



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

**PROCESSO TC N.º 01117/09**

**Interessado: Secretaria da Administração do Município de João Pessoa**

**Objeto: Licitação – Pregão.**

*EMENTA: Direito Constitucional e Administrativo. Licitação. Pregão Presencial. Recursos federais. Incompetência do Tribunal de Contas do Estado. Repasse voluntário/automático. Não incorporação ao patrimônio do Município. Objeto do Acórdão TCU 331/2012. Princípios da Segurança Jurídica e Non Bis In Idem. Arquivamento dos autos sem novo julgamento de mérito..*

PARECER Nº 01513/12

Trata-se de processo relativo ao exame de licitação nº 048/2008, na origem, levada a termo pelo Secretário de Administração do Município de João Pessoa, Sr. Gilberto carneiro da Gama, cujo objeto foi o preparo, fornecimento e distribuição de alimentação escolar diária destinada ao ensino fundamental.

A Unidade Técnica, após examinar os elementos de informação que integram os presentes autos, apontou a ocorrência de diversas irregularidades em seu relatório preliminar (fls. 1280/1287).

Em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, o gestor interessado, foi regularmente notificado para, querendo, apresentar defesa escrita no prazo regimental de 15 dias, fls. 1288.

Pedido de prorrogação de prazo pelo Secretário de Administração do Município de João Pessoa, Sr. Gilberto Carneiro da Gama fls.1290; o qual foi deferido pelo Relator.

Apresentação de defesa pelo Sr. Gilberto Carneiro da Gama e Ariane Norma Menezes de Sá, às fls. 1292/1301. Instruem a defesa os documentos de fls. 1302/1506.



## MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

### PROCESSO TC N.º 01117/09

A Unidade Técnica, após examinar os elementos de informação que integram os presentes autos, considerou IRREGULAR o procedimento licitatório em questão, apontando a ocorrência de diversas irregularidades e pontos a serem justificados em seu relatório (fls.1508/1526).

Cota Ministerial, às fls. 1527/1528, pugnando pelo retorno dos autos à Auditoria, objetivando a análise das incompatibilidades temporais entre as fases de homologação/adjudicação e o lançamento do instrumento convocatório, bem como quanto às representações intentadas neste Tribunal, devendo a autoridade interessada ser notificada após a manifestação da Unidade de Instrução para, querendo, no prazo regimental, apresentar defesa.

Após a determinação de fls. 1528v, a Auditoria lavrou relatório às fls. 1529/1537, concluindo pela procedência de diversas impugnações.

Logo após, este integrante do Ministério Público, às fls. 1538, opinou pela notificação do gestor interessado, para se manifestar acerca dos fatos apurados pela Unidade Técnica em relatório de fls. 1529/1537.

Em despacho exarado à fl. 1537v, determinou-se a notificação do Sr. Gilberto Carneiro da Gama. Atendendo a determinação, a Secretaria da 2ª Câmara, assim procedeu, conforme documentos de fl. 1539; todavia, a autoridade responsável deixou transcorrer o prazo *in albis*, conforme certidão às folhas 1540/1541.

Novel Cota Ministerial, às fls. 1543/1544, requerendo a citação pessoal do Sr. GILBERTO CARNEIRO DA GAMA, no endereço constante às fls. 1289 dos autos, para, querendo, no prazo regimental, oferecer razões defensivas exclusivamente em relação aos fatos plasmados no relatório técnico de fls. 1529/1537.

Em despacho exarado à fl. 1544v, o Relator determinou a citação, conforme solicitação do Ministério Público. Atendendo a determinação, a Secretária da 2ª Câmara desta Corte de Contas, atesta através da Certidão de fls. 1546 que o interessado foi citado por via postal para apresentação de defesa; todavia, a autoridade responsável ficou-se inerte, conforme certidão às fls. 1547/1548.

Este integrante do *Parquet* de Contas, às folhas 1549, verificou a ausência do aviso de recebimento do ofício nº 527/11, desse modo, primando pela regular desenvoltura do processo, bem como pela observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, pugnou pela nova citação pessoal do Sr. **Gilberto**



## MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

### **PROCESSO TC N.º 01117/09**

**Carneiro da Gama**, no endereço constante às fls. 1289 dos autos para, querendo, oferecer razões defensivas **exclusivamente** em relação aos fatos plasmados no relatório técnico de fls. 1529/1537.

Em despacho exarado à fl. 1550v, o eminente Relator determinou a citação do interessado, Sr. Gilberto Carneiro da Gama. Atendendo a determinação, a Secretaria da 2ª Câmara, assim procedeu, conforme documentos de fl. 1551.

O Secretário de Administração, Sr. Gilberto Carneiro da Gama, apresentou documento às fls. 1552/1558. Houve exame de defesa apresentada pela Auditoria, fls. 1560 a 1562.

Em seguida, houve Parecer Ministerial, às fls. 1564/1573.

Nova apresentação de defesa pelo Interessado, às fls. 1575/1592. Exame da defesa apresentada pelo Órgão Auditor desta Corte, fls. 1560 a 1562, entendendo que as inconsistências presentes no relatório de fls. 1529/1537 não foram devidamente justificadas.

Por fim, retornou os autos a este *Parquet* para exame e oferta de parecer.

#### **É o relatório. Passo a opinar.**

*A priori*, esta Procuradoria se aterá a análise dos argumentos de defesa no tocante à **competência desta Egrégia Corte de Contas** para exame do processo em epígrafe.

Em sede de Preliminar, o Sr. Gilberto Carneiro Gama, por meio de seu procurador, trouxe à apreciação o seguinte:

*Como se extrai do item 11 do edital do Pregão 48/2008, o objeto contratado foi financiado parcialmente com recursos federais, insurgindo-se na competência do Tribunal de Contas da União para apreciação do certame.*

Pois bem. Competência é a fração de poder atribuída a um órgão jurisdicionado para exercício da jurisdição. Em pretexto do princípio do Juiz Natural, essa competência deve ser estabelecida previamente e por meio de Lei. Segundo



## MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

### PROCESSO TC N.º 01117/09

Washington dos Santos, “competência é o poder concedido por lei a um funcionário, juiz ou tribunal para dar parecer e julgar certos litígios ou questões”<sup>1</sup>.

Uma das modificações mais notáveis promovidas pela Constituição Federal de 1988, relativamente à fiscalização das contas públicas, está no tocante à ampliação da abrangência de quem se submete ao sistema de fiscalização. Por força da simetria constitucional, as demais unidades federativas também se submetem ao controle.

Não obstante existirem diversas formas de fiscalização na estrutura de cada órgão público, em respeito ao princípio do controle, corolário do Estado Republicano, surgiu a necessidade de composição de uma instituição autônoma e independente com o objetivo de vigiar a atividade financeira do Estado<sup>2</sup>. Assim, a figura dos Tribunais de Contas foi instituída no ordenamento jurídico brasileiro.

Sobre a importância das Cortes de Contas para a concretização da democracia brasileira e de todos os princípios basilares da Administração Pública, o posicionamento do Ministro Celso de Mello é de grande valia. *In verbis*:

*A essencialidade dessa Instituição – Surgida nos albores da República com o Decreto nº 966-A, de 7/11/1890, editado pelo Governo Provisório sob a inspiração de Rui Barbosa – foi uma vez mais acentuada com a inclusão, no rol dos princípios constitucionais sensíveis, da indeclinabilidade da prestação de contas da Administração Pública, Direta e Indireta. A atuação do Tribunal de Contas, por isso mesmo, assume importância fundamental no campo do controle externo. [...] os Tribunais de Contas tornaram-se instrumentos de inquestionável relevância na defesa dos postulados essenciais que informam a própria organização da Administração Pública e o comportamento de seus agentes<sup>3</sup>.*

Dentre muitas competências do Tribunal de Contas da União, o artigo 71, VI, CF, expõe que compete a esse **“fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município”**.

<sup>1</sup> DOS SANTOS, Washington. Dicionário Jurídico Brasileiro. P. 390.

<sup>2</sup> PASCOAL, Valdecir. Direito Financeiro e Controle Externo. 3ª Ed. Rio de Janeiro: IMPETUS, 2003.

<sup>3</sup> STF, SS N° 1308-RJ, Relator: Ministro Celso de Mello, DJU de 19/10/1998.



## MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

### PROCESSO TC N.º 01117/09

Como forma de amenizar as desigualdades regionais e promover o equilíbrio socioeconômico entre Estados e Municípios, a União repassa valores às demais unidades federativas para que estas executem determinados programas de governo, principalmente os referentes à saúde e educação. Alguns desses repasses são obrigatórios, outros voluntários.

**Os repasses de recursos federais às entidades federativas são efetuados por meio de três formas de transferências:**

- a) transferências constitucionais;*
- b) transferências voluntárias;*
- c) transferências legais.*

As **transferências constitucionais** correspondem a parcelas de recursos arrecadados pelo Governo Federal e repassados aos Municípios por força de mandamento estabelecido em dispositivo da Constituição Federal. Dentre as principais previstas na Constituição da União para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, destacam-se o **Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal – FPE, o Fundo de Participação dos Municípios – FPM, Fundo de Compensação pela Exportação de Produtos Industrializados – FPEX, Fundo de Manutenção e de Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – FUNDEF, Imposto sobre Operações Financeiras – Ouro – IOF – Ouro e Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural – ITR.**

As **transferências voluntárias** encontram-se definidas no art. 25, da Lei de Responsabilidade Fiscal, como a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.

Em se tratando de **transferências legais** temos que são aquelas regulamentadas por leis específicas, as quais estabelecem a forma de habilitação, transferência, aplicação de recursos e prestação de contas. Dentre as principais transferências da União para os Estados, o DF e os Municípios, previstas em leis, destacam-se: o **Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE)**, o Programa Nacional de Apoio ao Transporte do Escolar (PNATE), o Programa Dinheiro Direto na Escola (PDDE), o Programa de Apoio aos Sistemas de Ensino para Atendimento à Educação de Jovens e Adultos, entre outros.



## MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

### PROCESSO TC N.º 01117/09

Destarte, os **repasses obrigatórios** – sendo aqueles em que não há uma discricionariedade do ente repassador – são os advindos da própria Constituição Federal (arts. 157 a 161 e art. 60 do ADCT), bem como da Lei 9.424/96. Esses são receitas próprias dos Estados e Municípios, **integralizando seus respectivos patrimônios**, independentemente da assinatura de convênios, ajustes ou outro instrumento congêneres, sendo, portanto, de competência das **Cortes de Contas Estaduais a sua fiscalização**, haja vista o desinteresse da União. A saber:

*“ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS PROPOSTA POR MUNICÍPIO EM FACE DE EX-PREFEITO POR DESVIO DE VERBAS. VERBAS INCORPORADAS AO MUNICÍPIO. FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE. SUMULA 209/STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.*

*3. Ausência de manifestação de interesse da União em ingressar no feito, tendo em vista que a verba pleiteada já está incorporada ao patrimônio municipal” [Recurso Especial nº 925.494 – RN (2007/0030069-9)]*

*“Compete ao Juízo Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal”- Súmula 209/STJ*

Contudo, no tocante às **demais verbas**, ficam estas sujeitas ao controle do **Tribunal de Contas da União**, por **não incorporarem** o orçamento dos Estados/Municípios, já que apenas aqueles que comprovarem preencher alguns requisitos, poderão receber o repasse, restando a discricionariedade do ente repassador<sup>4</sup>. O Procurador da República Paulo Gustavo Guedes Fontes, do Estado de Sergipe, emitiu parecer em 1º/06/2005<sup>5</sup>, o qual é referenciado pela Procuradoria da República em Goiás, no sentido de que, **nas situações de transferências automáticas e voluntárias, a competência é da Justiça Federal** (Súmula 208 - STJ<sup>6</sup>).

---

<sup>4</sup> A título de ilustração: As transferências voluntárias do Governo Federal para o Governo do Estado do Piauí cresceram 517% no primeiro semestre deste ano, quando comparado ao mesmo período de 2011. No ano passado, os repasses somaram R\$ 14 milhões no período e neste ano chegaram a R\$ 86,4 milhões. Já os municípios piauienses receberam de janeiro a julho do ano passado R\$ 50,6 milhões diretamente da União. Em 2012, o valor subiu para R\$ 109 milhões, um acréscimo de 115%. Ao todo, somando municípios e Estado os repasses voluntários subiram de R\$ 64,6 milhões no período para R\$ 195,4 milhões, uma alta de 202,3%. <notícia: <http://www.meionorte.com/anariasribeiro/uniao-aumenta-repasse-para-governo-do-piaui225347.html> > acessado em 14/12/2012.

<sup>5</sup> <http://www.prse.mpf.gov.br/artigos/>

<sup>6</sup> Súmula 208/STJ “Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal”.



## MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

### PROCESSO TC N.º 01117/09

Acompanhando a colocação do ilustre Procurador da República, conclui-se que as verbas transferidas através dos programas sociais Bolsa-Família, fundo a fundo, **FNDE, PNAE, PROJOVEM, BRASIL ALFABETIZADO, PROJETO SEGUNDO TEMPO, PNAF, PNAT**, etc., **não são incorporadas ao patrimônio dos entes destinatários**, não restando, portanto, competência aos Tribunais de Contas Estaduais a sua fiscalização.

O ministro Sepúlveda Pertence considerou a repartição de competência dos entes federativos como critério para estabelecer a competência do controle das verbas. Expõe-se:

*Verba da União repassada a Estados ou Municípios. A Justiça Federal é competente para o julgamento de processos referentes a verbas da União transferida a Estado e Município, mediante convênio ou não, para realização de tarefa de interesse privativo da União ou comum a esta e ao ente federado destinatário. Todavia, tratando-se de verba da União transferida a Estado ou Município para o cumprimento de tarefa destas privativa, caso em que a subvenção se incorpora definitivamente ao patrimônio do destinatário, a competência é da Justiça Estadual. (STF – Pleno, RE 232.093 – CE. Rel. Min<sup>º</sup> Sepúlveda Pertence, DJU 28.04.00, p. 97).*

**Diante de todo o exposto, necessário se faz traçar um liame com o caso em apreciação.**

**A d. Auditoria, em sede de relatório de análise de defesa, às fls.1594/1601, alega que os recursos orçamentários que financiaram o pregão objeto do processo são frutos de transferências obrigatórias, incorporando, logo, o patrimônio do Município, sendo esta Corte de Contas competente para julgar o caso em epígrafe.**

Porém, com a devida vênia ao Órgão Auditor, este representante do Ministério Público de Contas contesta tal posicionamento pelos argumentos que passo a expor:

Conforme fl. 118, do volume um, dos autos, a licitação em julgamento teria como recursos orçamentários o **PNAE, PNAC, PNAP, PROJOVEM, BRASIL ALFABETIZADO e PROJETO SEGUNDO TEMPO**. Frisa-se que **todos esses são transferências voluntárias ou automáticas** da União para os demais entes como forma de melhor execução dos programas de governo. Deste modo, há interesse da União em fiscalizar sua aplicação. Forçosa ilustração:



## MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

### PROCESSO TC N.º 01117/09

*A Turma desproveu recurso extraordinário contra decisão da Justiça Estadual que declinara, em favor da Justiça Federal, da competência para julgar processo em que se investiga a prática de fraude em diversas licitações envolvendo empresas de construção civil. **Ante a constatação de indícios de desvio de verbas federais, a Corte de origem reconheceu a existência de interesse da União em ver apurada a responsabilidade pelo suposto desvio de tais recursos.** O recorrente arguia ofensa ao art. 109, IV, da CF, eis que os elementos colhidos da prática de fraude em diversas licitações envolviam empresas de construção civil, o que afastaria a competência da Justiça Federal. Adotou-se orientação do Supremo no sentido de competir à Justiça Federal processar e julgar crimes em detrimento do interesse da União que envolvam possível desvio de verbas federais. Precedentes citados: HC 80867/PI (DJU de 12.4.2002) e HC 81994/SP (DJU 27.9.2002). RE 464621/RN, rel. Min. Ellen Gracie, 14.10.2008. (RE-464621)*

A Medida Provisória 1979-25/00, que dispõe, em partes, sobre o repasse de recursos financeiros do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), corrobora esse entendimento, quando estabelece:

*Art. 5º: A fiscalização dos recursos financeiros relativos ao **PNAE é de competência do TCU**, do FNDE e do CAE, e será feita mediante a realização de auditorias, inspeções e análise dos processos que originarem as respectivas prestações de contas.*

O posicionamento dos Tribunais Regionais Federais é no sentido de que as verbas dos programas em questão são de competência da Jurisdição Federal, por não incorporarem o patrimônio dos Estados/Municípios. *In verbis*:

*PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. VERBAS PÚBLICAS. MERENDA ESCOLAR. PNAE. FISCALIZAÇÃO PELO TCU. COMPETÊNCIA DA JURISDIÇÃO FEDERAL. DENEGAÇÃO DA ORDEM. (TRF 4 - HC O SC 0017781-37.2010.404.0000)*

*PROCESSUAL PENAL. PECULATO E FRAUDE À LICITAÇÃO. CONVÊNIO COM O FNDE/PNATE. REPASSE DE VERBAS FEDERAIS PELOS ESTADOS AOS MUNICÍPIOS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. SÚMULA Nº 208 DO STJ.*

*I. **Há competência federal** para processar e julgar ação penal referente aos crimes de peculato e fraude à licitação quando cometidos na administração municipal e referentes a verbas federais sujeitas a prestação de contas e fiscalização do TCU, ainda que intermediadas pelo Estado-membro.*

*II. Caso em que o Estado firmou convênio com o FNDE para a execução do PNATE - Programa Nacional de Apoio e Transporte Escolar em conjunto com seus Municípios, com **repasses dos valores oriundos da União que, em***





## MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

### PROCESSO TC N.º 01117/09

*nenhum momento, foram definitivamente incorporados aos referidos entes. Incidência da Súmula nº 208 do STJ. (TRF 5 - HC 3868 PB 0003864-21.2010.4.05.0000*

Por fim, o Pregão em análise foi alvo de Acórdão do Tribunal de Contas da União, de número 331/12, situação em que foi suscitada a incompetência da Corte Máxima de Contas. Contudo, na análise, os argumentos da preliminar não prosperaram. A Corte Máxima de Contas se pronunciou competente, inclusive corroborando esse entendimento quando alterou, no reexame, sua posição quanto ao mérito, e não no tocante a preliminar. A saber:

*Ementa: PEDIDO DE REEXAME. TERCEIRIZAÇÃO DE MERENDA ESCOLAR. DEFICIÊNCIAS NO PROJETO BÁSICO. MUDANÇA NA FORMA DE FORNECIMENTO DE MERENDA ESCOLAR, DE EXECUÇÃO DIRETA PARA A CONTRATAÇÃO DE TERCEIRIZADA. ACOLHIMENTO DAS RAZÕES. RETIRADA DE MULTA. CONHECIMENTO. PROVIMENTO. CIÊNCIA (Autoridade: Tribunal de Contas da União. Plenário; Título Acórdão TCU 331/2012; Data: 15/02/2012).*

*15. Análise. Não prosperam os argumentos trazidos a lume pelos recorrentes. Os recursos federais transferidos por intermédio do FNDE são de natureza voluntária, ao contrário dos repasses obrigatórios como o FPE, FPM e FUNDEF, os quais decorrem de imposição constitucional, conforme previsão constante dos arts. 157 a 161 da Constituição Federal, art. 60 do ADCT-CF e do art. 3º da Lei 9.424/1996.*

*16. Nesse sentido aponta a Lei Complementar 101/2000, no seu Art. 25, in verbis:*

*"Art. 25 - Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde".*

*17. Portanto, as transferências decorrentes de determinação constitucional ou de lei não podem ser havidas com a mesma natureza das transferências previstas sob a forma de convênio, acordo ou ajuste, indicadas no inciso VI do Art. 71 da Constituição Federal, cuja competência é do TCU, como ocorre com os recursos recebidos do Programa Nacional de Alimentação Escolar, do FNDE.*

Nesse diapasão, imperioso tratar sobre os princípios da Segurança Jurídica e do *Non Bis In Idem*, basilares do Estado Democrático de Direito:



## MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

### PROCESSO TC N.º 01117/09

Cumprе registrar, de logo, que o princípio de vedação ao *bis in idem* não possui previsão constitucional expressa, embora seja reconhecido, de modo implícito, como decorrência direta dos princípios da legalidade, da tipicidade e do devido processo legal no texto da Constituição Federal de 1988. Quanto ao seu conteúdo, Medina (2010, p. 274) postulou, basicamente, que "**ninguém pode ser condenado ou processado duas ou mais vezes por um mesmo fato**".

A **segurança jurídica** existe para que a justiça, finalidade maior do Direito, se concretize. Vale dizer que a segurança jurídica concede aos indivíduos a garantia necessária para o desenvolvimento de suas relações sociais, tendo, no Direito, a certeza das consequências dos atos praticados. Ora, sendo este princípio de vital importância para o jurisdicionado, não há cabimento para esta Augusta Corte valer-se de entendimentos contrários para julgar o caso em exame, tendo em vista que já foi analisado e discutido em tribunal diverso. Cogente demonstrar o posicionamento do Tribunal Regional Federal 5ª Região acerca de tal matéria:

*PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA. DUPLICIDADE. AÇÃO DUPLAMENTE SENTENCIADA. SUPREMACIA DO PRIMEIRO ATO SENTENCIAL TRANSITADO EM JULGADO. O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA IMPEDE O JULGAMENTO DA CAUSA. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA SEGUNDA SENTENÇA. PREJUDICADA A APELAÇÃO. (AC 148596 PB 98.05.44922-0)*

**EX POSITIS**, considerando que a matéria do processo ora em apreciação já foi objeto do Acórdão meritório do Tribunal de Contas da União, de número 331/12, observando-se os princípios da segurança jurídica e do *non bis in idem*, assim como a pacificidade da doutrina e jurisprudência no tocante a incompetência das Cortes Estaduais para trato do tema, pugna este *Parquet* pelo **arquivamento** do processo ora em análise.

É como opino.

João Pessoa, 17 de dezembro de 2012.

**Marcílio Toscano Franca Filho**, Dr. jur  
Procurador do Ministério Público junto ao TCE/PB