

Roteiro Prático para Análise dos Expedientes Enviados pelo TCE e Verificação de Idoneidade dos Convênios Firmados pelos Municípios na Esfera Cível

Marcelo Matar Diniz

Promotor de Justiça

O objetivo da elaboração deste roteiro prático é o auxílio aos colegas membros do *Parquet* na difícil tarefa de análise dos expedientes enviados pelo Tribunal de Contas do Estado, órgão responsável pela emissão de parecer sobre as contas municipais e estaduais. Excessivamente técnico e afeto somente ao aspecto formal das contas apresentadas, o TCE, apesar de tudo, presta relevante serviço à moralidade administrativa. Contudo, o mesmo não apura as grandes fraudes praticadas pelos maus administradores contra o erário público, apurando somente as pequenas irregularidades contábeis, como se demonstrará a seguir, salvo algumas exceções.

Com efeito, ao analisar as contas do município, o TCE analisa aspectos técnico-formais, como:

- respeito ao princípio do prévio empenho;
- respeito ao princípio do procedimento licitatório;
- notas fiscais, notas de empenho e ordens de pagamento devidamente quitadas pelos emitentes;
- reajuste dos vencimentos do Prefeito, Vice-Prefeito, Presidente da Câmara e Vereadores, respeitando o VBCC (Valor base de cálculo corrigido), com base na última resolução reajustando vencimentos deixada pela legislatura anterior;
- aplicação do mínimo legal constitucional de 25% na manutenção e desenvolvimento do ensino etc.

Mas o TCE não analisa aspectos materiais, como:

- idoneidade das notas fiscais apresentadas;
- conclusão das obras realizadas pela Prefeitura, financiadas pelas receitas correntes do município ou pela verba originária de convênios estaduais e federais;
- idoneidade das empresas prestadoras de serviço etc.

Com efeito, considera o TCE que as contas municipais estão em ordem desde que a prova documental esteja correta. O mesmo procedimento seguem as entidades estatais que assinam convênios com os municípios. Apesar de ser obrigação da entidade conveniente, estipulada em *todos os contratos*, a fiscalização *in loco* das obras, compras ou serviços realizados, tal fiscalização *nunca* é feita. As justificativas são as costumeiras: falta de pessoal, impossibilidade material etc. Contudo, a consequência de tal

procedimento é a extrema facilidade dada aos maus gestores da coisa pública para fraudarem o erário. Sem fiscalização, estando a entidade conveniente presa puramente aos aspectos formais, a única preocupação trazida aos administradores é que, formalmente, as contas sejam prestadas. Exemplifica-se:

1. faz-se procedimento licitatório com *cartas marcadas*;
2. providenciam-se notas fiscais fraudulentas, *notas frias*;
3. preenche-se toda a documentação contábil necessária;
4. prestam-se contas como se a obra estivesse concluída.

Como nenhum técnico ou fiscal comparece ao local, estando a documentação correta, o convênio é considerado cumprido e o procedimento é arquivado. E a comunidade então é lesada, sem conhecimento de causa. Inúmeros desvios de verba foram praticados desta maneira em nosso Estado e em nosso País. Trata-se de prática antiga, de difícil combate, amplamente conhecida, pois as facilidades são imensas. Inúmeras pessoas, sob o disfarce de *lobistas* ou *Empresas de Consultoria*, vivem de intermediar verbas entre as Prefeituras e o Estado, cobrando comissões pela liberação. Comissões estas que também serão contabilizadas por meio de *notas frias*.

Considero obrigação do MP, através de seu órgão de execução na comarca, como curador do Patrimônio Público, esta fiscalização e acompanhamento.

Feitas estas considerações iniciais, passemos à análise fática das irregularidades constatadas pelo TCE e suas conseqüências, bem como a forma de agir quanto à verificação do efetivo cumprimento dos convênios.

Cabe salientar que o TCE apenas emite *Parecer* quanto às contas e que a competência para julgamento é da *Câmara Municipal*. Contudo, como é de amplo conhecimento, a aprovação das contas pelo Legislativo não elide a responsabilidade do Alcaide quanto ao controle jurisdicional da legalidade do ato administrativo. A respeito, cita-se:

“A prestação de contas se refere à aplicação do dinheiro público conforme o Orçamento, de acordo com as normas legais sobre despesas, compreendendo aspectos formais e de diretrizes político-administrativas. Eventuais desvios que possam configurar ilicitudes são detectados e por isso o parecer do Tribunal de Contas se inclinando pela rejeição das contas ou sua aprovação parcial. Em alguns casos são situações formais que se corrigem com as diligências. Em outros casos são situações configuradoras de ilícitos - e aí não adianta organizar maioria política na Câmara Municipal para aprovação de contas. Um conluio de políticos não pode negar vigência a lei penal. Aliás, a lei nenhuma.” (Excerto do voto do eminente Ministro Edson Vidigal, em H.C. n. 1583-A-TO, do STJ)

“A Câmara Municipal, Poder Legislativo, não pode substituir o Judiciário, este sim, responsável pela aplicação da lei. Aprovar prestação de contas não elimina crime, em tese, a ser apurado quando indícios evidentes dão conta disso no período, no

âmbito da administração" (Prefeito Municipal - Jurisprudência - João Carlos Menezes, 1. ed., 1994, p. 203)

Irregularidades mais Comuns

1. Despesas sem respeito ao princípio do Prévio Empenho, conforme art. 64 e seguintes da Lei nº 4.320/64

Deve-se atentar para o julgamento das contas pela Câmara Municipal. Se a Câmara considerar que as despesas, embora irregulares, foram de interesse público, estará sanada a irregularidade, conforme súmula nº 12 do TCE. O mesmo se aplica quanto ao desrespeito ao estágio de liquidação.

Súmula nº 12 do TC Estadual:

"As despesas realizadas sem prévio empenho são irregulares e de responsabilidade pessoal do gestor, salvo se o Legislativo as considerar de interesse público e autorizar a competente regularização".

2. Despesas sem o necessário procedimento licitatório

Primeiramente, deve-se solicitar ao TCE a tabela de valores para licitação, em todas as modalidades, para prova da irregularidade. Se a irregularidade for posterior à Lei nº 8429/92, a simples dispensa constitui ato de

improbidade administrativa punível. Sendo anterior, é necessária a prova, em juízo, de que houve efetivo prejuízo ao Estado (considerando que estamos tratando do aspecto civil, pelo que, quanto ao aspecto criminal, existem as sanções da lei de licitações nº 8666/93, mas tratando-se de Prefeito, possui o mesmo foro privilegiado, por prerrogativa de função, cabendo tanto a requisição de Inquérito Policial quanto o ajuizamento de Ação Penal ao Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça), ou seja:

- a) superfaturamento nas compras ou falta de entrega de mercadoria;
- b) em se tratando de obras, não-realização das mesmas ou utilização de material de qualidade inferior ao constante das notas fiscais, a ser apurado por perícia;
- c) em se tratando de serviços, a não-prestação dos mesmos, ou preços superiores aos usuais.

3. Notas de empenho e ordens de pagamento sem a necessária quitação

Tal constatação pressupõe dois aspectos: ou o serviço/mercadoria não foi prestado/entregue ou não foi efetivamente quitado pelos cofres públicos. Em ambos os casos, existe a irregularidade, punível como enriquecimento ilícito, conforme a Lei nº 8429/92 c/c a de nº 7347/85, pois o numerário foi efetivamente contabilizado, tendo saído dos cofres estatais. Deve, pois, o Alcaide provar que efetivamente efetuou o pagamento, ou, na impossibilidade, que efetivamente recebeu a mercadoria ou serviço.

4. Reajuste dos vencimentos do Prefeito e demais agentes políticos em desacordo com as normas legais

O TC analisa tal aspecto com base nas resoluções a ele enviadas pela Prefeitura na prestação de contas, votadas pela Câmara, e com base na última resolução votada. Se todas as resoluções foram enviadas e o TC apurou a irregularidade, esta é líquida e certa e de difícil defesa.

5. Subvenções, auxílios e contribuições sem leis autorizativas

Relacionadas como despesas não afetas ao município, normalmente exigem a celebração de convênios, como, por exemplo, auxílio-moradia a membros da Polícia Militar, fornecimento de combustível para viaturas etc. Apresentado o convênio, considera-se regular.

6. Aplicação do mínimo legal de 25% da arrecadação na manutenção e desenvolvimento do ensino

Como estamos tratando do aspecto civil, especificamente de ACP, entende certa parcela da Jurisprudência que a mesma não é o procedimento correto para obrigar o município a aplicar tal percentual na educação. Constitui a infração a este dispositivo crime de responsabilidade, conforme Decreto-Lei nº 201/67, e motivo para requerimento de intervenção no município, conforme consta na Constituição Estadual. Nem é possível responsabilizar-se ex-Prefeito por tal conduta, na esfera cível, requerendo ressarcimento ao erário, pois o prejuízo porventura ocorrido deve ser compensado pela próxima administração, em exercícios seguintes. A respeito, cita-se:

“Inadmissível a responsabilização de ex-Prefeito Municipal por lesão a patrimônio público decorrente do descumprimento do art. 212 da CF que determina a aplicação obrigatória de percentual de receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino, pois referida obrigação, uma vez não efetivada em determinado exercício, transfere-se regularmente ao exercício seguinte. É o que se depreende da Lei editada sob sistema constitucional anterior, referente a princípio análogo e aplicada ao caso concreto em face da inexistência de Lei complementar atual, reguladora de matéria, o pedido indenizatório, ademais, torna-se incabível na espécie, diante da ausência de comprovação do prejuízo.” (Apelação Cível n. 179.369 -1/9 - Caconde/SP - 5ª Câ. Cível TJSP - v. u - Apelante: José Eduardo de Oliveira Costa - Apelado: Ministério Público - Relator: Márcio Bonilha - 26.11.92 - RT 694/88)

Todavia, considero possível, quanto à atual administração, a propositura de Ação Civil Pública visando a obrigar a Municipalidade a aplicar os citados 25% no ensino. Contudo, o recomendável e prático é que, em sede de Inquérito Civil Público ou Procedimento Administrativo, resolva-se a questão por Compromisso de Ajustamento de Conduta, fazendo-se a necessária compensação dos percentuais a maior aplicados, *posteriormente* ao exercício em que o preceito não foi cumprido, nunca anteriormente.

Exemplifica-se:

- 1989: 29%
- 1990: 26%
- **1991: 19%**
- 1992: 27%
- 1993: 25%
- 1994: 25%

Deve-se compensar somente o ano de 1992, 2%, desconsiderando-se as aplicações anteriores a maior.

Convênios

Ao receber denúncias quanto a irregularidade na aplicação de recursos oriundos de convênios assinados pelo Município com entidades estatais, as seguintes providências deverão ser tomadas:

1. Instaurar Inquérito Civil Público ou Procedimento Administrativo.
2. Requisitar, com base na Lei nº 8.625/93, Lei complementar Estadual nº 34/94, na forma do art. 10 da Lei nº 7.347/85, informações completas quanto ao cumprimento do convênio, procedimento licitatório e prestação de contas, bem como repasse de numerário pela entidade conveniente e contrapartida pelo município, tanto da Prefeitura Municipal quanto da própria entidade conveniente, para averiguações.

3. Ao receber a documentação, verificar a licitude do processo licitatório, se a modalidade de licitação (tomada de preços, carta-convite ou concorrência pública) era a adequada para o caso, com base na tabela do TCE, e se a documentação dos participantes está correta.
4. Enviar as notas fiscais constantes da Prestação de contas à AF (Arrecadação Fazendária Estadual) do município, visando à verificação de idoneidade das mesmas, quantos aos seguintes aspectos: regularidade da inscrição estadual, regularidade da AIDF (Autorização para impressão de documentos fiscais), se a Empresa é registrada regularmente como fornecedora daquela espécie de mercadoria ou serviço, idoneidade da gráfica e da transportadora da mercadoria, recolhimento de tributos etc.
5. Vistoria, utilizando perito nomeado, no local das obras, se for o caso, para fins de verificação do efetivo cumprimento do convênio. Para tanto, deve ser requisitado o Plano de trabalho e croqui das obras porventura realizadas.
6. Oitiva de testemunhas residentes no local de realização das obras, para fins de verificação dos trabalhos efetivamente realizados e a época em que foram feitos, pelos motivos expostos adiante.

Fraudes mais Comuns

1. Obras

Inclui-se na prestação de contas trecho já concluído em tempos anteriores, em outra administração, tratando-se de calçamento, esgoto, prédios etc. Combate-se com prova testemunhal.

Faz-se apenas a *fachada* da obra, sendo que, internamente, nada consta. Ex.: Em redes de esgoto, cava-se a valeta e depois cobre-se de terra, sem a manilha no interior da mesma e sem ligação com as residências.

Faz-se um trecho inferior ao estipulado no contrato, prestando contas como se a totalidade do mesmo tivesse sido concluída. Ex.: De 5.000 m² de calçamento, constroem-se apenas 4.000 m² e prestam-se contas. A perícia prova tais fraudes.

2. Notas Frias

Nota calçada - Preenchem-se as vias do comprador em um valor e as vias do vendedor em outro, para burlar o fisco.

Copia-se de outra empresa ou imagina-se AIDF falsa e, em parceria com gráfica inidônea, confecciona-se bloco de notas fiscais para venda, com numeração não autorizada, o qual, como não consta no cadastro da Receita, não será fiscalizado.

Também em parceria com gráfica inidônea, confecciona-se bloco de notas fiscais fraudulentas, de empresas

inexistentes, emitindo notas fiscais para si mesmo (para a própria empresa que pretende vender notas frias), justificando, desta forma, a entrada de mercadorias, as quais irão constar na nota vendida ao interessado. Assim, contabiliza-se a entrada e a saída de mercadorias.

Todavia, com os expedientes de investigação anteriormente demonstrados, torna-se muito difícil ao mau gestor mascarar possível desvio de verba. Comprovado o ato de improbidade, normalmente será tipificado como enriquecimento ilícito, art. 9º e seus incisos da Lei nº 8.429/92. Aconselhável, na ACP ajuizada visando ao ressarcimento do erário e à realização das obras, requerer, liminarmente ou como Tutela Antecipada, a *Declaração de Indisponibilidade* dos bens dos réus, conforme o art. 7º da Lei nº 8.429/92, para garantir possível condenação em dinheiro. Também, se necessário à instrução processual, pode-se requerer, *ad limine*, o *afastamento temporário do agente de suas funções*, sem prejuízo de sua remuneração, conforme o art. 20, parágrafo único da citada lei e os ditames da CF, quanto à moralidade e probidade administrativas, trazidas no art. 37 e parágrafos. Fazer, ainda, relatório, juntando a prova colhida e enviando-a à Procuradoria, para análise da repercussão criminal, em se tratando, obviamente, de Prefeito Municipal.

Quanto à legitimidade do MP para propositura de Ação Civil Pública em defesa do patrimônio público, a corrente dominante, tanto jurisprudencial quanto doutrinariamente, é positiva e favorável. As disposições constantes das Constituições Federal e Estadual conferem legitimidade ao MP para a propositura de Ação Civil Pública para a proteção do meio ambiente, patrimônio cultural e dos

consumidores, e, ainda, para a defesa de “outros interesses difusos e coletivos”, fórmula genérica que abrange, obviamente, o patrimônio público. A Constituição Federal de 1988, de maneira clara e inequívoca, conferiu expressamente ao MP tal legitimidade, como se expõe:

“Art. 129, III : promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Ainda a Lei nº 8.625/93, LONMP, em seu art. 25, preceitua:

“Art. 25, IV : promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

b) para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou do Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem.”

Por fim, na lição de HUGO NIGRO MAZZILLI, em sua obra *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, 6. ed., p. 114:

“A ‘mens legis’ consiste em conferir iniciativa ao Ministério Público, seja para acionar, seja para intervir na defesa do patrimônio público, sempre que alguma razão especial exista para tanto, como quando o Estado não toma a iniciativa de responsabilizar o administrador

anterior ou em exercício por danos por estes causados ao patrimônio público, ou quando razões de moralidade administrativa exigem seja nulificado algum ato ou contrato da administração que esta insiste em preservar, ainda que em grave detrimento do interesse público primário. Como se vê, a defesa do patrimônio público cabe não só ao cidadão, pelo sistema da Ação Popular, como também ao Ministério Público e aos demais legitimados do art. 5º da LACP, que podem promover a defesa judicial de qualquer interesse difuso ou coletivo - não excluída naturalmente a defesa do patrimônio público."

Também a Jurisprudência já se posicionou a respeito, positivamente:

"A idoneidade da ação civil pública, como instrumento de defesa e proteção ao patrimônio público, com manejo assegurado pelo artigo 129, III, da Constituição Federal, adquiriu amplitude maior do que aquela prevista na Lei nº 7.347/85, motivo por que a sua propositura e a ilegitimidade do seu patrocinador só devem encontrar obstáculos nos outros interesses difusos e coletivos" (TJMG, Apelação nº 42.928/2).

Ação Civil Pública - Defesa do Patrimônio Público - Ministério Público - Legitimidade Ativa - Inteligência do art. 129, III da CF/88, c/c o art. 1º da Lei nº 7.347/85 - Precedente -

Recurso Especial não conhecido. "O campo de atuação do MP foi ampliado pela Constituição de 1988, cabendo ao Parquet a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção do *patrimônio público* e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, sem a limitação imposta pelo art. 1º da Lei nº 7.347/85" (Resp. n. 31.547 -9/SP).

É dever primordial do MP a defesa do patrimônio público. O Promotor possui meios para obtenção de informações inacessíveis ao cidadão comum. Não existe necessidade de representação de quem quer que seja para a atuação do MP. Ao verificar a ocorrência de ato de improbidade, o Inquérito ou Procedimento pode ser instaurado de ofício. A Curadoria de Defesa do Cidadão, em Belo Horizonte, possui ampla matéria a respeito, bem como cópias de Petições Iniciais em defesa do patrimônio público, em todos os aspectos, inclusive com relação a concurso público fraudulento, fato corriqueiro no interior (principalmente quanto à concessão de vantagens indevidas a servidores nomeados a título precário, sem concurso), ou a simples inexistência do mesmo. No caso, o objeto da ação não é a defesa do patrimônio público, propriamente dito, mas a defesa da moralidade administrativa que, pelo atual ordenamento jurídico é, inclusive, requisito autônomo para ajuizamento de Ação Popular, logo, obviamente, também de Ação Civil Pública. A legitimidade do MP em propor Ação Civil Pública em defesa do patrimônio público não elide a legitimidade do cidadão, eleitor regularmente inscrito, em propor Ação Popular.

A defesa do patrimônio público pelo MP é matéria nova e a Jurisprudência ainda é rara e vacilante, quanto à matéria de fato, principalmente com relação à Lei nº 8.429/92. Cabe, então, aos membros do *Parquet*, no exercício suas funções, contribuírem para a formação de Jurisprudência, com o ajuizamento das respectivas ações, levando a matéria à apreciação do Poder Judiciário.