim, caberia a imputação do débito no valor total ao ex-chefe do Executivo Municipal’.

52. *Adotava-se, para tanto, no acórdão recorrido, o fundamento de que ‘ficou demonstrado nos autos que a população não foi beneficiada com a execução parcial do objeto, ou seja, as obras realizadas não foram suficientes para atingir o objetivo almejado pela União ao entabular o ajuste com o Município de Ibirataia/BA’.*

53. *Quanto aos fundamentos para a imputação da multa pecuniária considerou o acórdão recorrido que concordava com os encaminhamentos uniformes exarados nos autos pela instrução técnica e bem assim pelo Ministério Público junto a este Tribunal e ‘à míngua de documentação que comprove, de forma legal, a boa e regular aplicação da verba federal conveniada’ imputava-lhe o débito e julgava as contas irregulares e, finalmente, aplicava-lhe a multa ‘diante da gravidade dos fatos’, com fundamento no art. 57 da Lei nº 8.443/1992.*

54. *Não se conformou o recorrente com essa condenação e, para tanto, interpôs o presente recurso de reconsideração visando a reforma do acórdão condenatório, o que o faz de forma sucinta, mas no exercício do direito constitucional e legal da garantia do contraditório e da ampla defesa com o emprego dos meios e recursos necessários como a garantia da revisão das decisões por meio de instância recursal e, assim, com o aduzimento das alegações de ausência de locupletamento de sua parte em razão da aplicação integral dos recursos federais repassados.*

55. *Inicialmente merecem atenção questões fático-processuais que estão lançadas tanto nas manifestações processuais quanto na própria instauração da TCE pelo órgão de origem, bem como as instruções técnicas culminando com os próprios termos e considerações expendidas pelo acórdão recorrido, dentre outros termos processuais, além das próprias peças processuais, tendo constituído ou não fundamentos para a deliberação afinal proferida.*

56. *Assim, de plano, para evitar dificuldades de entendimento da matéria apurada tal como fomos induzidos há de se fazer as necessárias ressalvas à referência aposta pela instrução técnica no seu item 2.7, da Instrução de fls. 221/225 e reproduzida pelo relatório apresentado pelo acórdão quanto à eventual execução das atividades de 20% do ‘Programa de Educação em Saúde e Mobilização Social’, nos termos segundo o ali descrito:*

‘2.7. Consta ainda à fl. 86, manifestação da Funasa, datada de 18/05/2005, atestando que apenas 20% (vinte por cento) das ações/atividades atinentes ao Programa de Educação em Saúde e Mobilização Social foram executadas, e que os recursos destinados ao programa não aplicados.’

57. *É certo, há nos autos essa informação colacionada pelo órgão concedente, à fl. 86, em que o item interrogativo sobre qual o percentual das atividades/ações executadas em relação aos cem por cento esperados estava consignado que o percentual final atingido foi de apenas vinte por cento.*

58. *Ocorre, porém, que tudo sugere que essa informação está fora de contexto com a matéria apurada nos autos, primeiro porque aquela informação está relacionada com o ‘PESMS – Programa de Educação em Saúde e Mobilização Social’ enquanto a presente TCE cuida de recursos relacionados ao ‘Projeto Alvorada’, segundo o Preâmbulo do próprio convênio (fl. 31).*

59. *Mas, especialmente, que essa informação de execução de apenas vinte por cento não só contraria como conflita com o relatado nos autos também pelo próprio concedente, às fls. 82/84, com minúcias de detalhes, em ‘Relatório de Visita Técnica Final’ no qual está consignado que dos três itens dos serviços a serem efetuados em um a execução foi de cem por cento 100%, em outro de noventa por cento (90%) e no último de oitenta e oito por cento (88%).*

60. *Assim, a menos que o relatado à fl. 86 queira ter dito que o percentual de não execução aproximar-se-ia de 20%, o que, ainda assim, em razão da descrição acima essa média de inexecução seria ainda menor, ou, então, a referida informação não estaria relacionada com a matéria objeto da apuração na presente TCE e, então, sequer deveria estar referenciada, diante do manifesto impacto negativo quanto à extensão do descumprimento do objeto conveniado.*

61. *Questão fático-processual não menos relevante que não nos passou despercebida é aquela mencionada pela mesma instrução técnica no seu subitem 2.15, parte final, em que consigna que 'não consta nos autos manifestação do concedente quanto à documentação que lhe foi apresentada intempestivamente pelo responsável'.*

62. *A referida manifestação, como se viu, originou-se do exame realizado acerca da pretendida comprovação pelo ora recorrente da aplicação dos recursos objeto do convênio perante este Tribunal de Contas quando da apresentação de suas alegações de defesa quando citado para tanto no presente feito.*

63. *Então, tem-se que, em trâmite por este Tribunal procedimento de Tomada de Contas Especial em que o responsável é citado para responder as imputações, demonstrando este, afinal, que a comprovação reclamada fora efetuada perante o órgão concedente, conforme o documento de fl. 172 e os subsequentes, que os acompanha, procede-se à análise formal e substancial da documentação colacionada, entretanto, sem submetê-la a quem verdadeiramente seria destinatária e, menos ainda, para sequer saber o andamento, o destino e o juízo que lhes fora emprestado pela mesma entidade concedente.*

64. *Não se tratam, aí, da ocorrência de questões processuais próprias de instâncias e sua supressão, mas, antes, do destino que fora dado à documentação agora apresentada e, especialmente, do juízo de mérito que deveria lhe ser emprestado e, por último, da própria consideração expendida quanto à pretendida comprovação da aplicação dos recursos, já que formalmente os documentos lhe foram encaminhados.*

65. *Há nos autos, assim, com a apresentação dos referidos documentos, importante vazio processual quanto à ausência de manifestação da entidade concedente quanto ao cumprimento da comprovação da aplicação dos recursos transferidos por meio de convênio e com relação à referida documentação.*

66. *Mas não só isso pois mais relevante é que os próprios autos evidenciaram que as iniciativas para exigir a comprovação dos recursos deram-se apenas em 19/07/2005, com o ofício de fls. 90/91, dirigido ao novo prefeito do Município de Ibirataia/BA, portanto, um ano e meio após expirada a vigência do convênio e, por fim, que após essa iniciativa a entidade concedente, verdadeiramente de forma incomum, narra à fl. 118 que por meio de atuação pessoal e direta de seu representante dirigira-se em 18/05/2005 – **rectius**, o ano deve ser o de 2006, em razão da cronologia dos fatos -, no endereço do responsável para entregar-lhe as notificações o qual teria se negado a recebê-las, conforme ali certificado, fato que exigiu que as referidas notificações fossem implementadas de forma editalícia.*

67. *Em razão da implementação da notificação ficta e das delongas na instauração da TCE pelo órgão concedente para fins de responder a esse procedimento o responsável apenas fora notificado em 28/04/2006, segundo o ofício de fl. 106 para efetivamente responder pela mencionada TCE.*

68. *Assim é que, mesmo transcorridos mais de dois anos da vigência do convênio é que o órgão concedente notifica o responsável da efetiva instauração da TCE, oportunizando-lhe, nesse momento, a faculdade de apresentar defesa.*

69. *Então, assim discorridos os fatos desde a expiração da vigência do convênio até a apresentação do Relatório de Auditoria em 18/11/2008, o subsequente Certificado de Auditoria e, por fim, o Pronunciamento Ministerial (fls. 151/156), quando da elaboração da formalização final da TCE por essas citadas manifestações processuais, nesse ínterim, o responsável já havia apresentado a comprovação da aplicação dos recursos objeto daquela TCE e, entretanto, sobre essa comprovação não houve qualquer manifestação a respeito, não só pelo órgão concedente como, especialmente, pela autoridade que, finalmente, certificara a referida apuração.*

70. *Então, concluiu-se a TCE, mas ocorreu que antes do seu encaminhamento a este Tribunal já estavam presentes ali a documentação então reclamada não tendo havido, porém, sobre a mesma qualquer juízo quanto à sua satisfatoriedade, ainda que com a pecha de ofertada a destempo, daí*

porque destacamos isso como especial situação fático-processual, inclusive por ter sido o mesmo destacado pela própria instrução técnica deste Tribunal, conforme acima mencionado.

71. Entendemos que a relevância fático-processual da ocorrência ora registrada – a comprovação, ainda que a destempo, da aplicação dos recursos recebidos por meio de convênio -, de não ter havido a necessária e oportuna avaliação e análise por parte da entidade concedente porque está em que, afinal, a instauração da TCE deu-se exclusivamente em razão da ausência da referida comprovação da aplicação dos recursos, ou seja, diante da formal ausência dessa comprovação, tanto que independentemente de qualquer consideração ou fiscalização acerca da eventual aplicação dos recursos razão pela qual tomou relevância que, a partir da comprovação da aplicação dos recursos, não houve por parte da entidade concedente sua necessária avaliação, afinal, dispõe o art. 59 da Portaria Interministerial nº 127, de 29/05/2008, que ‘Estabelece normas para execução do disposto no Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências’ que ‘Incumbe ao órgão ou entidade concedente ou contratante decidir sobre a regularidade da aplicação dos recursos transferidos e, se extinto, ao seu sucessor.’

72. Fundando-se, então, a instauração da TCE exclusivamente na ausência formal da comprovação da aplicação dos recursos não se aventou ou questionou-se não só a eventual aplicação efetiva ou não dos mesmos recursos como, por outro lado, também não se perquiriu ou sequer se especulou ou sugeriu que tenha havido desvio de recursos, apropriação, malversação, dano, desfalque ou favorecimento pessoal ou a terceiros na utilização, no emprego e na movimentação daqueles recursos repassados pelo convênio.

73. Idêntica situação também pode ser constatada quando da atuação desta própria Corte de Contas, qual seja, que a TCE fora instaurada exclusivamente em razão da ausência da comprovação da aplicação dos recursos e que não se imputara qualquer alcance, apropriação, desvio, dano, desfalque, favorecimento ou malversação dos recursos recebidos como, por exemplo, ao reconhecer a instrução técnica final (fls. 221/225) não só que a TCE fora instaurada ‘em decorrência da omissão no dever de prestar contas dos recursos repassados à Prefeitura Municipal de Ibirataia/BA’ e, em seguida, ao abordar a documentação colacionada pelo responsável com o fim de comprovar a aplicação dos recursos considerou ‘a existência de inúmeras lacunas e impropriedades que não permitem aferir a boa e regular aplicação dos recursos em tela’.

74. A mesma instrução técnica, invocando a jurisprudência deste Tribunal que mesmo tendo havido o intempestivo envio da prestação de contas a irregularidade referente à omissão do dever de prestar contas não estaria sanada, ao que ‘sujeita o agente à multa referida no art. 58, inciso I, da Lei nº 8.443/1992’.

75. Assevera a análise do Tribunal que se instaurada a TCE a posterior remessa de documentos exigidos para o fim de comprovar a aplicação dos recursos ‘torna-se insuficiente’ a qual deve, ainda, estar ‘acompanhada de todos os ‘elementos necessários e suficientes que levem ao convencimento da boa e regular aplicação dos recursos’, acrescentando que a regularidade da aplicação dos recursos dar-se-á ‘por meio de documentação idônea, que demonstre, de forma efetiva, os gastos efetuados e o nexo de causalidade entre as despesas realizadas e os recursos federais recebidos’.

76. Em razão dessas prescrições, legais, regulamentares ou jurisprudenciais entendeu-se ‘que os elementos apresentados pelo responsável estão eivados de lacunas e impropriedades que não permitem aferir a regularidade da aplicação dos recursos’ com o que sujeita o responsável ‘ao julgamento pela irregularidade das contas, com aplicação de multa e condenação à devolução do montante repassado’.

77. Põe-se em relevo, ainda, por trilhar o mesmo entendimento acima resumido quanto ao caráter meramente formal que inquinou a TCE também a manifestação de fls. 226/7, após ressaltar que a ‘análise dos elementos anexados à defesa revela a existência de inúmeras lacunas e impropriedades que não permitem aferir a boa e regular aplicação dos recursos’, acrescenta que além dessas ‘irregularidades/impropriedades relatadas acima’ também os ‘extratos foram apresentados de forma

incompleta... e não ficou comprovado o nexo e causalidade entre as despesas realizadas e os recursos do convênio...’.

78. *Prosseguindo-se então, com os destaques à ênfase que se emprestou nos presentes autos e, em particular, no seu trâmite processual perante este Tribunal, às questões de caráter formal, procedimental e unicamente à ausência formal da comprovação da aplicação dos recursos recebidos por meio de convênio e, por isso mesmo, sem adentrar efetivamente o mérito do cumprimento ou não do objeto do convênio, ou que se tenha ocorrido desvios, desfalques, apropriações ou malversações de recursos públicos, também após a instrução técnica manifestou-se o Ministério Público com atuação perante este Tribunal para considerar que os autos revelam ‘as diversas inconsistências apontadas nos documentos anexados’ pelo responsável, que os extratos bancários estão incompletos e que não se efetivou ‘a comprovação do indispensável nexo de causalidade entre as despesas realizadas e a verba federal recebida por intermédio do referido convênio’, tendo, por isso, manifestado concordância com as intervenções anteriores.*

79. *Por fim o próprio acórdão condenatório e ora recorrido, após acolher as manifestações processuais exaradas no âmbito deste Tribunal, quanto à essência das irregularidades apuradas, assere que ‘De fato, as diversas falhas apontadas pela unidade técnica na mencionada prestação de conas fragilizam a documentação enviada pelo ex-alcaide’ e, para tanto, resume as ocorrências tidas como indevidas, todas, porém, exclusivamente de caráter formal ou de não atendimento de requisitos ou condições ordinariamente exigíveis.*

80. *Feita de forma breve essa resenha o mesmo acórdão reafirma que ‘Diante destas irregularidades, e à míngua de documentação que comprove, de forma cabal a boa e regular aplicação da verba federal conveniada’ concordaria com as comentadas manifestações e que a condenação à restituição integral do débito se justificaria, pois o responsável ‘não carregou aos autos documentos tais como a cópia dos cheques emitidos a partir da conta utilizada no ajuste em análise, de modo a comprovar o nexo de causalidade entre a verba federal e as despesas efetuadas’.*

81. *Emerge do presente debate processual duas questões que se antagonizam e das quais, após as necessárias reflexões, nortearão aquela que constituirá o entendimento a ser proposto, quais sejam: a não comprovação com a necessária e adequada documentação da aplicação dos recursos e, por outro lado, a despeito do descumprimento dessa formalidade a demonstração da efetiva aplicação dos recursos segundo a finalidade conveniada.*

82. *De toda a resenha acima delineada, cujos fundamentos respaldaram o acórdão ora recorrido, podem ser os mesmos sintetizados com os seus próprios termos por último transcritos segundo os quais ‘à míngua de documentação’ e não comprovado cabalmente ‘a boa e regular aplicação da verba federal conveniada’ impunha-se a condenação.*

83. *Por outro lado, nada mais indene de questionamento a afirmação, a constatação, o relatório de inspeção **in loco** da entidade concedente dos recursos conveniados de que os mesmos foram aplicados no correspondente a oitenta e oito por cento (88%) da finalidade prevista, conforme o relatório de fls. 82/4, e, sendo três os itens em que se desdobravam a execução do objeto em um desses itens cem por cento do mesmo foram executados e 90% e 88% dos restantes haviam sido efetivados.*

84. *Ora, esse relatório só por si já demonstra que, em verdade, quanto aos itens que constituiriam a execução do objeto conveniado, em média, mais de 90% do previsto foram atingidos e que em se tratando de obra destinada a construir um sistema de abastecimento de água resultou que cem por cento das ligações domiciliares foram realizados; que do total da rede de distribuição de 1288m 1148m foram conectados e, por fim, quanto à denominada Estação Compacta, 90% do seu total foram realizados.*

85. *Então, assim relatado, reconheceu-se que ‘88% do objeto pactuado foi atingido’ - o que entendemos que em média foram mais de 90% - e que, só pelo singelo fato de terem faltado 150m da rede, claro, só por isso, já se poderia dizer que toda a efetiva execução o objeto ‘não implica em benefício para a população’ pois, repita-se, só pela ausência de um só metro de canalização e assim a finalidade não teria sido atingida.*

86. Respondendo à questão se a residual inexecução do objeto teria acarretado a não conclusão do convênio o mesmo relatório considerou que o 'não cumprimento total do objeto acarretou prejuízo ao Tesouro Nacional, visto que alguns serviços que haviam sido orçados não foram executados e alguns materiais descritos não foram utilizados'.
87. O mesmo relatório, todavia, considerou, ainda, que 'houve cumprimento parcial do objeto do convênio' em 88%; que 'os serviços que foram executados estavam dentro da especificação', mas também concluiu que mesmo em razão da parte executada da obra esta 'não gera benefício para a população' porquanto não está a mesma 'apta ao funcionamento' e, só por isso, caracterizam-se como 'irregularidades relevantes'.
88. Reconheceu, ainda, o mesmo relatório final que, quanto à 'instalação da ETA compacta', a mesma 'não estava concluída, não estando em condição ainda de operação'.
89. Com esses elementos a conclusão que se adotou é que, apesar de 88% do objeto do convênio terem sido realizados, mas que estando 'SEM FUNCIONALIDADE (0,00%)' deliberou-se pela instauração da TCE.
90. Os mesmos entendimentos adotados pelo órgão concedente, afinal, foram integralmente empregados no acórdão recorrido, segundo o qual, nos termos acima mencionados, 'ainda que houvesse documentos idôneos no processo corroborando a execução parcial do objeto apontada pela Funasa (cerca de 88%)', ainda assim caberia a imputação do débito no valor integral do repasse, pois, afinal, a 'população não foi beneficiada com a execução parcial do objeto, ou seja, as obras realizadas não foram suficientes para atingir o objetivo almejado pela União ao entabular o ajuste com o Município de Ibirataia/BA'.
91. Tratando-se de construção de sistema de abastecimento de água mediante canalização além das necessárias ligações domiciliares – em que estas, recorde-se, estavam cem por cento concluídas -, se se faltasse um único metro da canalização obviamente que isso impediria todo abastecimento, 'a população não estaria beneficiada' e, por isso, todas as obras eventualmente realizadas não teriam sido suficientes para se afirmar que a população fora beneficiada diante da execução parcial, mais ainda quando 150m da mesma canalização estavam faltantes.
92. Não se pode, todavia, por absoluta ausência de previsão legal e, mesmo, em razão do atendimento ao interesse público, em razão da efetividade, por força de aplicação de princípios jurídicos e ético-jurídicos, por inegável atuação do princípio da proporcionalidade para desprezar, ignorar, desconsiderar e, por último, pelo material e concreto beneficiamento da população e do município conveniente quanto aos 90% então considerados da efetiva aplicação dos recursos recebidos possam transmudar-se para um nada, para uma etérea concretização.
93. Os noventa por cento das obras realizadas foram efetivamente incorporados ao patrimônio público municipal, tiveram sua execução comprovada, resultaram da aplicação dos recursos segundo relatório de fiscalização e, mesmo assim, sofreram um total desvalor.
94. Os recursos aplicados e a obra realizada não se perderam, não se deterioraram, não se depreciaram, não inviabilizaram a conclusão faltante, não exigiram novos e necessários aportes a configurar uma perda, um prejuízo, um desfazimento daquilo que fora realizado.
95. Os noventa por cento da obra realizada não se desviaram do objeto conveniado, não impedem – **e não impediram, como adiante se verá** -, que, com a mera e residual suplementação e continuidade dos trabalhos sua finalidade esteja cem por cento atingida, não foram considerados como perdas, desvios, desfalques ou que tenham sido apropriados, malversados ou deles se beneficiaram o responsável ou terceiros.
96. É certo, na aplicação de recursos públicos federais o atingimento da finalidade é o precípua e supremo interesse que se espera na descentralização desses recursos financeiros, mas, também é certo, que **no presente caso a finalidade não fora atingida não por inviabilidade, perdas e perecimento, desvirtuamento ou alcance dos recursos, mas por pura inexecução física e material de aproximadamente 10% de todo o objeto do convênio**.

97. *É nesse mesmo sentido que expressamente reconhece este Tribunal segundo seu próprio Regimento, conforme o § 2º do seu art. 254, que no exame da aplicação dos recursos federais transferidos por meio de convênios ‘deverão ser verificados, entre outros aspectos, o atingimento dos objetivos acordados, a correção da aplicação dos recursos, a observância às normas legais e regulamentares pertinentes e às cláusulas pactuais.’*

98. *Assim, nada mais relevante no exame da aplicação de recursos financeiros federais transferidos por meio de convênio, essencialmente, que a sua finalidade tenha sido atingida.*

99. *Não menos certo que o atendimento às regras comuns da aplicação dos recursos públicos sejam observados, que as ‘cláusulas pactuais’ sejam atendidas, mas, antes de tudo, em essência, a finalidade é que é o verdadeiro atendimento do interesse público quando aplicados recursos recebidos por meio de convênio.*

100. *E esse é efetivamente o propósito que está legislado para as transferências voluntárias de recursos públicos federais em que, depois de atendidos os pré-requisitos para a sua realização **a única vedação legalmente prevista é a utilização desses recursos ‘em finalidade diversa da pactuada’**, segundo o previsto no § 2º do art. 25 da Lei Complementar nº 101/2000 que ‘Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências’.*

101. *Não é outra a previsão legal da vigente Lei de Diretrizes Orçamentárias – Lei nº 12.309/2010, particularmente em seu art. 112, de que a fiscalização do poder público sobre a aplicação dos recursos públicos federais transferidos voluntariamente destinar-se-á a ‘verificar o cumprimento de metas e objetivos para os quais receberam os recursos’.*

102. *Para fins de se caracterizar a irregularidade não há, afinal, equivalência e correspondência ontológica entre a efetiva não aplicação dos recursos e sua efetiva aplicação, porém sem a devida observância de forma e de comprovação.*

103. *Isso decorre não só da natureza político-administrativa das transferências voluntárias de recursos federais que é uma descentralização administrativa, uma política pública de busca do desenvolvimento regionalizado, uma verdadeira gratuidade porquanto sem contraprestação, mas resulta, também, da própria natureza do procedimento administrativo em que materialidade, a verdade jurídico-administrativa suplantam a forma, a formalidade, a liturgia burocrática.*

104. *Não se ignora nem se advoga que o descumprimento de preceitos legais quanto a formalidades na prática de atos públicos estejam imunes de responsabilização, mas, sim, que essa se dê proporcionalmente ao seu valor ético-jurídico que se pretende preservar.*

105. *É nesse contexto que se reconhece que falta plausibilidade para ignorar-se que na execução de um projeto de abastecimento de água em que 90% do seu total foram realizados, foram executados e, entretanto, que essa execução não expressa qualquer legitimidade, qualquer valor jurídico-administrativo.*

106. *Aquela mesma Lei de Diretrizes Orçamentárias acima citada considera que na fiscalização de aplicação de recursos orçamentários federais em obras e serviços, para fins de serem consideradas graves as irregularidades capazes de impedir a execução orçamentária e financeira com as respectivas dotações serão observados ‘os atos e fatos materialmente relevantes em relação ao valor total que tenham potencialidade de ocasionar prejuízos ao erário ou a terceiros’, segundo consta do inciso IV do § 1º do seu art. 94 e, por último, que mesmo em face dessas irregularidades **o Congresso Nacional levará em conta para eventual bloqueio ou desbloqueio de aplicação de recursos qual ‘o custo total e o estágio de execução física e financeira dos contratos, convênios, obras ou parcelas envolvidas’**.*

107. *Por último, ainda sobre a execução física das obras e serviços que tenham sido fiscalizados e foram identificados indícios de irregularidades graves dispõe a referida LDO que este Tribunal de Contas da União, ao prestar as necessárias informações deverá consignar ‘o percentual de execução físico-financeira’ realizado ou a realizar.*

108. *O que está a demonstrar é que não só na aplicação dos recursos públicos por meio de convênios, mas também quando se referirem aos recursos diretamente aplicados pela União Federal e seus órgãos e entidades mesmo que em face de irregularidades graves apenas 'os atos e fatos materialmente relevantes em relação ao valor total que tenham potencialidade de ocasionar prejuízos ao erário ou a terceiros', devendo-se observar, para tanto, além do custo total despendido também 'o estágio da execução física e financeira' dos convênios.*

109. *Diante de tudo até agora considerado há de se reconhecer e defrontar com um verdadeiro repto segundo qual não se pode apontar um só dispositivo legal, normativo, regulamentar ou convencional que considere que, após reconhecida a aplicação de mais de noventa por cento dos valores recebidos por meio de convênios, mas em razão da inexecução integral os valores executados devam ser ignorados, desprezados e os seus efeitos, aquisições e sua incorporação ao patrimônio público sejam desconsiderados para, com isso, determinar-se a integral restituição dos valores então repassados.*

110. *Não se pode aceitar o desafio porquanto, além de ausência de normas legais que o autorizariam, antes, haveria, aí, por um lado, verdadeiro confisco por parte de quem se beneficiara dos valores efetivamente executados e, por outro, manifesto enriquecimento sem causa e à custa de outrem, isto é, do concedente, do conveniente beneficiário em detrimento da capacidade econômica do responsável.*

111. *É nesse sentido que se oportuna colacionar, afinal, remansosa e farta jurisprudência deste Tribunal de Contas da União que entende legítima a aplicação dos recursos, ainda que de forma parcial, para considerar a execução do objeto conveniado sem que se obrigue a restituição integral dos valores repassados quando, inclusive, deliberou que nesses casos reconheceu-se textualmente a ocorrência de 'enriquecimento ilícito do Estado'.*

112. *Assim esse judicioso entendimento pode ser extraído do Acórdão nº 10/1998, da Segunda Câmara, proferido no TC 474.074/1993-5 ao dar provimento ao recurso de reconsideração e reformar decisão anterior condenatória, segundo o qual ficara assentado:*

'4. Creio que resta indiscutível, portanto, que recursos públicos foram aplicados, embora não se tenha alcançado o objeto do convênio. Logo, não se pode permanecer imputando débito ao responsável, ainda que persista a irregularidade das contas pelos fatos apontados nos pareceres, sob pena de enriquecimento sem causa do Estado.'

113. *Também no julgamento do TC-349.084/1993-9, pela Primeira Câmara, no Acórdão nº 19/2001 proferido em recurso de reconsideração fora igualmente reconhecida a inviabilidade da condenação ao débito integral quando aplicado parte dos valores transferidos assentando, para tanto, que 'não se pode falar, no presente caso, em condenação dos responsáveis pelo total dos recursos liberados, uma vez que, embora não tenha sido executado o objeto do convênio em discussão, parte desses recursos foram empregados em benefício da comunidade, conforme demonstra a documentação presente nos autos'.*

114. *Portanto, tal como a citada jurisprudência deste Tribunal, dentre inúmeros precedentes invocáveis, não há fundamento jurídico para, reconhecida a aplicação de recursos recebidos por meio de convênio, ser o responsável condenado à sua devolução integral, pelo que certamente estaria configurado o enriquecimento sem causa do Estado.*

115. *Outra relevante questão há de ser posta ao crivo do julgamento das presentes contas, ademais do inafastável dever da sua análise.*

116. *Reconhecida que fora por parte da própria entidade concedente que os recursos foram aplicados em aproximadamente 90% do total repassado, conforme o já mencionado Relatório de Visita Técnica Final de fls. 82/84, há de se atentar que ali ficara igualmente anotado que a denominada 'Estação Compacta', retratada no seu item 5 como obra que não estaria beneficiando a população segundo o plano de trabalho a referida 'ETA não estava totalmente instalada, não estando apta ao funcionamento' e que, por isso, 'o projeto ainda não atingiu seu objetivo'.*

117. Essa informação corrobora aquela outra do mesmo Relatório Final quanto ao percentual restante para a execução integral do objeto conveniado, mas, acima de tudo, reconhece e declara o referido relatório que **essas partes faltantes do objeto conveniado estariam em fase de conclusão, estavam com suas instalações em processo de conclusão, além, é claro, de faltar a execução dos 150m da rede de água.**

118. Então, segundo referido relatório, quando da Visita Técnica Final, além de se constatar que a execução do convênio atingira aproximadamente 90% também havia o reconhecimento de que a parte faltante ainda estava em execução.

119. **E essa parte faltante fora, afinal, concluída, segundo a incontestada declaração de fl. 191 constante de 'Termo de Aceitação Definitiva da Obra' assinada não só pelo então prefeito do município e ora responsável e recorrente bem como pelo então Secretário de Obras e Serviços Urbanos do mesmo município baiano e está datada de 20 de dezembro de 2004, portanto, exatamente oito meses após a relatada Visita Técnica Final. – a data é da declaração pois, quiçá, a conclusão tenha até mesmo antecedido a referida data.**

120. Então, além da mencionada Visita Técnica Final ter constatado que menos de 10% do objeto não haviam sido concluídos, mas que tudo indicava que a obra não estava paralisada, que estava sendo instalada, enfim, que se prosseguia com a sua execução, há de se recordar que os próprios prazos do convênio foram, por vezes, alterados, segundo noticiam os autos e que, por fim, o objeto fora finalmente concluído.

121. Se este Tribunal não reconhece a aplicação dos recursos em razão não só da intempestividade da sua comprovação, mas, especialmente, por carecer de cumprimento de formalidades que entende insuperáveis, mesmo que não submetida essa comprovação ao crivo da entidade concedente para o exercício da sua competência segundo a antes invocada norma regulamentar, nem por tudo isso, todavia, houve qualquer impugnação ao referenciado Termo de fl. 191 que afirma a conclusão da obra além do reconhecimento do novo prefeito, a permitir, afinal, concluir que os menos de 10% faltantes para a conclusão do convênio foram finalmente implementados.

122. Vale lembrar que a fiscalização empreendida pela entidade concedente dos recursos repassados que resultou no mencionado Relatório de Visita Técnica Final, mesmo admitindo que a parte faltante do objeto do convênio continuava sendo executada não realizou posteriormente qualquer diligência no mesmo sentido para se verificar a sua conclusão, mesmo quando, após oficiar o novo prefeito do município para proceder à prestação de contas (fl. 110) este, embora respondendo que o seu antecessor e responsável pela execução do convênio não deixara a necessária documentação, requeria, na mesma oportunidade e 'em caráter de URGÊNCIA, desse conceituado órgão, visita IN LOCO para competente parecer sobre o cumprimento do referido convênio, sendo encaminhado a este município para que sejam tomadas as devidas providências legais' (fl. 93).

123. Depreende-se, então, da resposta do novo prefeito municipal que havia o cumprimento do convênio, tanto que solicitava visita **in loco** e em caráter de urgência para que a entidade concedente se manifestasse a respeito, o que, afinal, não se comprovou tenha se desempenhado a entidade repassadora dos recursos.

124. Mas é sabido que as entidades e órgãos repassadores de recursos públicos federais apenas com extrema parcimônia e eventualidade realizam as fiscalizações que lhes competem quanto à aplicação dos recursos e execução do objeto dos convênios pactuados.

125. O que impressiona, entretanto, no presente caso, é não só a entidade concedente, após receber a comprovação da aplicação dos recursos, não ter sobre a mesma se manifestado, não atender o requerimento do novo prefeito para visita local e expedir parecer final sobre o cumprimento do convênio, mas, sim, que apesar de tudo isso poder destinar um funcionário seu para pessoalmente deslocar-se até o referido município tão somente para o fim de notificar o ex-prefeito para responder à tomada de contas especial, conforme certificado à fl. 117, quando, inclusive, segundo o já reportado, poderia comprovar o efetivo cumprimento do convênio.

126. Então, em última hipótese, poder-se-ia dizer que mesmo depois da denominada Vista Técnica Final realizada pela entidade concedente aproximadamente seis meses depois o objeto do convênio estava integralmente concluído, apesar de já expirada a sua vigência, remanescendo, então, já não mais o questionamento acerca da execução integral do convênio, mas, agora, a sua legitimidade após o prazo estabelecido.

127. É que, fixado nas cláusulas do convênio o prazo para a execução do seu objeto e acaso vencido aquele ao restar, por exemplo, 10% para a sua conclusão, o que deveria fazer o responsável: paralisar a obra, interromper sua conclusão, comprovar a aplicação dos recursos até esse estágio e responder pela inexecução?

128. E, também nesse caso, o que deveria fazer a parte concedente, determinar a paralisação, declarar a inexecução do objeto do convênio, instaurar TCE e exigir a restituição integral dos recursos, acrescidos de juros e correção monetária, inscrever o nome do responsável no Cadin/Siafi e, por último, declarar o conveniente inadimplente e proibir-lhe a celebração de novos convênios?

129. Não haveria, nas respostas a essas questões, qualquer razoabilidade, qualquer fundamento ético e administrativo nem formalismo tal que legitimasse essa dogmática burocrática.

130. Além do mais, ainda que haja expressa previsão nas cláusulas dos convênios a fixação do prazo da sua vigência e bem assim o período para respectiva comprovação da aplicação dos recursos, advindo aquele termo final não há, todavia, em nenhum diploma legal ou norma regulamentar a imposição para que não se prosseguisse com a execução do objeto conveniado.

131. Poder-se-iam alguns alegar que há normas que impedem a realização de pagamentos com recursos recebidos de convênio quando expirada a vigência deste e, ainda assim, o que restaria ao responsável-conveniente fazer além de simplesmente de não prosseguir com a sua execução, nada além disso?

132. Ocorre que mesmo que expirada a vigência, em que se impediria a realização de pagamentos há, nessa hipótese, exceção prevista no inciso VI do art. 39 da Portaria Ministerial 12/2008, que estabelece normas para a contratação e execução de convênios segundo a qual essa vedação não ocorreria **'desde que o fato gerador da despesa tenha ocorrido durante a vigência do instrumento pactuado'**.

133. Nada mais razoável essa disposição regulamentar, pois, sobrevinda a expiração do convênio e faltando parcelas à plena conclusão do seu objeto, seria absolutamente insustentável que a execução dos trabalhos fosse imediatamente interrompida e, mais grave ainda, que fosse vedada sua conclusão.

134. Não por acaso trilha esse entendimento a jurisprudência deste Tribunal de Contas da União que, em inúmeros casos, reconhece que a conclusão do objeto conveniado posteriormente à expiração da vigência do convênio, respeitado o cumprimento da sua finalidade e, ainda que constatadas outras eventuais impropriedades não considerou por si só a conclusão tardia como capaz de caracterizar irregularidade a ensejar o julgamento pela irregularidade das contas.

135. Reconhece até mesmo esta Corte de Contas que efetivada a aplicação dos recursos, ainda que parcialmente e posteriormente à vigência do convênio, ainda assim não seria o caso de desconhecer a aplicação efetiva dos recursos para condenar o responsável na integralidade dos débitos, senão na parte não executada.

136. Destacam-se, para tanto, como precedente deste Tribunal além dos acima citados o Acórdão nº 10/1998-2ª Câmara e o Acórdão nº 19/2001-1ª Câmara que consideram enriquecimento indevido do Estado condenar o responsável na integralidade do débito quando comprovada a aplicação de recursos, integral ou parcialmente, bem como o Acórdão nº 6/2000, da 2ª Câmara, TC – 575.580/1995-0 que tem a seguinte ementa:

'Tomada de Contas Especial. Convênio. MBES. Prefeitura Municipal de Vassouras RJ. Execução parcial do objeto pactuado. Despesas após a vigência do convênio. Ato de gestão antieconômico. Ausência de locupletamento. Contas irregulares. Multa.'

137. Ao fundamentar o Voto ali proferido considerou-se, para tanto, que o responsável, 'mesmo alertado por técnicos do MBES ... de que os recursos do convênio firmado com aquele Órgão

deveriam ser devolvidos, já que findara sua vigência ... decidiu empregá-los numa obra que permaneceu inconclusa, apenas executadas as fundações da creche, não gerando qualquer benefício à comunidade local.’ Contudo, reconheceu-se que não era o caso de imputar o débito ao responsável, acolhendo-se, para tanto, as razões seguintes:

‘Entretanto, conforme registrou a Sra. Diretora de Divisão Técnica, não obstante as irregularidades e falhas detectadas, não há provas nos autos de locupletamento do responsável, havendo os documentos constantes da prestação de contas demonstrado a aplicação dos recursos na referida obra. Dessa forma, não é o caso de se cobrar a devolução desses recursos, mas de se apenar o responsável com a multa prevista no art. 58, inciso I, da Lei nº 8.443/1992.’

138. *Podem ainda ser colacionados os precedentes dos Acórdãos nºs 301/2003-Plenário, 28/2000-Primeira Câmara, 13/1993-Plenário e, especialmente, os Acórdãos nºs 28/2002-Primeira Câmara e 16/2005-Segunda Câmara todos no sentido de não se imputar ao responsável a integralidade do débito dos recursos recebidos por convênio seja quando não aplicados totalmente os valores recebidos durante a vigência do convênio, seja quando aplicados posteriormente, total ou parcialmente. Faz-se, portanto, a transcrição das ementas dos dois últimos, diante da inteira pertinência ao presente caso:*

‘Tomada de Contas Especial. Fundação Arthur Bernardes. Contratação de servidor com regime de dedicação exclusiva à Universidade Federal de Viçosa para prestação de serviços. Contratação de empresa em modalidade de licitação inadequada. Pagamento após a vigência do convênio e sem cobertura contratual. Rejeição da defesa apresentada quanto ao mérito da gestão. Acolhimento da defesa quanto ao débito, ante a ausência de dano ou desfalque. Contas irregulares. Multa, Inscrição do responsável no CADIN após o trânsito em julgado.’ (AC. 28/2002-Primeira Câmara)

‘Tomada de Contas Especial. Convênio. FNDE. Prefeitura Municipal de Sobrado-PB. Omissão no dever de prestar contas. Responsável revel. Apresentação intempestiva pelo prefeito sucessor. Aplicação dos recursos após a vigência do ajuste. Comprovação de regularidade da gestão. Contas regulares com ressalva. Quitação.’

139. *Constatam-se, em verdade, em todos os precedentes desta Corte de Contas aqui citados, as mesmas e diversas variáveis que despontam dos presentes autos: a efetiva aplicação dos recursos, segundo reconhecido pelo órgão concedente; a inexecução parcial do objeto conveniado até a sua vigência; a posterior conclusão do objeto conveniado após expirada sua vigência; a não comprovação tempestiva da aplicação dos recursos; a inexistência de apropriação, desfalque, dano ou desvio dos recursos transferidos; e, por último, se condenado à integral restituição do débito a configurar eventual enriquecimento sem causa do Estado.*

140. *Não só por esses precedentes, mas por todos esses fundamentos e, especialmente, à míngua de efetivos fundamentos legais, jurídicos e éticos não há como prosperar a condenação ora impugnada da restituição integral do débito, além da multa.*

141. *É certo, impropriedades, descumprimento de formalidades, desatendimento de ritos e de documentação adequada podem estar caracterizados, inclusive para fins de aplicação de multa pois, afinal, o dever de comprovar a aplicação dos recursos recebidos por meio de convênio e bem assim eventual constatação de irregularidade consistente à legitimidade ou economicidade sujeitam o responsável às cominações previstas no parágrafo único do art. 43 da Lei Orgânica do TCU.*

142. *Para tanto instaura-se a Tomada de Contas Especial, não como mero instituto processual substitutivo da responsabilização pela não comprovação dos recursos recebidos por convênio, segundo a expressa previsão do art. 8º da Lei nº 8.443/1992, dentre outras hipóteses, mas objetivando, tal como igualmente previsto no referido dispositivo legal, sobretudo a apuração dos fatos, a identificação dos responsáveis e, se o caso, a quantificação do dano.*

143. *O desmedido uso do instrumento processual da tomada de contas especial para condenar o responsável à integral restituição dos valores repassados pelo simples e objetivo fato da não apresentação dos comprovantes da aplicação dos recursos recebidos por meio de convênio sem*

proceder durante o seu processamento a efetiva apuração dos fatos, a identificação dos responsáveis e, se for o caso, a quantificação do dano tem favorecido a que os órgãos concedentes instaurem o referido procedimento, inscrevam o responsável no Cadin e o constitui em débito e, depois, recebe essa sistemática inteiro valhacouto neste Tribunal em detrimento do dever-poder de ambos de realmente acompanhar e fiscalizar a aplicação dos referidos recursos.

144. *Não basta, é o que tentamos aduzir, proceder a essa repetição de atos processuais destinados tão somente a constituir em débito e arrolar como responsável aquele que simplesmente não comprovar a aplicação dos recursos recebidos por meio de convênio, o que não é de somenos, antes, estamos atentando que em tal medida, à guisa de se cumprir os deveres-poderes tanto do concedente quanto do órgão externo de fiscalização possa, em verdade, estar renunciando à possibilidade e capacidade de demonstrar que mais que descumprido o dever de comprovar a aplicação dos recursos tenha o responsável agido, sim, com dolo manifesto de apropriar, desviar, desfalcar ou favorecer o uso dos recursos públicos recebidos por convênio em detrimento da sua finalidade.*

145. *Portanto, na hipótese de o responsável não comprovar a aplicação dos recursos ou se não o fizer plenamente não se deve contentar com a sua constituição em débito e inscrevê-lo no Cadin, além de eventualmente aplicar-lhe multa, mas há de perquirir se irregularidades mais graves possam ter ocorrido, instaurando-se, para tanto, o procedimento da TCE na qual a apuração dos fatos pode assegurar plena eficácia da sua decisão final.*

146. *Por isso é que considerações expendidas como tendo o responsável recusado o recebimento de notificação quando procurado pessoalmente para comprovar a aplicação dos recursos tornam-se inócuas, pois, além do seu direito subjetivo de comportar-se conforme lhe aprouver perante as imputações que lhes são dirigidas mediante o devido processo legal, nem mesmo se revel seria condenado senão mediante a necessária comprovação da sua responsabilidade.*

147. *Ademais da amplitude do próprio objeto a ser apurado na TCE está também a eficácia das decisões que daí emergem, quaisquer que sejam os seus termos ou fundamentos, especialmente quando resultarem em condenação a qual se espera o seu cumprimento mais efetivo pelos meios próprios.*

148. *Até porque, em não sendo assim, ficam as referidas decisões expostas a impugnações de toda ordem, inclusive internamente em sede recursal desta própria Corte de Contas, **cujas taxa de reforma e de provimento em maior ou menor extensão dos recursos interpostos aproxima-se dos 40% em relação a todos os recursos aqui processados.** Portanto, essa elevadíssima taxa de reforma de decisões em instância revisora pelo próprio órgão prolator da decisão é extremamente desprestigiado, cujas causas, dentre as ora apontadas quanto aos fundamentos é certo, a elas não se circunscrevem, mas quais, todavia, não se tratam meramente de fenômenos ou idiosincrasias.*

149. *Assim, em consonância com a jurisprudência deste Tribunal e os fundamentos legais acima invocados as 'diversas falhas, lacunas e impropriedades' apontadas no acórdão devem ser tratadas como tal, quais sejam, irregularidades formais, e apurados efetivamente esses fatos e concluir pela sua adequada tipificação para fins de se impor as respectivas e proporcionais cominações, sem olvidar-se, todavia, que as indigitadas falhas, lacunas e impropriedades ficam secundadas, dentre outros motivos, quando comprovado o cumprimento da finalidade do convênio, nos termos dos precedentes jurisprudenciais acima colacionados.*

150. *Por último, quanto ao pedido do recorrente referente às remessas de cópias ao Ministério Público há de se reconhecer que, pelo item 9.4 do acórdão recorrido, fora feita essa determinação e cumprida pelo ofício de fl. 238. Tal procedimento, além de previsto no § 3º do art. 16 da Lei Orgânica do TCU é também corriqueiro neste Tribunal quando prolatadas decisões condenatórias.*

151. *Esse procedimento, já pudemos anteriormente dizê-lo, tanto sob o seu aspecto legal quanto pelo costume adotado neste Tribunal, deve ser visto em termos porque, afinal, prolatada a decisão está mesma sujeita a revisão mediante recurso com efeitos suspensivos, segundo expressas disposições do art. 33 e parágrafo único do art. 48 da Lei nº 8.443/1992, não havendo, assim, trânsito em julgado da decisão para justificar a comunicação ao Ministério Público.*

152. Também assim dispõe, inclusive com mais veemência, o § 1º do art. 48 da Resolução-TCU 191/2006, segundo o qual ‘Dar-se-á automática incidência do efeito suspensivo, por direta repercussão legal, ao recurso de reconsideração ou a pedido de reexame interposto no prazo legal e presentes os demais requisitos processuais para sua admissibilidade.’

153. Ora, proferida a decisão e estando a mesma a descoberto de sua definitividade quaisquer medidas próprias do seu denominado trânsito em julgado, tais como o seu encaminhamento para o Ministério Público para a adoção de providências revelam-se precoces, inoportunas quando não temerárias, tanto sob o ponto de vista do responsável quanto, especialmente, em razão de se provocar tanto os serviços deste Tribunal, como, especialmente, a máquina do próprio Ministério Público.

154. Até porque, ao contrário, quando providos os recursos, com a elevada taxa acima já destacada, não se constata, por sua vez, qualquer comunicação por parte deste Tribunal de Contas no mesmo sentido, ao Ministério Público, prevalecendo, assim, perante aquele órgão, a primeira informação já agora insubsistente.

155. Em conclusão resta-nos propor o provimento parcial do presente recurso de reconsideração para o fim de afastar a condenação ao débito e, tratando-se de aplicação de recursos recebidos por meio de convênio cuja comprovação nos termos dos documentos de fls. 172/216, apesar de não submetidos ao crivo do órgão concedente como lhe impõe as normas regulamentares próprias acima já destacadas, evidencia está eivada de impropriedades, lacunas, falhas e incorreções sujeitando-se, assim, às penalidades previstas no inciso III do art. 58 por expressa determinação do disposto no parágrafo único do art. 43, todos da Lei Orgânica do TCU, ainda que, **d.m.v.**, por dever de coerência e lógica, a remissão legal ao tipo cominado deveria ser o inciso II do mesmo artigo, por não caracterizado o núcleo do tipo consistente no ‘injustificado dano ao erário’ e, por último, não devendo se cogitar de julgamento de contas por não se tratar do caso.

V – PROPOSTA

156. Analisados largamente os presentes autos de recurso de reconsideração interposto com fundamento no art. 33 da Lei Orgânica do TCU, contra o Acórdão nº 497/2011-TCU-1ª Câmara, submetemos à apreciação desta Corte de Contas a proposta que ora subscrevemos:

1 – que seja conhecido o presente recurso de reconsideração para dar-lhe parcial provimento e afastando o julgamento pela irregularidades das contas do recorrente retirar-lhe a imputação do débito;

2 – que seja aplicada multa ao recorrente com fundamento no inciso II do art. 4º da Lei Orgânica do TCU em razão das impropriedades, falhas formais e lacunas na comprovação da aplicação dos recursos recebidos por meio do Convênio nº 3.616/2001 celebrado pela Fundação Nacional de Saúde – Funasa com o Município de Ibirataia/BA;

3 – que seja dado conhecimento da decisão que vier a ser proferida nessa instância recursal ao recorrente, à Fundação Nacional de Saúde, ao Município de Ibirataia/BA e à representação regional baiana do Ministério Público Federal.”

4. O especialista sênior assim se manifestou, com a aprovação do secretário (peça 10):

“Com amparo no art. 2º da Portaria Segep nº 10/2011, manifesta-se por divergir em parte, com as devidas vêniás, do encaminhamento proposto pelo auditor federal (instrução de fls. 154-172, Anexo 2), uma vez que os argumentos trazidos pelo recorrente não possuem o condão de infirmar as convicções que levaram ao acórdão inaugural, pelas razões que, adiante, passar-se-á a expor.

2. O auditor informante propõe, no mérito, dar provimento parcial ao recurso de reconsideração interposto pelo Sr. Júlio Cesar Santos Leal (Anexo 2) em face do Acórdão nº 497/2011-1ª Câmara (fls. 229-235 vol. 1 v. p.), que julgou irregulares suas contas e o condenou em débito (item 9.1), além de imputar multa individual no valor de R\$ 14.000,00, com fulcro no art. 57 da Lei nº 8.443/1992 (item 9.2).

3. Concorde-se com a análise empreendida pelo auditor federal no ponto em que afirma que não deve prosperar a arguição de preliminar do impetrante, em virtude de não ter havido violação ao princípio jurídico do **non bis in idem** (itens 23-45 às fls. 157-159 do Anexo 2).

4. Nesse sentido, o entendimento jurisprudencial desta Corte de Contas de que no ordenamento jurídico brasileiro vigora o princípio da independência das instâncias, em razão do qual podem ocorrer condenações simultâneas nas diferentes esferas – cível, criminal e administrativa. O art. 935 do Código Civil prescreve que a ‘responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal’. Esse dispositivo precisa ser conjugado com o artigo 66 do Código de Processo Penal, o qual estabelece que ‘não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato’.

5. Interpretando os dois dispositivos conjuntamente, temos que a sentença penal impedirá a propositura ou continuidade de ação nos âmbitos civil e, por extensão, administrativo, apenas se houver sentença penal absolutória negando categoricamente a existência do fato ou afirmando que não foi o réu quem cometeu o delito. Esse entendimento é pacífico no Supremo Tribunal Federal - STF, conforme fica claro nos Mandados de Segurança n^{os} 21.948-RJ, 21.708-DF e 23.635-DF. Nesse último, por exemplo, o STF decidiu que a sentença proferida em processo penal é incapaz de gerar direito líquido e certo de impedir o TCU de proceder à tomada de contas, mas poderá servir de prova em processos administrativos se concluir pela não ocorrência material do fato ou pela negativa de autoria.

6. Nesse mesmo sentido é o teor do art. 126 da Lei n^o 8.112/1990, segundo o qual a ‘responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria’ (grifos acrescidos). Também é encontrado na Lei n^o 8.429/1992, que trata da improbidade administrativa, a positivação do referido princípio, quando seu artigo 12 destaca que o responsável por ato de improbidade está sujeito às cominações estabelecidas por esta norma, independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica.

7. O Plenário do STF já decidiu, inclusive, que o ajuizamento de ação civil pública não retira a competência do Tribunal de Contas da União para instaurar TCE, tendo em vista a competência do TCU inserta no art. 71 da Constituição Federal, como se constata no seguinte excerto do MS 25880/DF, da relatoria do Ministro Eros Grau:

‘EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA. ART. 71, II, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E ART. 5^o, II E VIII, DA LEI N^o 8.443/1992. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 148 A 182 DA LEI N^o 8.112/1990. INOCORRÊNCIA. PROCEDIMENTO DISCIPLINADO NA LEI N^o 8.443/1992. AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PREJUDICIALIDADE DA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS CIVIL, PENAL E ADMINISTRATIVA. QUESTÃO FÁTICA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SEGURANÇA DENEGADA.

1. A competência do Tribunal de Contas da União para julgar contas abrange todos quantos derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário, devendo ser aplicadas aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, lei que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado aos cofres públicos [art. 71, II, da CB/88 e art. 5^o, II e VIII, da Lei n^o 8.443/1992].

2. A tomada de contas especial não consubstancia procedimento administrativo disciplinar. Tem por escopo a defesa da coisa pública, buscando o ressarcimento do dano causado ao erário. Precedente [MS n^o 24.961, Relator o Ministro CARLOS VELLOSO, DJ 04.03.2005].

3. Não se impõe a observância, pelo TCU, do disposto nos artigos 148 a 182 da Lei n^o 8.112/90, já que o procedimento da tomada de contas especial está disciplinado na Lei n^o 8.443/1992.

4. O ajuizamento de ação civil pública não retira a competência do Tribunal de Contas da União para instaurar a tomada de contas especial e condenar o responsável a ressarcir ao erário os valores indevidamente percebidos. Independência entre as instâncias civil, administrativa e penal.

5. *A comprovação da efetiva prestação de serviços de assessoria jurídica durante o período em que a impetrante ocupou cargo em comissão no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região exige dilação probatória incompatível com o rito mandamental. Precedente [MS nº 23.625, Relator o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 27.03.2003].* 6. *Segurança denegada, cassando-se a medida liminar anteriormente concedida, ressalvado à impetrante o uso das vias ordinárias.* (grifos acrescidos)

8. *O voto condutor do Acórdão nº 2/2003–TCU-2ª Câmara demonstra a posição pacífica deste Tribunal sobre o tema, quando assim dispôs:*

‘O TCU tem jurisdição própria e privativa sobre as pessoas e matérias sujeitas a sua competência, de modo que a proposição de qualquer ação no âmbito do Poder Judiciário não obsta que esta Corte cumpra sua missão constitucional. De fato, por força de mandamento constitucional (CF, art. 71, inc. II), compete a este Tribunal julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores da administração federal direta e indireta, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao Erário. E, para o exercício dessa atribuição específica, o TCU é instância independente, não sendo cabível, portanto, tal como pretende o interessado, que se aguarde manifestação do Poder Judiciário no tocante à matéria em discussão.’

9. *Portanto, conforme remansosa jurisprudência do STF ‘a decisão na esfera penal só tem repercussão na instância administrativa quando aquela se manifesta pela inexistência material do fato ou pela negativa de sua autoria’ (MS 21.321-DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ em 18/09/1992, p. 15.408).*

10. *Logo, a existência de lide no âmbito civil da Justiça Estadual da Bahia não tem nenhuma influência no juízo administrativo de contas em questão, haja vista a notória diferença que existe entre a competência atribuída ao Poder Judiciário e àquela afeta aos Tribunais de Contas. Note-se que o dever de ressarcir ao Erário no valor total de R\$ 81.090,00 foi mantido pelo Tribunal de Justiça da Bahia, às fls. 94-102 do Anexo 2. Desse modo, não deve prosperar a arguição de preliminar do impetrante.*

11. *Por outro lado, cabe dissentir quanto à análise de mérito da instrução precedente dos argumentos apresentados pelo recorrente (itens 46-149 às fls. 159-171 do Anexo 2).*

12. *De plano, esclareça-se, preliminarmente, que o recorrente teve julgadas irregulares suas contas, por esta Corte, em primeira instância administrativa, pela ausência de documentação suficiente, à época, para comprovar a boa e a regular aplicação dos recursos federais.*

13. *De fato, caberia ao ex-prefeito cumprir o compromisso acordado, bem como suas obrigações constitucionais e legais, sob pena de ter as contas julgadas irregulares, com a conseqüente imputação do débito não regularmente aprovado. Por sua vez, a multa decorreu do próprio julgamento pela irregularidade e pela condenação desta em débito, conforme previsão legal.*

14. *Explicitados os motivos que conduziram a imputação do débito e multa ao recorrente, cabe discutir se a prestação de contas extemporânea elide ou não o débito imputado e a aplicação da multa outrora aflagida ao recorrente.*

15. *O § 3º do art. 209 do Regimento Interno desta Corte vige nos seguintes termos:*

‘§ 3º Citado o responsável pela omissão de que trata o inciso I, a apresentação de prestação de contas posterior não elidirá a irregularidade, podendo o débito ser afastado caso a documentação apresentada esteja de acordo com as normas legais e regulamentares e demonstre a boa e regular aplicação dos recursos.’

16. *O referido dispositivo regimental motivou acesa controvérsia nesta Casa acerca de sua interpretação que culminou em novel entendimento jurisprudencial desta Corte de Contas explicitado no Acórdão nº 1.792/2009 – TCU – Plenário, o qual deixou assentada a inteligência de que a apresentação serôdia da devida prestação de contas não tem o condão de sanear a omissão perpetrada no ajuste, no que tange a sua extemporaneidade.*

17. *Por consectário lógico, a interpretação que se deve dar ao § 3º do art. 209 do RI/TCU, é no sentido de considerar que a apresentação intempestiva das contas, mesmo que demonstre a boa e a regular aplicação dos recursos, não desnatura a irregularidade, vale dizer, as contas do gestor omissas devem ser mantidas como sendo irregulares.*

18. *Todavia, esta mesma apresentação intempestiva das contas, caso comprove inequivocamente a dita 'boa e regular aplicação dos recursos' e, ainda, se estiver de acordo com as normas legais e regulamentares, poderá afastar o débito. Isto tudo sem prejuízo, caso o débito seja afastado, da aplicação da multa prevista no art. 58 da Lei nº 8.443/1992.*

19. *Portanto, voltando ao caso em exame e de acordo com o entendimento esposado acima, proceder-se-á à análise da documentação apresentada pelo recorrente, de forma extemporânea, com o objetivo de um eventual afastamento do débito e também da eventual mudança de capitulação legal da pena aplicada pelo acórdão **a quo**, que passaria daquela prevista no art. 57 da Lei nº 8.443/1992 para aquela outra do art. 58 do mesmo diploma legal.*

20. *Nesse diapasão, ao se analisar a documentação trazida pela recorrente, é oportuno citar, novamente, os preciosos ensinamentos do eminente Ministro desta Casa, Ubiratan Aguiar, em sua obra 'Convênios e Tomadas de Contas Especiais'. Em epitome categórico, o douto julgador nos oferece didático roteiro a ser seguido na análise das contas do gestor, **in verbis**:*

*'Para comprovar a boa aplicação dos recursos é necessária a existência de uma série de nexos: o extrato bancário deve coincidir com a relação de pagamentos efetuados, que deve refletir as notas fiscais devidamente identificadas com o número do convênio, que devem ser coincidentes com a vigência do convênio e com as datas dos desembolsos ocorridos na conta específica' (In Convênios e Tomadas de Contas Especiais: manual prático, 2ª ed. rev. e ampl., Ubiratan Aguiar **et. al.** Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 43).*

21. *Sobressai, no presente caso, a ausência do nexo causal, pois não há nos autos documentação suficiente que, minimamente, possibilite ligar a suposta execução do objeto aos recursos repassados a conta do convênio. Ademais, quando esta Corte de Contas debruçou-se pela primeira vez para analisar a prestação de contas apresentada, os autos da TCE já continham elementos suficientes em relação ao percentual de execução física do objeto, vide itens 5-6 do Voto condutor do acórdão atacado à fl. 233, vol. 1, v. p. Por outro lado, remanesce a necessidade de comprovação da execução financeira, a qual permita o estabelecimento do devido liame causal entre a obra executada e os recursos federais repassados.*

22. *Divergindo, portanto, do que afirma a defesa do recorrente, não há o necessário estabelecimento do nexo causal entre as eventuais despesas realizadas para sanar as irregularidades até então apontadas e os documentos apresentados. Ressalte, ainda, que os valores despendidos para tal mister sequer foram apresentados, tampouco foi apresentada a documentação correspondente à nova prestação de contas a que se propõe o recorrente.*

23. *Ademais, a simples implantação do sistema de abastecimento de água na localidade do convênio sem a apresentação detalhada da execução físico orçamentária caracteriza prova insuficiente, por não demonstrar o necessário nexo de causalidade entre o objeto a que se refere e o emprego dos recursos públicos repassados.*

24. *Logo, não foram apresentados documentos que pudessem demonstrar o nexo entre os recursos federais transferidos e as despesas apresentadas na execução do objeto. A mera execução física do objeto, por si só, não comprova que os recursos foram aplicados corretamente, cabendo ao responsável demonstrar o nexo causal entre os recursos que lhe foram repassados e a consecução do objeto. O voto condutor do Acórdão nº 399/2001 –TCU– 2ª Câmara sintetiza a pacífica jurisprudência desta Corte de Contas sobre o assunto:*

'Quanto ao mérito, assiste razão aos pareceres quando afirmam que a verificação física da obra, isoladamente, não é suficiente para comprovar que os recursos do convênio em exame foram corretamente aplicados. A existência física não comprova que a obra foi realizada com os recursos do referido convênio. Há que se obter nexo causal entre essa execução e os documentos de despesas da

Municipalidade, tais como notas de empenho, recibos, extratos bancários, de forma que seja possível à fiscalização afirmar que aquela obra foi executada com os recursos transferidos pelo convênio examinado. (grifos acrescidos)

25. Destarte, a ausência do nexo de causalidade impossibilita identificar se a obra foi executada (ou custeada) com recursos municipais, estaduais ou, ainda, oriundos de outro convênio com entidades federais, com possíveis desvios das verbas próprias da avença.

26. 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 art. 93 do Decreto-lei nº 200/1967 c/c o art. 66 do Decreto nº 93.872/1986. Nesse sentido é o teor dos seguintes julgados deste Tribunal: Acórdãos nºs 1.573/2007-1ª Câmara, 297/2008-2ª Câmara e 747/2007-Plenário.

27. Desse modo, as irregularidades apontadas em primeira instância administrativa não foram elididas pelos documentos apresentados em sede recursal. Pelo contrário, resta flagrante a ausência de nexo causal entre as despesas efetuadas, bem como a execução dos serviços, e os recursos repassados pelo órgão concedente.

28. Ademais, os documentos apresentados estão longe de atender os ditames legais e normativos a respeito das prestações de contas nem se aproximam da detalhada lista especificada pelas comunicações enviadas ao ex-gestor, que o orientavam quanto à composição dos documentos necessários para a regular prestação de contas, às fls. 33 e 90-92 – v. p.

29. Nota-se que a presente apresentação de documentos, a título de prestação de contas, configura postura diametralmente oposta à adotada quando a administração municipal pleiteou o recebimento das verbas federais. Naquele momento, se verifica a atitude minuciosa do recorrente ao seguir todas as orientações da Fundação Nacional de Saúde - Funasa e apresentar de forma detalhada todos os documentos solicitados por este, às fls. 9-20 e 90-106 – v. p.

30. Diversamente, o que se espera do gestor cioso de suas obrigações para com o Erário e diligente no emprego dos recursos, que poderiam vir a melhorar as condições de vida dos habitantes de seu município, é a comprovação de que logrou executar o objeto acordado de forma esmerada.

31. Logo, em relação aos documentos entregues pelo recorrente, em sede recursal, verifica-se que estes não se constituem da devida prestação de contas.

32. Insta ponderar, apenas para reforçar a decisão a ser proferida no mérito deste recurso de reconsideração, que a jurisprudência pacífica do TCU é no sentido de que, nos processos de contas que tramitam nesta Casa, compete ao gestor o ônus da prova da boa e da regular aplicação dos recursos públicos que lhe são confiados, o que independe da comprovação deste ter agido com dolo, ter havido desvios ou malversação de recursos públicos ou a ocorrência de enriquecimento ilícito por parte do recorrente.

33. Ressalte-se que a culpa *latu sensu* advém, entretanto, da culpa contra a legalidade, uma vez que o dano ao Erário resultou da violação de obrigação imposta pelo inciso II do art. 71 da Carta da República, pelo inciso I do art. 1º da Lei nº 8.443/1992 e pela IN nº 01/97, o que não resta margem para apreciar a conduta do agente, que ao prestar contas dos recursos repassados não o fez de forma regular, pois realizou as despesas com flagrante desrespeito às normas legais e contratuais que orientavam estes gastos.

34. Sergio Cavalieri Filho (in Programa de Responsabilidade Civil, 7ª ed., rev. e ampl., 2007, p. 40) traz luz ao cerne desta questão, ao citar o insigne Desembargador Martinho Garcez Neto, pontilhando que ‘Estabelecido o nexo causal, entre o fato danoso e a infração da norma regulamentar, nada mais resta a investigar: a culpa – que é *in re ipsa* – está caracterizada, sem que se torne necessário demonstrar que houve imprudência ou imperícia’ (ênfase acrescida).

35. Cita-se, novamente, o ilustre Professor Sergio Cavalieri Filho (idem, 2007, p. 41), ao desvelar o que se convencionou chamar de culpa contra a legalidade, nos dizeres do insigne magistrado Martinho Garcez Neto:

'quando a simples infração da norma regulamentar é fator determinante da responsabilidade, isto é, desde que entre a sua transgressão e o evento danoso se estabelece indispensável nexos causal, pois, nesta hipótese, o ofensor que executa um ato proibido, ou não cumpre com que determina a lei ou o regulamento, incorre, só por este fato, em culpa, sem que seja mister ulteriores investigações.' (ênfase acrescida)

36. *Em relação à multa aflagada, não tendo sido o débito imputado ao recorrente elidido, não há mais que se perquirir o fundamento da apenação.*

37. *Por fim, cabe ressaltar que, neste momento, nos autos do recurso de reconsideração, é assegurada aos responsáveis a plenitude do direito de produzir todas as provas que entenderem cabíveis, bem como a oportunidade de colaborar para o esclarecimento dos fatos.*

38. *Entretanto, a simples interposição de recurso, desacompanhado de documentos que comprovem a execução do objeto do ajuste, não o socorre para afastar o débito e a multa, ante a obrigação constitucional de comprovar a execução do referido ajuste.*

39. *Ante o exposto, em sede recursal, não foi trazido aos autos nenhum argumento que detenha o condão de modificar o julgado de origem, Acórdão nº 497/2011-TCU-1ª Câmara, motivo por que este não está a merecer reforma, devendo ser, por consequência, prestigiado e mantido.*

40. *Isto posto, tendo em vista as alegações e os documentos carreados pelo Sr. Júlio Cesar Santos Leal, CPF 159.758.515-72, bem como a detida análise dos documentos que já constavam do processo, submetem-se os autos à consideração superior, propondo a esta Colenda Corte de Contas:*

I - conhecer do recurso de reconsideração contra o Acórdão nº 497/2011-TCU-1ª Câmara, com fulcro nos art. 32, I, e 33 da Lei nº 8.443/1992 e no art. 285, caput, do RI/TCU, para, no mérito, negar-lhe provimento;

II - dar conhecimento aos órgãos/entidades interessados, às partes, aos recorrentes e à Procuradoria da República no Estado da Bahia da deliberação que vier a ser proferida.

41. *Encaminhem-se os autos ao Sr. Secretário de Recursos, para sua manifestação regimental e, em seguida, ao Ministério Público junto ao TCU."*

5. O representante do Ministério Público emitiu o seguinte parecer (peça 10):

“(…)

2. *Corroboro as conclusões da Serur, exaradas na manifestação de fls. 173/180, no sentido de que os argumentos apresentados na peça recursal não são suficientes para elidir as ocorrências apontadas nos autos e que fundamentaram a condenação imposta pelo Tribunal, sendo, por conseguinte, incapazes de alterar a deliberação recorrida.*

3. *Com efeito, entendo que inexistem nos autos documentos que atestem o nexos de causalidade entre a obra executada e os recursos liberados por intermédio do convênio em exame, contrariando o disposto no art. 20 da IN/STN/01/1997, não tendo o responsável, nesta fase processual, suprido a referida deficiência.*

4. *Sobre a questão, trago à colação a advertência do Exmo. Ministro Benjamin Zymler, no Voto condutor do Acórdão nº 447/2007-2ª Câmara, no sentido de que ‘...além do dever legal e constitucional de prestar contas do escorrido emprego dos recursos públicos recebidos, devem os gestores fazê-lo demonstrando o estabelecimento do nexos entre o desembolso dos referidos valores e os comprovantes de despesas realizadas com vistas à consecução do objeto conveniado. [...] é imperioso que, com os documentos apresentados para comprovar o bom emprego dos recursos públicos, seja possível constatar que eles foram efetivamente utilizados no objeto pactuado, de acordo com os normativos legais e regulamentares vigentes’.*

5. *Já se encontra assente na jurisprudência deste Tribunal de Contas da União que a existência física, ainda que parcial, do objeto pactuado, por si só, não constitui elemento apto a comprovar a regular aplicação dos recursos federais repassados por meio de convênio ou congêneres. Nesse sentido, os Acórdãos nºs 3.710/2009 e 1.189/2008, ambos da 1ª Câmara, Acórdão nº 3.927/2008-2ª Câmara e Acórdão nº 1.385/2008-Plenário, dentre tantos outros.*

6. *Dessa forma, a inspeção **in loco** realizada pela Funasa (fls. 82/84, vol. principal), que verificou a execução física da quase totalidade da obra conveniada (conquanto realizada após o fim prazo de vigência do convênio objeto desta TCE), não torna despiciendo o exame dos documentos que compõem a respectiva prestação de contas.*

7. *Em vista do exposto, considerando adequada a análise da unidade técnica, este representante do Ministério Público manifesta-se de acordo com a proposta de encaminhamento de fl. 179, no sentido de que esta Corte conheça e negue provimento ao presente recurso de reconsideração, mantendo-se os exatos termos do Acórdão n° 497/2011-1ª Câmara.”*

É o relatório.