

VOTO

Ante o atendimento dos requisitos de admissibilidade, os presentes embargos de declaração podem ser conhecidos pelo Tribunal.

2. Quanto ao mérito, devem ser providos em parte.
3. O embargante aponta contradição e obscuridade, consistentes na sua condenação e imputação de débito relativo ao desvio de recursos na aquisição de combustíveis, enquanto as empresas tiveram suas alegações acolhidas. Pleiteia a aplicação do art. 161 do RITCU.
4. Não há, necessariamente, contradição ou obscuridade.
5. É verdade que as empresas fornecedoras dos combustíveis foram citadas, em solidariedade com o ex-prefeito Antônio Marcos Bezerra Miranda, por irregularidades na aquisição de combustíveis. E, de fato, foram isentadas de responsabilidade. Com base na instrução produzida pela unidade técnica, e com o aval do representante do MP/TCU, chegou-se à conclusão de que não havia segurança para afirmar que as contratadas deixaram de fornecer o combustível à prefeitura. Consignei no voto que “os elementos apontados na fiscalização da CGU (...) não são suficientes para garantir que o produto adquirido não foi efetivamente entregue à prefeitura”. Diante disso, não foi imputado débito às fornecedoras.
6. É perfeitamente possível que o fornecedor seja isentado de responsabilidade, por inexistir indício de que não tenha entregue o produto, e o gestor seja condenado. Nessa hipótese, a condenação, por óbvio, se fundamentaria em desvio do produto, no caso, o combustível, após a entrega pelo fornecedor, e já de posse da prefeitura. Essa foi a razão para a imputação do débito. Com efeito, o ex-prefeito foi condenado pela inviabilidade do consumo da totalidade do óleo diesel adquirido. Como consectário, conclui-se, evidentemente, que o produto foi entregue ao município.
7. Ocorre que o responsável não foi citado por desvio do combustível entregue pelos fornecedores. A citação do embargante, bem assim das empresas fornecedoras, foi por “*desvio de recursos públicos com suposto pagamento por serviços de fornecimento de combustíveis não prestados*” (Ofício 151/213, peça 7). Essa foi a irregularidade imputada aos envolvidos: pagamento por combustível que não teria sido entregue. A ocorrência constante do ofício citatório é bem diferente de um suposto desvio do combustível no âmbito da prefeitura, já que não ficou comprovado que as empresas não forneceram o produto. Sendo assim, estando afastada a responsabilidade das empresas por um suposto não fornecimento à prefeitura, a mesma solução deve ser dada à condenação do prefeito.
8. Permanece, com efeito, o consumo injustificado do óleo diesel. Mas, repito, ele não foi citado por essa ocorrência. A alternativa seria anular o acórdão condenatório e renovar a citação, desta vez solicitando a apresentação de alegações de defesa pela irregularidade relativa ao desvio de combustível com base na inviabilidade do consumo da quantidade adquirida. Diante do tempo decorrido, já não vejo viabilidade em renovar a citação.
9. Sendo assim, os embargos devem ser providos, quanto a este ponto.

III

10. Com relação à ausência de enfrentamento da defesa em relação à suposta nulidade processual, o embargante carece de razão. Os argumentos foram enfrentados pela unidade técnica nos parágrafos 19 a 26, 62 e 63 da instrução de peça 83, transcritos a seguir:

“19. Não procede a alegação da defendente contra a instauração da TCE sob o argumento de que não ficaram configurados indícios de dano. Em seu relatório de fiscalização, a CGU juntou documentos e informações, como nota fiscal, mapas, termos de declaração diversos e planilhas (peça 1, pp. 39-49, peça 7, pp. 18-36, peça 21, p. 19, e peça 24, p. 33, do apenso TC 013.541/2009-1) que, **a priori**, apontavam a ocorrência de dano ao erário derivada de supostas aquisições de combustíveis por parte do município. Ao contrário do que sustenta o defendente, havia suficientes indícios de ocorrência de prejuízo ao erário como resultado da aplicação de recursos do Fundef/Fundeb na aquisição de combustíveis.

20. De igual modo, deve ser rechaçado o argumento de que a conversão do processo de representação (TC 013.541/2009-1) em tomada de contas especial sem a prévia oitiva da empresa, ora defendente, representou violação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

21. Na realidade, a conversão do processo de representação em tomada de contas especial – que tem natureza de decisão preliminar, não importando, assim, em julgamento de mérito da matéria – objetiva viabilizar a citação dos envolvidos para apresentação de defesa acerca das irregularidades apontadas ou recolhimento do débito indicado na deliberação, assegurando-lhes justamente, nos termos do art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal, o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal.

22. A referida conversão tem por base legal o art. 47 da Lei 8.443/1992, que estabelece:

‘Art. 47. Ao exercer a fiscalização, se configurada a ocorrência de desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário, o Tribunal ordenará, desde logo, a conversão do processo em tomada de contas especial, salvo a hipótese prevista no art. 93 desta Lei.’

23. A exceção de que trata o mencionado art. 93, na qual não se enquadra o presente feito, refere-se a casos em que, em razão do baixo valor do dano, o Tribunal pode, a título de racionalização administrativa e economia processual, determinar o arquivamento do processo sem cancelamento do débito, a fim de evitar que o custo da cobrança supere o valor da dívida.

24. De acordo com o dispositivo legal acima transcrito, não há impropriedade alguma na conversão da representação em TCE. Esse é o entendimento que o TCU, com respaldo, aliás, em precedente do STF, vem adotando nas diversas oportunidades em que enfrentou a matéria, a exemplo do Acórdão 1.641/2006-Plenário, no qual se registrou que ‘a conversão em exame constitui decisão preliminar, não importando, portanto, em julgamento de mérito da matéria, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal em sede do MS 24.782 MC/DF’. No mesmo sentido são os Acórdãos 7.325/2010-1ª Câmara, 2.276/2011-2ª Câmara e 4.001/2010-2ª Câmara.

(...)

62. Da mesma forma, não se sustenta o argumento quanto à falta de contraditório e ampla defesa durante a fiscalização, uma vez que nessa fase os responsáveis e interessados não assumem, de imediato, a condição de litigantes ou acusados a que se refere o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, visto tratar-se de fase meramente instrutiva, em que não há litígio ou acusação, mas apenas verificação de fatos e apuração de autoria. Somente passam a ostentar a condição de litigantes ou acusados se o Tribunal identificar situação que possa configurar a prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo ou antieconômico, a ocorrência de dano ao erário, ou o desfalque ou desvio de dinheiros, bens e valores públicos.

63. No caso concreto, imputada a responsabilidade pelos danos e demais irregularidades ao ora defendente com a conversão do processo de origem na presente

tomada de contas especial, foi o referido responsável imediatamente chamado ao processo mediante citação e audiência válidas, instrumentos hábeis a garantir-lhe o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa (Acórdão 7.445/2013-1ª Câmara)."

11. Em meu voto, teci as seguintes considerações:

"a) instauração de tomada de contas especial:

- a conversão do processo em tomada de contas especial objetiva viabilizar a citação dos envolvidos para apresentação de defesa acerca das irregularidades apontadas ou recolhimento do débito indicado na deliberação, assegurando-lhes o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal;

- a conversão tem natureza de decisão preliminar, não importando em julgamento de mérito da matéria;

b) falta de notificação durante a fiscalização:

- a defesa não aponta objetivamente as informações omitidas ou os fatos distorcidos pelo seu sucessor;

- na fiscalização, os responsáveis e interessados não assumem, de imediato, a condição de litigantes ou acusados, visto tratar-se de fase meramente instrutiva, em que não há litígio ou acusação, mas apenas verificação de fatos e apuração de autoria;

- com a conversão do processo em tomada de contas especial, o responsável teve a garantia do exercício do contraditório e da ampla defesa, por meio de citação e audiência;"

12. Não existe, portanto, nesse ponto, qualquer omissão ou obscuridade no acórdão embargado.

IV

13. O embargante aponta ainda omissão quanto ao argumento de que as ações de fiscalização da Controladoria Geral da União foram implementadas à sua revelia e em contato unicamente com o prefeito sucessor e adversário político.

14. A questão foi devidamente examinada pela Secex/MA. Assinalou o auditor na sua instrução, transcrita em meu relatório:

"61. No que se refere à suposta má vontade do prefeito sucessor do responsável em prestar todas as informações requeridas no curso da auditoria da CGU, a defesa não aponta objetivamente as informações porventura omitidas ou os fatos distorcidos. Logo, não se pode aceitar como válida a alegação."

15. No voto, corroborei a conclusão da unidade técnica:

*"7. Aprovo essa proposta, pelas razões que passo a expor.
(...)"*

9. Com relação a Antonio Marcos Bezerra Miranda:

b) falta de notificação durante a fiscalização:

- a defesa não aponta objetivamente as informações omitidas ou os fatos distorcidos pelo seu sucessor;"

16. Improcedente, portanto, a alegação de omissão ou obscuridade.

V

17. Prosseguindo, o embargante aponta omissão no exame do argumento de defesa de que a ausência de licitação na locação de veículos se deveu pelo fato de serem os únicos ônibus existentes no município.

18. Não há qualquer omissão. A questão foi objeto de análise na instrução da unidade técnica. Reproduzo o trecho em que o argumento foi enfrentado:

“71. Não procedem as justificativas para a celebração de contratos de locação de ônibus sem licitação, pois, além de o responsável não ter feito prova da alegação de que aqueles eram os únicos veículos do tipo no município, tal fato, ainda que estivesse comprovado, não poderia servir de justificativa para a dispensa, uma vez que não ficou demonstrada a inviabilidade de competição com possíveis interessados de outras localidades. Tal irregularidade importa em afronta grave ao art. 37, caput e inciso XXI, da Constituição Federal e ao art. 2º da Lei 8.666/1993, que estabelecem a obrigatoriedade de licitação para a contratação de serviços com terceiros pela Administração Pública.”

19. E no voto fiz referência a este ponto:

*“7. Aprovo essa proposta, pelas razões que passo a expor.
(...)”*

9. Com relação a Antonio Marcos Bezerra Miranda:

c) dispensa de licitação para locação de veículos:

- o responsável não comprovou que os ônibus locados eram os únicos existentes no município nem demonstrou a inviabilidade de competição com possíveis interessados de outras localidades;”

VI

20. Quanto ao superfaturamento nos contratos de locação, a Secex/MA foi precisa:

“88. Examinando-se as alegações de defesa, vê-se que o arrazoado do responsável, que apresenta exercício de cálculo baseado em suposto custo médio do quilômetro percorrido, não guarda nenhuma pertinência com a forma de apuração de débito acima descrita, a qual se funda no confronto dos preços de aluguel contratados com a referência de mercado. Portanto, permanece sem justificativa a irregularidade apontada, que constitui afronta aos princípios da moralidade e da eficiência (art. 37, caput, da CF) e aos arts. 15, inciso V, 26, parágrafo único, incisos II e III, e 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993.

89. De outro lado, também não tem fundamento a alegação de que os contratos de locação firmados pela prefeitura representaram economia com gastos de manutenção e renovação de frota, visto que as despesas de manutenção e de abastecimento ficaram a cargo do contratante (cf. cláusula quarta dos contratos de locação na peça 7, pp. 6-13, do apenso), e ao longo do período de quatro anos do mandato do gestor não houve substituição de nenhum dos veículos alugados.”

21. Não procede, portanto, a alegação de omissão.

VII

22. Com relação ao pagamento por serviços não prestados, o embargante alega que seus argumentos acerca da necessidade de perícia técnica e de que a CGU baseou suas conclusões em depoimentos de pessoas escolhida pelo prefeito sucessor não foram examinados. Não tem razão o ex-prefeito. Está consignado em meu relatório:

“100. Como visto na defesa apresentada, o responsável limitou-se a tentar desqualificar os procedimentos adotados pela CGU na vistoria das obras e a rebater especificamente as constatações referentes a apenas três das escolas visitadas. Além disso, o defendente solicita ao TCU a realização de perícia técnica para aferir o tempo da obra e a compatibilidade destas com as despesas indicadas.

101. Sobre o requerimento ao TCU para que sejam produzidas provas de interesse da parte, como é o caso da perícia técnica solicitada acima, remete-se a análise para o item 72 desta instrução, em que o tema já foi abordado e proposto que a pretensão do defendente seja indeferida.

102. No que respeita aos procedimentos realizados pela equipe da CGU nas visitas às obras, nada há de anormal, pois se basearam em inspeção física, entrevistas com pessoas da comunidade e registros fotográficos, técnicas largamente empregadas em auditoria, inclusive por este Tribunal. Ademais, as averiguações da CGU não se restringiram à vistoria amostral das obras, mas se estenderam a verificações quanto à regularidade das empresas contratadas e das notas fiscais que deram suporte aos pagamentos, resultando em informações que reforçaram as irregularidades inicialmente detectadas. Portanto, não procede a tentativa de levantar suspeição sobre o trabalho de fiscalização.”

VIII

23. Quanto à suposta omissão acerca da falta de razoabilidade do cálculo do consumo de combustível e do suposto vínculo familiar, o exame fica prejudicado, ante o acolhimento dos embargos nesse ponto (parágrafos 3 a 9).

IX

24. No que diz respeito ao argumento acerca da existência de notas fiscais inválidas, também não tem fundamento a alegação de omissão, porquanto a unidade técnica, em análise por mim acolhida, se pronunciou sobre o argumento nos parágrafos 153 a 162 de sua instrução, transcritos a seguir:

“153. Não procede o argumento do defendente no sentido de se eximir de responsabilidades próprias do gestor público, tentando transferi-las ao contador contratado pela prefeitura. Antonio Marcos Bezerra Miranda responde pelos débitos em razão de ter ocupado, à época dos fatos, o cargo de Prefeito Municipal de Bom Lugar/MA, e nesse cargo ter atuado como ordenador de despesas durante todo o período fiscalizado (2005 a 2008), como mostra sua assinatura nas inúmeras notas de empenho e ordens de pagamento juntadas na peça 24, p. 49, e ao longo das peças 25 a 30 do apenso TC 013.541/2009-1.

154. O relatório da CGU, no subitem 2.1.3.1.7 (peça 2, pp. 1-12, do apenso), em que se funda o ato impugnado 2 da citação, narra extenso rol de irregularidades que envolvem as notas fiscais emitidas por fornecedoras diversas e põem em xeque a idoneidade e até a existência física de parte dos referidos estabelecimentos.

155. Referindo-se à Distribuidora São Pedro (P.R. Cardoso), responsável por supostos fornecimentos de produtos de higiene e limpeza (notas fiscais na peça 28, p. 50, e peça 29, pp. 1-23, do apenso), o defendente diz que não havia como questionar a validade das Notas Fiscais 640 e 641 (em que se constataram vícios na AIDF), já que tantas outras emitidas anteriormente pela empresa eram idôneas, tais como as Notas 378, 380, 399, 400, 424 e 425.

156. Ocorre que essas seis notas fiscais citadas como exemplo de idoneidade pelo ex-gestor são as juntadas na peça 28, p. 50, e peça 29, pp. 1-19, do apenso, documentos que o titular da empresa suposta emitente não reconhece como verdadeiros, juntando as notas

de mesma numeração que efetivamente emitiu e que têm mercadorias, valores e adquirentes distintos das apresentadas pela Prefeitura Municipal de Bom Lugar (peça 31, pp. 25-39, do TC apenso).

157. Além dessa empresa, a CGU apontou irregularidades que comprometem a validade de notas fiscais emitidas pelas seguintes fornecedoras:

a) Comercial Atlas Ltda. e Líder Comércio e Serviços Ltda.: número das AIDF constantes nas notas fiscais inexistente ou autorização para utilização por outra empresa e/ou pessoa física (peça 2, p. 2, do apenso);

b) Center Diesel Peças e Serviços Ltda.: número das notas fiscais não corresponde ao intervalo autorizado para emissão, de acordo com o registro de AIDF (peça 2, p. 2, do apenso);

c) E. Santana dos Santos: empresário informa que jamais comercializou qualquer espécie de produto com a Prefeitura Municipal de Bom Lugar/MA e não reconhece a emissão das notas fiscais atribuídas à empresa (peça 2, p. 4, do apenso);

d) Francimeire Madeira da Silva: produtos discriminados nas notas fiscais emitidas para a Prefeitura de Bom Lugar (material de expediente) não tem relação com o ramo de atividade cadastrado para a empresa (restaurantes e similares); o estabelecimento não existe no endereço declarado da empresa (peça 2, pp. 4-5, do apenso);

e) Comercial Leste Ltda.: o estabelecimento não existe no endereço declarado da empresa; números das AIDF das notas fiscais fora da sequência; notas fiscais emitidas fora da ordem cronológica (peça 2, pp. 5-9, do apenso).

158. O defendente não se manifesta de modo específico sobre essas irregularidades, que permanecem, portanto, injustificadas.

159. Quanto ao pedido relacionado com a documentação da empresa Comercial Leste Ltda., no sentido de que o Tribunal aguarde o julgamento das contas referentes ao exercício de 2008 pelo TCE/MA, deve ser rejeitado, tendo em vista o princípio da independência das instâncias, segundo o qual o exercício das competências constitucionais do TCU não se vincula a deliberações de outro órgão ou tribunal (Acórdãos 816/2014-2ª Câmara, 142/2007-1ª Câmara, 3.271/2009-2ª Câmara e 2.284/2008-Plenário).

160. A propósito do conjunto das irregularidades apontadas, cabe assinalar que é ônus do gestor comprovar a regularidade da integral aplicação dos recursos públicos na consecução do objeto do programa, por meio de documentação consistente, que demonstre, de forma efetiva, os gastos incorridos e o nexo causal entre as despesas realizadas e os recursos federais recebidos (Acórdãos 3.238/2006, 567/2008, 670/2008, 1.362/2008 e 1.423/2008, todos da 1ª Câmara).

161. O Tribunal tem considerado que notas fiscais inidôneas não se prestam a fundamentar liquidação de despesa e que, não regularmente liquidada a despesa, não há direito ao recebimento por eventuais serviços prestados ou bens fornecidos, uma vez que não comprovada a sua efetiva execução perante a Administração. A apresentação de nota fiscal inidônea, portanto, vicia a liquidação da despesa e contamina os atos que dela dependem, especialmente o pagamento, importando na condenação em débito dos eventuais responsáveis pelo ilícito (Acórdãos 847/2007-2ª Câmara, 970/2008-1ª Câmara e 991/2007-Plenário).

162. Assim, o uso de nota fiscal inidônea para comprovar a aplicação de recursos configura afronta ao art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal; art. 93 do Decreto-lei 200/1967 c/c o art. 66 do Decreto 93.872/1986, ensejando a condenação em débito do gestor pelos valores indevidamente pagos com lastro em tais documentos fiscais, conforme o disposto no art. 16, **caput**, inciso III, alínea 'c' e § 2º, alínea 'b', da Lei 8.443/1992, bem como a aplicação de multa, com fundamento no art. 57 da mesma lei."

25. No voto, confirmei as conclusões da unidade técnica:

“g) comprovação de despesas com notas fiscais inválidas:

- *o ex-prefeito tenta, sem sucesso, transferir ao contador responsabilidades próprias do gestor público;*
- *o defendente ocupou o cargo de prefeito e atuou como ordenador de despesas durante o período fiscalizado (2005 a 2008);*
- *o ex-dirigente procura se eximir da responsabilidade pelas irregularidades cometidas na aplicação dos recursos do Fundeb, sem juntar documentação capaz de invalidar as ocorrências detectadas pela CGU, tais como: juntada de seis notas fiscais que o titular da suposta emitente não reconhece como verdadeiros e fornece as notas de mesma numeração que efetivamente emitiu e que têm mercadorias, valores e adquirentes distintos das apresentadas pela prefeitura; número das AIDF constantes em notas fiscais inexistentes ou autorizadas para utilização por outra empresa e/ou pessoa física; número de notas fiscais não corresponde ao intervalo autorizado para número de emissão, de acordo com o registro de AIDF; empresário informa que jamais comercializou qualquer produto com a prefeitura e não reconhece a emissão das notas fiscais atribuídas à sua empresa; produtos discriminados em notas fiscais (material de expediente) não têm relação com o ramo de atividade da empresa (restaurantes e similares); inexistência de empresa no endereço declarado; números das AIDF das notas fiscais fora da sequência; e notas fiscais emitidas fora da ordem cronológica;”*

X

26. Quanto ao pagamento a pessoas que não exerciam atribuições funcionais, o embargante sequer aponta omissão no acórdão, se limitando a repetir argumentos já expostos por ocasião da apresentação de suas razões de justificativa.

XI

27. Finalmente, em relação à imputação de responsabilidade ao gestor máximo do município e ausência denexo causal entre sua conduta e o dano, a instrução da unidade técnica, reproduzida em meu relatório, e o voto abordam o argumento do embargante.

28. Na instrução, a questão foi tratada da seguinte maneira:

“190. O argumento não se aplica aos atos impugnados nesta TCE e praticados por Antonio Marcos Bezerra Miranda, que, embora ocupasse a posição de agente político, também praticava atos típicos de gestão ou execução. Como já assinalado no item 153 desta instrução, o defendente responde pelos débitos em razão de ter atuado como verdadeiro ordenador de despesas durante todo o período fiscalizado (2005 a 2008), como mostra sua assinatura nos termos de homologação de licitações, bem como nas inúmeras notas de empenho e ordens de pagamento juntadas aos autos (peça 17, p. 6; peça 19, p. 12; peça 24, p. 49, e peças 25 a 30 do apenso TC 013.541/2009-1).”

29. No voto, confirmei a conclusão da Secex/MA:

“i) ausência denexo causal entre a conduta do gestor e as irregularidades apontadas:

- *o responsável praticava atos típicos de gestão ou execução;*
- *o defendente atuou como ordenador de despesas durante o período fiscalizado, como mostra sua assinatura nos termos de homologação de licitações, bem como nas inúmeras notas de empenho e ordens de pagamento juntadas aos autos”*

XII



28. Portanto, os embargos de declaração de Antônio Marcos Bezerra Miranda devem ser parcialmente providos, diminuindo-se o débito, com a conseqüente redução proporcional da multa.

Ante o exposto, voto por que este Tribunal adote o acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 11 de agosto de 2015.

JOSÉ MÚCIO MONTEIRO
Relator