

GRUPO I – CLASSE I – Primeira Câmara

TC 009.684/2009-8

Apenso: TC 017.961/2005-1.

Natureza: Recurso de Reconsideração.

Unidade: Ministério do Esporte.

Recorrentes: Antonio Lopes Ribeiro (CPF 118.290.445-91); Oleana Terezinha Zenatti (CPF 515.778.529-15).

Advogado: não há.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. AQUISIÇÃO FICTA DE LANCHES COM RECURSOS DE CONVÊNIO. FORNECIMENTOS PELA PRÓPRIA CONVENIENTE. APRESENTAÇÃO DE NOTA FISCAL DE TERCEIROS PARA RESPALDAR A DESPESA. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO E MULTA. RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. NÃO PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Adoto como relatório a instrução a cargo do auditor federal de controle externo Judson dos Santos (peça 36) da Secretaria de Recursos – Serur:

“Trata-se de Recursos de Reconsideração, interpostos pelos Srs. Antonio Lopes Ribeiro (peças 30, 31 e 32), presidente da Fundação de Apoio ao Menor de Feira de Santana – FAMFS; e Oleana Terezinha Zenatti (peça 34, p. 3-4), contra o Acórdão 6.822/2011-TCU-1ª Câmara (peça 12, p. 41-42), proferido na Sessão de 23/8/2011, Ata 30/2011, em que o Tribunal julgou irregulares as contas do primeiro recorrente e condenou-o em débito solidário com a segunda, aplicando-lhes multa individual no valor de R\$ 10.000,00.

HISTÓRICO

2. Trata-se, originariamente, de tomada de contas especial – TCE, decorrente da conversão de relatório de auditoria realizada na modalidade Fiscalização de Orientação Centralizada, por determinação do Acórdão 779/2009 – Plenário (peça 1, p. 16-20). A auditoria teve como objetivo avaliar a conformidade das transferências voluntárias e aplicações de recursos provenientes do Ministério do Esporte, junto à Fundação de Apoio ao Menor de Feira de Santana - FAMFS, entidade conveniente.

3. Uma das irregularidades que deram ensejo à conversão da fiscalização em TCE foi a constatação de pagamentos da FAMFS à firma individual Oleana Terezinha Zenatti pelo fornecimento de lanches em setembro de 2005, no bojo do Programa Segundo Tempo, com recursos do Convênio 001/2005 (peça 2, p. 9-20), não obstante não tenha ocorrido distribuição de alimentos naquele mês.

4. Além disso, os técnicos constataram que, na vigência dos Convênios 003/2003, 038/2004 e 001/2005, os lanches entregues eram produzidos pela própria FAMFS, vendidos para a empresa de Oleana a custo menor, a qual os revendia de volta para a Fundação, ou seja, a aquisição dos produtos era fictícia.

5. Após análise das alegações de defesa, o Tribunal acatou parcialmente os argumentos apresentados, mas julgou, por meio do Acórdão 6.822/2011-TCU-1ª Câmara (peça 12, p. 41-42), irregulares as contas do Sr. Antonio Lopes Ribeiro, imputando-lhe débito solidário com a firma individual Oleana Terezinha Zenatti, aplicando-lhes multa individual no valor de R\$ 10.000,00.

6. Irresignado, o Sr. Antonio Lopes Ribeiro interpôs Recurso de Reconsideração (peças 30, 31 e 32) contra o Acórdão citado, requerendo o recebimento e provimento do pedido para isentá-lo do débito e da multa imputada, como medida de Direito e Justiça.

7. Do mesmo modo, a Sra. Oleana Terezinha Zenatti também interpôs Recurso de Reconsideração (peça 34, p. 3-4) contra o Acórdão descrito, pedindo o provimento do recurso para isentá-la da condenação em débito e multa.

ADMISSIBILIDADE

8. Reiteram-se os exames preliminares de admissibilidade (peças 33, p. 2-5; e 34, p. 6-8), ratificados pelo Exmo. Sr. Ministro-Relator (peça 33, p. 12), que concluiu pelo conhecimento do recurso, suspendendo-se os efeitos dos subitens 9.1, 9.2 e 9.3 do Acórdão 6.822/2011-TCU-1ª Câmara, eis que preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie.

MÉRITO

9. Percebe-se que os argumentos colacionados pela Sra. Oleana Terezinha Zenatti (peça 34, p. 3-4), integram também a peça recursal do Sr. Antonio Lopes Ribeiro (peças 30, 31 e 32), razão pela qual serão analisados em conjunto, em homenagem ao princípio da economia processual. Na sequência, serão discutidos as alegações de natureza individual dos recorrentes.

Argumentos comuns (peças 30, p. 3-5; e 34, p. 4)

10. O Sr. Antonio Lopes Ribeiro transcreve inicialmente trechos da deliberação recorrida (peça 30, p. 4), sendo que no item 6.1 transcrito consta conclusão da unidade técnica sobre a emissão e depósito para a própria FAMFS dos cheques para os pagamentos descritos no Acórdão 779/2009-Plenário, com exceção da cártula destinada à quitação da Nota Fiscal 234, nominal à Sra. Oleana Terezinha Zenatti, creditado em conta do Bradesco, aparentemente sem vínculo com a Fundação (peça 8, p. 66-67).

11. Após, o recorrente transcreve o item 6.2 da deliberação combatida, no qual há informação de que a maior parte dos demais cheques emitidos para pagamento das notas fiscais relacionadas à venda fictícia, identificadas no subitem 9.1.2 do Acórdão 779/2009-Plenário, também foi emitida em favor da FAMFS e pôde ser conciliada com os depósitos na conta da entidade.

12. Contudo, de acordo com o trecho, alguns dos títulos destinaram-se à Sra. Oleana Terezinha Zenatti, para depósito em conta-corrente do Bradesco ou endossados ao portador, não havendo correspondência com os montantes e datas dos depósitos realizados na conta da FAMFS.

13. Na sequência, em ambas as peças recursais, consta que a Fundação tinha com a Sra. Oleana Terezinha Zenatti contratos para atendimento às crianças e adolescentes residentes na Fazenda do Menor e na Casa Juiz Jorge de Melo Matos, em regime de privação de liberdade, bem como para fornecimento de alimentos com os quais a FAMFS se obrigou em convênio com a Fundação da Criança e do Adolescente do Estado da Bahia – FUNDAC.

14. Logo, segundo os recorrentes, várias quitações eram realizadas em favor da empresa Oleana Terezinha Zenatti. Para tanto, junta cópias de convênios entre a FAMFS e a FUNDAC e respectivos contratos entre a FAMFS e a Oleana Terezinha Zenatti (peças 30, p. 15-50; 31, p. 1-16).

15. Na mesma linha, o recorrente Antonio Lopes Ribeiro (peça 30, p. 5) faz referência à Nota Fiscal 234 e ao cheque 850149, nominal à Sra. Oleana Terezinha Zenatti, creditado no Banco Bradesco, bem como aos demais títulos questionados, para afirmar que os documentos possuem, de fato, vínculo com a Fundação, pois foram destinados a pagamentos de fornecimentos de alimentos nos convênios com a FUNDAC.

Análise

16. Não assiste razão aos responsáveis. Não obstante os documentos colacionados aos autos pelo Sr. Antonio Lopes (peças 30, p. 15-50; 31, p. 1-50; e 32, p. 1-34) darem conta de que havia relação jurídica entre a FAMFS e a FUNDAC e, principalmente, contrato entre a Fundação de Apoio ao Menor de Feira de Santana e a Sra. Oleana Terezinha Zenatti, essas provas não têm ligação com os débito imputado às partes.

17. Primeiramente, nos convênios citados pelos recorrentes nos pedidos ora em análise, os recursos originaram-se da Fundação da Criança e do Adolescente – FUNDAC, vinculada ao Governo do Estado da Bahia (peça 30, p. 15 e 31), enquanto que os danos em discussão nesses autos relacionam-se a transferências do Ministério dos Esportes (peças 1, p. 16-19; e 2, p. 9-19). O cheque 850149 (peça 8, p. 66-67), por exemplo, refere-se à conta-corrente do Convênio 001/2005 (peça 2, p. 13).

18. De outra sorte, como citado no trecho transcrito por um dos recorrentes, outros cheques destinaram-se à Sra. Oleana Terezinha Zenatti, para depósito em conta-corrente do Bradesco ou endossados ao portador, não havendo correspondência com os montantes e datas dos depósitos realizados na conta da FAMFS, o que se comprova em cotejo da unidade técnica (peça 12, p. 19-21).

19. Além disso, ainda que se considere a relação jurídica da FAMFS com a Sra. Oleana Terezinha Zenatti no fornecimento de alimentos, as transações questionadas, que deram origem ao débito imputado aos recorrentes, não estariam autorizadas em qualquer ajuste eventualmente celebrado.

20. Como descrito no relatório do Acórdão recorrido (peça 12, p. 30), a FAMFS produzia os alimentos destinados ao Programa Segundo Tempo, vendia para a firma individual Oleana Terezinha Zenatti, que os revendia para a própria fundação, com lucro de R\$ 0,10 por lanche.

21. O ganho de cerca de 20% da recorrente Oleana não tinha razão de ser, pois a empresa poderia perfeitamente fornecer diretamente os produtos sem qualquer intermediário. Esse custo, de fato, afasta-se dos objetivos do convênio.

Argumentos comuns (peças 30, p. 5; e 34, p.3-4)

22. O Sr. Antonio Lopes afirma, também, que os cheques questionados nos presentes autos, dentre eles o de número 850149, utilizado para pagar a nota fiscal 234, nominal à Sra. Oleana, destinaram-se a reembolsar tributos incidentes sobre os documentos fiscais emitidos pela firma individual.

23. Para tanto, apresenta Documentos de Arrecadação Estadual – DAE, com incidência de Impostos sobre Circulação de Mercadorias e prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal – ICMS; bem como documentos de arrecadação federal – DARF, relativos a impostos federais (peça 32, p. 35-55). De acordo com o recorrente, a FAMFS se comprometeu a reembolsar a Sra. Oleana Terezinha Zenatti por esses tributos, tendo em vista que não seria justo a empresa, que não obteve vantagem financeira, ainda ter que arcar com gastos tributários.

24. Afirma o recorrente que o cotejo dos documentos juntados traz a correspondência devida com os gastos questionados, pois os fatos geradores correspondem ao período em que a FUNDAC tinha convênio com a FAMFS e a fundação tinha contrato com a firma Oleana Terezinha Zenatti, para fornecimento de alimentos.

25. Com isso, não haveria pagamento indevido à empresa Oleana Terezinha Zenatti, com recursos do Convênio 001/2005, pelo fornecimento de lanches no mês de setembro de 2005. Destaca a recorrente (peça 34, p. 3), que não se beneficiou dos valores dos convênios, pois apenas buscou auxiliar a Fundação a solucionar problema na prestação de contas ao Ministério dos Esportes, por lanches produzidos pela própria FAMFS.

26. Na mesma linha, a Sra. Oleana afirma não ter se beneficiado com os recursos dos convênios objetos da condenação, sendo que teve apenas constrangimentos e prejuízos, pois, em que pese a FAMFS tê-la reembolsado dos impostos pagos, não o fez em montante suficiente para cobrir as despesas tributárias, as quais teve que parcelar com juros, multas e correções, conforme documentos em anexo ao recurso do Sr. Antonio Lopes.

Análise

27. As alegações dos recorrentes não podem ser aceitas. O acatamento dos argumentos dos responsáveis, nesse ponto implicaria em desvirtuar toda a estrutura de controle organizada em normativos como a Instrução Normativa/STN 1/1997, destinados a garantir a comprovação do nexo de causalidade entre os recursos repassados e os gastos realizados no bojo de convênios governamentais.

28. Em primeiro lugar, não se pode aceitar que valores pagos à empresa Oleana Terezinha Zenatti, vinculados a compras fictícias de produtos alimentícios produzidos pela própria FAMFS, estejam relacionados à quitação de tributos pela empresa supostamente fornecedora. Não há nos autos qualquer elemento que comprove essa negociação e, ainda que houvesse, não teria respaldo legal.

29. Em segundo lugar, o pagamento de tributos não se faz por parcelas de hipóteses de incidência, não sendo, portanto, possível estabelecer a relação entre os fatos geradores decorrentes apenas das notas fiscais questionadas nos presentes autos e os valores pagos em atraso pela firma individual aos órgãos fazendários estaduais e federais.

30. Além disso, os documentos colacionados aos autos pelo Sr. Antonio Lopes Ribeiro (peça 32, p. 35-55) somam mais de R\$ 280.000,00, logo, quantia muito superior ao montante de R\$ 128.082,32, apontado como débito na deliberação recorrida (peça 12, p. 39), o que demonstra que os atrasos não decorreram das transações com a FAMFS. Assim, sob qualquer prisma, não seria possível aceitar os referidos documentos como explicação para os valores pagos à empresa.

31. Por outro lado, como já destacado anteriormente, os convênios firmados pela FUNDAC com a FAMFS e os contratos entre a Fundação e a firma Oleana Terezinha Zenatti tratam de recursos distintos dos valores em discussão na deliberação recorrida.

32. Essas relações jurídicas acabam por infirmar as alegações dos recorrentes de que os tributos não recolhidos decorreram de relações tributárias vinculadas aos valores do Ministério do Esporte. A firma individual tinha outras atividades também geradoras de fatos imponíveis do ICMS e de tributos federais.

33. As compras fictícias realizadas pela FAMFS de mercadorias produzidas por ela própria com margem de lucro destinada à Sra. Oleana não têm explicação jurídica plausível, ratificando-se a condenação em débito e a aplicação de multas operadas no bojo do Acórdão recorrido.

RECURSO ANTONIO LOPES RIBEIRO (peças 30, 31 e 32)

Argumentos individuais (peça 30, p. 5-6)

34. O recorrente relembra que, nas alegações de defesa, estão anexados, entre outros documentos, o parecer técnico da prestação de contas n. 013/2006, ao Convênio n. 001/2005, elaborado pelo Ministério do Esporte. Nele consta, segundo o ex-gestor, informação de que a FAMFS deveria atender a 50.000 crianças e adolescentes, sendo que a fundação atendeu além do programado, coincidindo com o relatório cadastro do convênio no portal do Ministério.

35. Com isso, sustenta o recorrente não ter havido pagamento a Oleana Terezinha Zenatti sem a devida correspondência, pois, caso isso tivesse ocorrido, em hipótese remota, segundo ele, a dívida de R\$ 20.000,00 seria inferior ao custo de 1.172 lanches fornecidos, nos termos comprovados nos autos.

36. Na sequência o autor do pedido apresenta conclusão do parecer técnico no Ministério dos Esportes, no sentido de que tecnicamente o objeto do convênio 001/2005 foi aprovado, em relação às ações executadas e os benefícios alcançados.

37. Conclui esse ponto, afirmando estar provado que não houve pagamento a Oleana Terezinha Zenatti sem a correspondência entre as relações de pagamento e os gastos realizados, sem que tenha havido enriquecimento indevido da FAMFS.

Análise

38. Não assiste razão ao recorrente. O débito de R\$ 20.000,00, para o qual o Sr. Antonio Lopes busca explicação nesse tópico, em princípio, decorreu do fato de não ter havido fornecimento de lanches no mês de setembro de 2005, no âmbito do Convênio 001/2005, impugnando-se as notas fiscais listadas no subitem 9.1.1. do Acórdão 779/2009-TCU-Plenário (peça 12, p. 35). Após diligências ao Banco do Brasil, a unidade técnica verificou que a maior parte dos cheques emitidos para aquele mês retornou para a própria FAMFS, não havendo que se falar em dano ao erário.

39. Entretanto, os técnicos identificaram que o cheque 850149, vinculado ao pagamento da nota fiscal 234, destinou-se à firma individual Oleana Terezinha Zenatti, em conta-corrente do Banco Bradesco, sem qualquer relação com a FAMFS (peça 12, p. 35).

40. Assim, não há que se falar em custo para fornecimento de lanches pela firma individual, pois, como amplamente comprovado nos autos, os produtos alimentícios eram produzidos pela própria FAMFS, que suportava as despesas de produção. Logo, o pagamento realizado à Sra. Oleana não tinha razão de ser, ainda que a meta de crianças tenha sido ultrapassada, sendo que o Parecer Técnico 13/2006 (peça 18, p. 19-21) sequer tratou da questão. A relevância desse fato não poderia ter passado despercebida pelo conveniente, razão pela qual o Tribunal desconsiderou corretamente a manifestação do órgão.

Argumentos individuais (peça 30, p. 6-7)

41. Após, o recorrente tece comentários acerca do percentual de 20% sobre as notas fiscais, questionado na deliberação recorrida. Considera evidente que a FAMFS não remunerou a Sra. Oleana Terezinha Zenatti, no que tange a qualquer valor relativo aos convênios em debate.

42. O gestor sente constrangimento na penalização da Sra. Oleana, a qual, segundo ele, apenas ajudou a FAMFS a solucionar o problema de não poder emitir nota fiscal de fornecimento de produtos fabricados por ela própria, conforme orientações jurídicas do Ministério do Esporte.

43. Afirma que, não fosse o fato de não ter conhecimento da informação dada agora pelo Tribunal de que a FAMFS poderia emitir notas fiscais, não teria sentido realizar operação para fornecer lanches em igual quantidade e valor em montante cerca de 300% mais barato do que outros fornecedores, conforme cotação de preços constantes dos autos.

44. Aduz que os valores de mercado pesquisados estariam entre R\$ 2,00 e R\$ 2,70 por lanche, sendo que os produtos fabricados pela FAMFS ficaram em R\$ 0,50, incluindo-se a logística de entrega e arcando com os impostos das respectivas notas fiscais.

45. Nessa linha, o recorrente afirma que o Tribunal não considerou a contrapartida de 20% que a FAMFS arcou para execução dos convênios em discussão.

Análise

46. Os argumentos do recorrente não merecem prosperar. Restou comprovado nos autos a contratação irregular do fornecimento de lanches junto à firma individual Oleana Terezinha Zenatti. A própria FAMFS fabricava as mercadorias e efetuava uma venda fictícia à mencionada firma, que os revendia em seguida, também ficticiamente, à própria Fundação, por preço 20% maior.

47. O ex-gestor afirma ter sido orientado pelo Ministério dos Transportes a proceder dessa forma, sem, contudo, apresentar qualquer parecer jurídico oficial nesse sentido. Quanto a informações corretas em relação à emissão de notas fiscais, os órgãos fazendários poderiam e deveriam ter sido consultados, para corroborar qualquer incursão da FAMFS em temas fiscais delicados.

48. O alegado custeio de tributos devidos na operação, exatamente no percentual de 20% do valor das transações efetuadas, não se comprovou nos autos, conforme análise anterior presente nesta instrução, além de não ter respaldo legal.

49. Além disso, os supostos valores de mercado apresentados pelo recorrente não autorizariam a remuneração comprovada de 20% à empresa Oleana sem respaldo legal, tendo em vista que o custo de fato dos lanches era de R\$ 0,40 e não R\$ 0,50, sendo suportado pela própria FAMFS.

50. É importante informar, por fim, que, conforme o Acórdão 779/2009 – Plenário, há indícios de que a firma Oleana Terezinha Zenatti era “empresa de fachada, pois teve sua inscrição estadual (n. 50.963.999) considerada inapta em 22/09/2004 pelo órgão fazendário estadual, em decorrência da não localização do estabelecimento pela fiscalização” (peça 1, p. 13, item 8). Logo, as operações fictícias, já sem qualquer embasamento na Lei, mostram-se ainda mais condenáveis.

Argumentos individuais (peça 30, p. 7-13)

51. Após, o gestor evoca o princípio da razoabilidade e as exigências da Lei n. 8.212/1991 quanto aos benefícios do art. 195, §7º, da Constituição Federal, às entidades de assistência social, para reformar a decisão, afastando-se as penalidades a ele impostas.

52. Para tanto, transcreve trecho de texto jurídico da internet tratando do assunto (peça 30, p. 7-12). Na lição doutrinária, após delineamento da situação do princípio da razoabilidade nos países ocidentais, por influência de nações como os Estados Unidos e a Alemanha, o autor destaca escopo histórico do princípio.

53. Destaque-se nesse ponto a mudança no uso do postulado, o qual passou de instrumento para correção de defeitos de ordem processual para ferramenta destinada a examinar a compatibilidade dos atos praticados pelo Poder Público, verificando-se a adequação dos meios aos fins buscados.

54. Ressalta o autor do texto, também, que, no Brasil, o princípio da razoabilidade, não obstante inserto na Constituição Federal, tem sido usado com timidez. Após, apresenta conceitos de diversos autores para o referido preceito. Luís Roberto Barroso, por exemplo, considera o referido postulado parâmetro de valoração dos atos do Poder Público, com base no conceito de Justiça.

55. Diante dos conceitos, o autor do texto doutrinário transcrito ressalta a importância do princípio da razoabilidade nos casos em que destoarem os fins pretendidos pelo Estado dos meios por ele utilizados.

56. Ressalta a dificuldade no uso do princípio da legalidade, especialmente quando em confronto com o postulado da razoabilidade. Nesse sentido, lembra o autor a solução de Dworkin, nesses casos, segundo a qual a colisão de princípios exige que se sopesse cada um, de acordo com o caso concreto.

57. Ainda sobre o princípio, o autor transcrito apresenta trecho da obra de Celso Antônio Bandeira de Mello, no qual o doutrinador destaca que quando o ato praticado não se revestir dos meios adequados e necessários para o atingimento dos fins legítimos, não estará revestido de razoabilidade e será, portanto, inconstitucional.

58. Depois disso, o doutrinador do texto da internet apresenta clássica lição de Alexy para aferir a existência ou não de razoabilidade no ato. Deve-se, segundo o doutrinador, verificar se há, no objeto da análise, adequação entre os meios e fins, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

59. A necessidade é a verificação, após a chancela quanto à adequação, se o ato foi realizado pelo meio menos gravoso ou mais benéfico para o cidadão. Caso tenha passado pelos dois crivos anteriores, dever-se-á analisar a justificativa da ação em análise, em especial em normas restritivas de direitos, para atestar a proporcionalidade em sentido estrito.

60. A discussão do princípio da razoabilidade no texto doutrinário apresentado visa aplicar o postulado à interpretação do benefício previsto no art. 195, §7º, da Constituição Federal, regulamentado pela Lei 8.212/1991, segundo parte da doutrina, a qual, em seu art. 55, estabelece requisitos para o gozo da imunidade tributária.

61. O estudo transcrito tem por objetivo demonstrar até que ponto são razoáveis os requisitos previstos no art. 55 da Lei 8.212/1991, especialmente aqueles constantes do inc. II do dispositivo, como forma para concessão ou não do benefício constitucional às entidades de assistência social.

Análise

62. O recorrente não logrou êxito em afastar as irregularidades que lhe são imputadas. Os argumentos apresentados pelo gestor estão desconexos da conjuntura discutida nos autos. Não foi questionada pela deliberação recorrida a imunidade tributária da FAMFS, como entidade de assistência social.

63. Também não há retoques na deliberação combatida quanto ao princípio da razoabilidade. Nessa linha, em relação aos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, cabe cotejá-los com a deliberação do Tribunal, que imputou débito e aplicou multa individual aos recorrentes, no valor de R\$ 10.000,00

64. O princípio da proporcionalidade, sinônimo de razoabilidade, é regra de interpretação de natureza valorativa, que deve permear o ordenamento jurídico. Visa o equilíbrio na restrição de direitos e concessão de benefícios, conforme leciona Inocêncio Mártires Coelho (MENDES, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 181).

65. O autor ensina que esse postulado compõe-se da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito. Para Pedro Lenza (Direito constitucional esquematizado. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 138), na necessidade, a adoção de restrição de direitos só é legítima se for indispensável ao caso e não for passível de substituição por medida menos gravosa.

66. No presente caso, a postura do Tribunal não poderia ter sido outra, em razão de a própria Corte estar jungida ao princípio da legalidade. Por força do que dispõe o art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, bem assim o art. 93 do Decreto-lei 200/1967 c/c o art. 66 do Decreto 93.872/1986, compete ao gestor comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos, isto é, cabe ao administrador público o ônus da prova. O Tribunal firmou jurisprudência nesse sentido, conforme se verifica nos acórdãos 903/2007–1ª Câmara, 1.445/2007–2ª Câmara e 1.656/2006–Plenário. Logo, não haveria outro posicionamento possível para a Corte diante dos fatos narrados nos autos em debate.

67. De outro lado, leciona Pedro Lenza (Direito constitucional esquematizado. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 138) que a adequação significa a escolha do meio mais adequado para o atingimento do objetivo pretendido.

68. Restou comprovado nos autos que parte dos valores transferidos no bojo dos Convênios 003/2003, 038/2004 e 001/2005 foi depositada na conta bancária da Sra. Oleana Zenatti, evidenciando o recebimento de montantes pela operação ficta de compra e venda recíproca, para fins de simples emissão de nota fiscal, tendo em vista que os lanches eram produzidos pela própria FAMFS. Assim, não foi possível atestar a legalidade dessas despesas, restando ao Tribunal apenas buscar o ressarcimento dos valores, como medida adequada e necessária.

69. A multa em razão da conduta condenável de utilização de recursos federais para remunerar operações fictícias, sem explicação razoável, amolda-se com perfeição ao postulado da razoabilidade, com respeito aos subprincípios da adequação e da necessidade. Além disso, essa penalidade tem a importante função preventiva para impedir que os recorrentes e outros gestores realizem condutas semelhantes no futuro.

70. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, nos termos da doutrina escolhida (LENZA, Pedro, Direito constitucional esquematizado. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 138), exige que o ato praticado realize o objetivo pretendido sem restringir exageradamente outros valores constitucionalizados. Nesse

ponto, a imposição de débito, por inafastável, não se discute. Já a multa, no valor de R\$ 10.000,00, tendo em vista dano ao erário superior a R\$ 140.000,00, mostra-se proporcional à conduta dos recorrentes.

71. Dessa forma, além de não ter havido na deliberação combatida qualquer questionamento acerca da imunidade tributária da FAMFS, a imputação de débito e a aplicação das multas mostraram-se condizentes com o princípio da proporcionalidade.

PROPOSTA

72. Diante do exposto, com fundamento nos arts. 32, I, e 33, da Lei 8.443/1992, submetem-se os autos à consideração superior propondo:

- a) conhecer do Recurso de Reconsideração interposto pelos Srs. Antonio Lopes Ribeiro, presidente da Fundação de Apoio ao Menor de Feira de Santana – FAMFS; e Oleana Terezinha Zenatti, contra o Acórdão 6.822/2011-TCU-1ª Câmara, proferido na Sessão de 23/8/2011, Ata 30/2011;
- b) negar provimento aos recursos, mantendo-se inalterada a deliberação recorrida;
- c) comunicar aos recorrentes, à Procuradoria da República no Estado da Bahia e aos demais interessados a deliberação que vier a ser proferida por esta Corte.”

2. O diretor da Serur (peça 37), baseado na delegação de competência contida na Portaria Serur 2/2009, manifestou-se de acordo com a proposta de encaminhamento.

3. Nesse mesmo sentido foi o parecer do Ministério Público junto ao TCU, da lavra da subprocuradora-geral Cristina Machado da Costa e Silva.

É o relatório.