

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA N. 1012204

PROCEDÊNCIA: Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais
MPTC: Procurador-Geral Daniel de Carvalho Guimarães
RELATOR: CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA

EMENTA

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. ÔNUS DA PROVA. COMPROVAÇÃO DE DESPESAS REALIZADAS COM PUBLICIDADE INSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE DO GESTOR. A FALTA DE ANEXAÇÃO DAS MATÉRIAS NÃO CONFIGURA, POR SI SÓ, DANO AO ERÁRIO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MULTA AO RESPONSÁVEL. ENTENDIMENTO NÃO SUMULADO. AUSÊNCIA DE *QUORUM* QUALIFICADO.

1. A falta de anexação, nas notas de empenho referentes às despesas com publicidade e divulgação, de exemplar do jornal, panfleto ou qualquer outro veículo que demonstre o conteúdo da matéria publicada, devidamente identificada, ou de termo descritivo do que foi veiculado pelo rádio ou televisão, não configura, por si só, violação à norma do § 1º do art. 37 da Constituição da República e, por conseguinte, dano ao erário, caso as etapas de realização da despesa tenham sido observadas e os demais documentos previstos pela legislação formal e material tenham sido apresentados pelo ordenador de despesas, podendo tal omissão, porém, ensejar imposição de multa ao responsável, nos termos da legislação de regência.
2. O elemento caracterizador do dano seria eventual promoção pessoal de agentes públicos consubstanciada na publicidade institucional custeada com recursos públicos.
3. Havendo fundado receio de que o responsável pelo ordenamento de despesa com publicidade descumpriu a norma constitucional que veda a realização de promoção pessoal de agente público, pode o relator, no caso concreto, de forma motivada, impor-lhe o ônus da prova acerca do conteúdo da publicidade que contratou.
4. A ausência do *quorum* regimental qualificado, exigido pelo art. 225 do Regimento Interno desta Corte, impede a fixação do entendimento supra em súmula deste Tribunal.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

28ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno – 20/09/2017

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de Incidente de Uniformização de Jurisprudência suscitado por esta relatoria, nos autos do Processo Administrativo n. 655.908, no qual se aponta divergência, nas decisões

desta Casa, quanto à distribuição do ônus da prova nos contratos de publicidade firmados pelo poder público, quando desacompanhados de comprovantes que atestem a regularidade da despesa.

Reconhecido o dissenso jurisprudencial, o Presidente determinou a autuação do Incidente de Uniformização de Jurisprudência à fl. 05, e esta relatoria determinou o sobrestamento do Processo Administrativo n. 655.908 bem como de todos aqueles que versam sobre matéria similar.

Em seu parecer, fls. 10/14, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas manifestou-se, em síntese, no seguinte sentido:

Diante do exposto, OPINO pelo entendimento uniformizador no sentido de que deve o Tribunal de Contas atribuir ao jurisdicionado o ônus de demonstrar o conteúdo das matérias publicitárias custeadas com recursos públicos, sob pena de responder pessoalmente pelos gastos realizados, em razão de serem consideradas irregulares, nos termos do que dispõe o §1º do art. 37 da Constituição Federal e Instruções Normativas do Tribunal de Contas nº 1/1992, 6/1994 e 5/1999.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1 Preliminar de admissibilidade

Preliminarmente, manifesto-me favoravelmente ao conhecimento do presente Incidente de Uniformização de Jurisprudência, haja vista a legitimidade da parte suscitante e por estar a matéria afeta à competência desta Corte de Contas, nos termos do disposto nos arts. 25, XII, e 223, da Resolução n. 12/2008.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Vou pedir vista, Senhor Presidente.

CONSELHEIRO PRESIDENTE CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

VISTA CONCEDIDA AO CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ.

(PRESENTE À SESSÃO O PROCURADOR-GERAL DANIEL DE CARVALHO GUIMARÃES.)

RETORNO DE VISTA

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

18ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno – 22/05/2019

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

I – RELATÓRIO

Trata-se do incidente de uniformização de jurisprudência suscitado pelo Conselheiro José Alves Viana, nos autos do Processo Administrativo nº 655.908, em face de apontada divergência em decisões dos órgãos fracionários deste Tribunal, “quanto à distribuição do ônus da prova nos contratos de publicidade firmados pelo poder público, quando desacompanhados de comprovantes que atestem a regularidade da despesa”.

Depois de proferido o voto pelo relator, Conselheiro José Alves Viana, na admissibilidade, pedi vista dos autos.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Admissibilidade

Embora me pareça que o requisito principal para acolhimento do incidente, qual seja, existência de divergência entre a aplicação do direito pelas Primeira e Segunda Câmaras, esteja atendido, entendo conveniente traçar breves considerações acerca dos julgados apontados pelo relator no Processo Administrativo nº 655.908, os quais não foram mencionados na parte da fundamentação em que ele examinou a admissibilidade deste incidente.

De um lado, foram apontadas, como paradigmas, as decisões prolatadas nestes processos: Prestação de Contas Municipal nº 477.536, sob a relatoria da Conselheira Adriene Andrade; Prestação Municipal nº 480.277, sob a relatoria do Conselheiro Mauri Torres; Processo Administrativo nº 675.952, de minha relatoria; Processo Administrativo nº 725.416, sob a relatoria do Conselheiro Cláudio Terrão; Processo Administrativo nº 725.535, também de minha relatoria; e Recurso Ordinário nº 862.225, sob a relatoria do Conselheiro Mauri Torres.

E, paradigmáticos de outra corrente foram apontados, pelo Conselheiro José Alves Viana, os acórdãos proferidos nestes processos: Prestação de Contas Municipal nº 55.948, de sua relatoria; Processos Administrativos nº 672.868 e 687.836, de minha relatoria, mas nos quais S. Ex.^a prolatou o voto vencedor; Processo Administrativo nº 708.042, também da relatoria de S. Ex.^a; Processo Administrativo nº 727.703, sob a relatoria do Conselheiro Substituto Licurgo Mourão, que ficou vencido, tendo S. Ex.^a proferido o voto vencedor; e Recurso Ordinário nº 859.099, também sob a relatoria de S. Ex.^a, embora, em verdade, a questão em tela não tenha sido discutida no recurso, mas sim nos autos do Processo Administrativo nº 676.244, sob a relatoria do Conselheiro Eduardo Carone Costa.

Depois de compulsar os acórdãos anteriormente listados como integrantes da primeira corrente, entendo que a essência do fundamento neles expostos pode ser resumida por meio dos argumentos apresentados no voto condutor proferido pela Conselheira Adriene Andrade, no julgamento da Prestação de Contas Municipal nº 477.536:

A falta de apresentação do conteúdo da matéria divulgada não configura, por si só, prejuízo material aos cofres públicos, ou seja, não é possível aferir a irregularidade, uma vez inexistente prova segura de eventual promoção pessoal de agentes públicos. Em que pese não haver dúvida de que, nos termos do *caput* e do § 1º do art. 37 da Constituição, a publicidade realizada pelo Poder Público deve ater-se ao caráter educativo, informativo ou de orientação social, entendo que o ressarcimento só pode ser determinado se o dano

for comprovado, a partir da análise das matérias veiculadas, comprovada a existência de promoção pessoal de agentes públicos na divulgação dos atos.

Constatai, também da leitura dos julgados anteriormente listados, que o entendimento defendido pela segunda corrente não diverge daquele esposado pela primeira em considerar irregular a conduta do agente público que deixa de apresentar ao controle externo o conteúdo das matérias publicadas ou veiculadas em rádio ou televisão. Vale dizer, a divergência não reside no juízo de reprovação a ser feito acerca da conduta do agente, que é incontroverso.

Com efeito, a divergência de entendimentos verificada reside, tão somente, na consequência decorrente desse juízo, pois a segunda corrente, que me parece ser perfilhada pelos Conselheiros José Alves Viana e Wanderley Ávila, vai além da possibilidade de imposição de multa, para determinar o ressarcimento integral do valor despendido com publicidade, quando não se encontra anexada, à correspondente nota de empenho, prova do conteúdo da matéria publicada ou veiculada em rádio ou televisão.

Ainda com relação à admissibilidade, ressalto que a Lei Complementar nº 102, de 2008, Lei Orgânica do Tribunal de Contas, é bastante econômica ao tratar da uniformização de jurisprudência, limitando-se o seu art. 74 a dispor que: “verificada a existência de decisões divergentes, poderá ser arguido incidente de uniformização de jurisprudência por Conselheiro, Auditor, Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal, responsável ou interessado, nos termos do Regimento Interno”.

No plano regimental, a disciplina da uniformização de jurisprudência é também modesta, até mesmo no que diz respeito ao juízo de admissibilidade. Diferentemente do que ocorre em outros casos, em que o prolator do voto condutor da decisão recorrida não pode ser o relator de possível recurso, não há vedação a que, na hipótese de ser suscitado por Conselheiro, possa ser a ele próprio distribuído o incidente de uniformização de jurisprudência.

Tecidas tais considerações, ainda que me pareça extravagante, em consonância com o disposto no § 2º do art. 224 do Regimento Interno, a possibilidade de o relator entender inexistente a divergência jurisprudencial por ele mesmo suscitada, conheço do incidente de uniformização de jurisprudência em causa, porque, de fato, há decisões dos órgãos fracionários de deliberação deste Tribunal com imputação de consequências jurídicas diversas, no que tange à omissão do agente público de apresentar, anexado às notas de empenho referentes às despesas com publicidade e divulgação, exemplar do jornal, panfleto ou qualquer outro veículo que demonstre o conteúdo da matéria publicada, devidamente identificada, ou de termo descritivo do que foi veiculado pelo rádio ou televisão.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

Também admito.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

De acordo.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Também acompanho.

ADMITIDO O RECURSO.

Passo a palavra ao Conselheiro José Alves Viana para relatar o mérito do Incidente de Uniformização de Jurisprudência.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Perfeitamente, Senhor Presidente.

II.2 Mérito

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais possui, atualmente, jurisprudência conflitante no que tange à responsabilidade de se comprovar a regularidade das despesas realizadas com publicidade institucional.

Conforme amplamente demonstrado no Incidente de Uniformização de Jurisprudência suscitado, é nítida a divergência entre julgados¹ recentemente proferidos pelas Câmaras e pelo Tribunal Pleno. Tal situação, além de contrariar os princípios da segurança jurídica e da isonomia, repercute diretamente na esfera patrimonial e moral dos jurisdicionados, que, por vezes, tem os seus atos omissivos caracterizados como irregulares – sendo condenados à restituição ao erário –, enquanto, em hipóteses análogas, prevalece o entendimento contrário, pela regularidade da despesa.

É nítida a necessidade do estabelecimento de um consenso sobre a titularidade do dever de comprovar a legitimidade dos gastos irregulares realizados com publicidade. Na ausência do conteúdo da matéria publicada ou veiculada nos autos do processo, pode o gestor que realizou e pagou com recursos públicos a publicidade ser condenado à devolução dos recursos despendidos, por ser o titular do ônus de comprovar a regularidade da despesa, ou será desta Corte o dever de, mesmo na omissão ilícito do agente público, comprovar a ilegitimidade do ato administrativo perpetrado? Cabe ao ordenador de despesa ou ao Tribunal de Contas comprovar, mediante a juntada de qualquer meio de prova admitido em direito, *mutatis mutandis*, a regularidade ou irregularidade da despesa?

O entendimento que esta relatoria tem apresentado no Pleno e na 2ª Câmara pode ser resumido no Acórdão do Processo Administrativo n. 708.042, **aprovado por unanimidade** na sessão de 25/08/2016:

¹ Processos Administrativos n. 672.952, 725.535, 725.416, 687.836, 672.868, 708.042 e 727.703; Prestações de Contas Municipal n. 480.277 e 55.948; e Recurso Ordinário n. 862.225.

4- Despesa com publicidade no valor histórico de R\$5.831,00, sem apresentação do conteúdo da matéria veiculada, fls. 21, 58/59, 413/447 e 1.711.

O interessado não se manifestou acerca da irregularidade.

Essa falha não pode ser tolerada por esta Corte.

Cumprido ressaltar que o não encaminhamento do conteúdo da matéria, impossibilita a verificação do estabelecido no art. 37, § 1º da Constituição Federal, bem como do disposto na Súmula nº 94 desta Casa.

Esta Corte tem imputado aos responsáveis o ressarcimento dos valores gastos com publicidade sem demonstração da matéria efetivamente veiculada – processos nºs 407018 e 452202.

(...)

Posto isso, considero irregulares as despesas realizadas com publicidade sem apresentação da matéria veiculada, em descumprimento a Instrução Normativa nº 05/1999, e determino que o Sr. Guadalupe Antônio Cardozo, prefeito à época e ordenador das despesas, o ressarcimento ao erário municipal do valor de R\$5.831,00.

Ou seja, é patente que esta relatoria entende **cabem ao gestor responsável, e não a esta Corte, o ônus de comprovar, por qualquer meio de prova admitido em direito, a regularidade das despesas com a publicação ou veiculação de matéria publicitária oficial/institucional, sob pena de ressarcimento integral do valor.**

De qualquer forma, dada à divergência jurisprudencial verificada, é forçoso fazer perscrutar minuciosamente, mediante um exame técnico-intelectivo acurado e imparcial, os fundamentos das diversas decisões dissonantes a fim de se construir uma tese-consenso válida.

II.1 Ônus da prova e sua dinamicidade

Ônus tem seu étimo latino *onus*, que significa “fardo, carga”. Discute-se, no caso, o *onus probandi* ou o ônus da prova. No Direito Ocidental, tal ideia de “fardo” para provar advém diretamente do Direito Romano, no qual se proclamaram as máximas “*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*”² e “*semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*”³.

Entre os romanos, *onus* era uma forma simplificada de se referir à gravidez. Assim, era comum utilizar a expressão *onus naturae deponere* (“deixar o peso da natureza”) como sinonímia eufêmica de “parto”. Tal registro linguístico mostra-se relevante para evidenciar a natureza fática-objetiva que a cultura ocidental atribuiu a ônus, qualquer que seja seu significado. Isso, no entanto, não quer dizer que particularidades circunstanciais-subjetivas sejam absolutamente repelidas, pois estas se mostram imprescindíveis para o deslinde de qualquer processo em virtude do contraditório ínsito ao paradigma democrático.

² CORPUS IURIS CIVILIS. *Digesta*. Liber 22.3.0. *De probationibus et praesumptionibus*. Disponível em: <<https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

³ IMPERATORIS IVSTINIANI INSTITVTIONVM LIBER SECVNDVS. Liber Secvndvs: Titulorum Conspectus. Livro II, Título XX. *De Legatis*. Disponível em: <<http://www.thelatinlibrary.com/justinian/institutes2.shtml>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

Ao contrário do que estabelecem diversos processualistas, no Estado Democrático de Direito seria no mínimo descabido atribuir ao “ônus” caráter de elemento de sujeição, ainda que relacionado com o próprio interessado. Em outras palavras, intendem distinguir obrigação de ônus mediante a ideia de que na relação obrigacional, o devedor encontra-se em situação de sujeição, ainda que voluntária, para com o credor; e, no caso do ônus, este corresponderia a uma relação de sujeição do onerado para consigo mesmo, porquanto seria dele o risco envolvido na faculdade de provar.

As teorias jurídicas que explicam as escassas relações de dominação-sujeição legitimadas pelo Estado continuam no Direito brasileiro como um ranço de ideologias advindas do Direito Romano bem como do pano de fundo social-repressivo que resiste a uma reformulação da Ciência Jurídica para a Pós-Modernidade. Vive-se um momento do Direito em que se ameaça ruir o inconstitucional arcaísmo da Potestade Estatal, que, a pretexto de ser o Estado uma entidade supra-humana, magicista, detentor de uma gnose infalível, impõe a falida “Supremacia do Interesse Público” para legitimar o que Georg Jellinek chamou de *statvs svbjectionis*. Assim, não mais se admite a perspectiva de exercício de direitos potestativos tais como visualizados por diversos juristas da atualidade, muito menos um procedimento sancionador regido pelo inquisitório ou uma relação dita “processual” em que impõe a constituição de prova negativa.⁴

Tal visão arcaica deveria, de há muito, estar superada: não mais se comporta a equivalência do processo como instrumento de dominação, como na perspectiva de que credor lhe sujeita o devedor, ou na de que o onerado se sujeita a si mesmo. Se há dominação, não há efetiva dialeticidade; sem dialeticidade, não há processo; sem processo, não há democracia, paradigma axiológico-hermenêutico da Constituição de 1988.

Para outros autores, ônus poderia ser compreendido como uma faculdade do onerado, a quem se faculta o exercício de provar o necessário com fins à obtenção de seu interesse. Por outro lado, na obrigação, verifica-se alteridade relacional. Nesse sentido, Francesco Carnelutti diferencia:

Nosotros hablamos de carga (Onus) cuando el ejercicio de una facultad está puesto como condición para obtener una cierta ventaja; por eso la carga es una facultad, cuyo ejercicio es necesario para alcanzar un interés. Obligación y carga tienen común el elemento formal, consistente en el vínculo a la voluntad, pero diverso el elemento sustancial, porque el vínculo está impuesto, cuando hay obligación, para la tutela de un interés de otro, y cuando hay carga, para la tutela de un interés propio.⁵

⁴ Ora não se pretende devanear em *obiter dicta* – razão pela qual não se delongará em *dis-cursos* aclaratórios ou desconstrutivistas –, mas sim em estabelecer uma fundamentação lógico-jurídica de modo que se obtenha um consenso pacificador de jurisprudência da Corte.

⁵ “Falamos de carga (ônus) quando o exercício de uma faculdade é posto como uma condição para obter uma certa vantagem; por isso, a carga é uma faculdade, cujo exercício é necessário para alcançar um interesse. Obrigação e carga têm em comum um elemento formal, que consiste no vínculo com a vontade, mas se divergem no elemento substancial, porque o vínculo está imposto, quando há obrigação, para a tutela de um interesse de outro, e quando há carga, para a tutela de um interesse próprio.” (CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. 2. ed. Trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Depalma, 1982, p. 218, tradução nossa. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.tamaulipas.gob.mx>>. Acesso em: 24 ago. 2017.)

Contemporaneamente, faz-se necessário examinar o *onus probandi* atualizado pelo princípio democrático, que fora apresentado, ao menos em parte, no novo Código de Processo Civil. **Dessa forma, o ônus deve ser suportado por ambas as partes do processo, não sendo, de forma preconcebida, direito de um ou obrigação do outro.** Assim, é imprescindível que o coordenador da relação processual – juiz, conselheiro, gestor público, etc., conforme a natureza do processo – leve em conta uma distribuição do ônus de forma que se garanta sua proporcionalidade conforme a gradação de capacidade para suportá-lo. Uma vez que o processo é constituído por um conjunto de fatos e direitos postos em efetiva dialeticidade entre os envolvidos, é inexorável a necessidade de demonstração fática para que se prossiga com a sustentação do direito.

No que tange a esta teoria Leonardo Santos Magalhães ensina:

A distribuição dinâmica do ônus da prova baseada em princípios basilares dos direitos constitucional e processual brasileiro tem o intuito de fazer com que o processo alcance os seus verdadeiros fins e ofereça uma prestação jurisdicional digna e justa a quem invocou o Estado. Defende, pois, a superação da concepção estática e inflexível da repartição do encargo probatório adotada por nosso Código de Processo Civil, de modo que o julgador, na condição de sujeito ativo no processo e destinatário da prova, possa impor o ônus à parte que tenha melhores condições de cumpri-lo. A partir desta teoria, a prova é vista sob um caráter publicista, de modo que, acima do interesse das partes, é o próprio Estado Social quem objetiva a descoberta da verdade real para que seja proferida uma justa solução na lide posta à sua análise. (MAGALHÃES, 2011, p. 234)

Dinamizam-se as cargas probatórias de modo que se chegue a uma solução justa em decorrência do exame racional, técnico-intelectivo, das informações apresentadas nos autos em simétrica paridade. A efetivação da igualdade no processo, para além de questões outras como o direito de contraditar, é o elemento justificador da dinamização do ônus, sendo despidendo perquirir a origem do fator de desigualação, salvo se eivada de má-fé.

II.2 Dinamização do ônus da prova em prestações de contas e a logicidade jurídica

Quando da discussão acerca de uma questão fática posta nos autos, incumbe àquele que faz o apontamento demonstrar sua ocorrência. Por questões óbvias, seria no mínimo absurdo conceber a constituição de prova negativa: quando se propõe uma estrutura oracional afirmativa, esta pode ser contrariada; entretanto, no caso de uma proposição negativa, não haveria como ser refutada pela outra parte, porquanto partículas linguísticas de caráter negativo visam justamente ao desligamento da estrutura simbólica positiva, restando um sem-número de outras proposições afirmativas.

Há autores como Chioyenda⁶ que entendem que toda afirmação é, ao mesmo tempo, uma negação, pois quando se atribui a uma coisa um predicado, negam-se todos os predicados contrários ou diversos dessa coisa. Num discurso mais elaborado, Couto⁷ afirma que “A prova de um fato negativo [...] é a prova de um não-fato. Assim, a comprovação de um não-fato

⁶ CHIOYENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Trad. Paolo Capitanio. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2009.

⁷ COUTO, Camila José D’Avila. *Dinamização do ônus da prova: teoria e prática*. 2011. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 153.

deduz-se da percepção de algo que não se poderia perceber caso o fato existisse, ou ainda, daquilo que não se percebe, mas de deveria perceber acaso existisse”. E prossegue: “Outra forma indireta de se provar o fato negativo é desconstituir as circunstâncias favoráveis à existência de um fato positivo”.

Pela conceituação de obrigação e ônus delineada alhures, torna-se claro que, para o deslinde da matéria em apreço não se cogita de que o gestor apontado como responsável pelo Tribunal constitua prova negativa de que tenha se promovido pessoalmente às custas do erário. Senão vejamos, a Constituição da República de 1988 em seu art. 70, parágrafo único, estabelece o dever de prestar contas a todo e qualquer gestor público. Tem-se, pois, uma afirmativa universal (dever) positivada no texto constitucional. Dessa forma, se recursos públicos forem confiados a uma pessoa para guardá-los ou geri-los, decorre imediatamente da Constituição uma relação obrigacional de prestação de contas, cujo credor é o Estado, e o devedor, o gestor. Por conseguinte, caso inadimpla a obrigação constitucional, o gestor assume, por sua conta e risco, os efeitos que possam advir de sua conduta omissiva.

Configurada a inadimplência, o Estado tem o dever-poder de exigir, mediante procedimento próprio, o seu adimplemento, *ex vi* da titularidade pública dos recursos envolvidos. Fracassadas as tentativas, é forçosa a perseguição do *status quo ante* da Fazenda, com vistas a reaver do inadimplente os valores sem lastro probatório de seu depósito final. Delineada a questão fática inicial, instaura-se a relação processual para que o responsável demonstre o contrário (“contas foram prestadas”) dos fatos ou apresente o contraditório (justificativa para desvio normativo) quando do exame da questão de direito (exceção).

Em outras palavras, poder-se-ia sintetizar o argumento nos seguintes termos exemplificativos: “A” tem obrigação constitucional-legal de prestar contas de patrimônio “X” a “B”; “A” não presta contas a “B”; “B” notifica “A” de sua inadimplência; “A” permanece inadimplente para com “B”; “B” ajuíza ação de prestação de contas contra “A”, reclamando a destinação de “X”; “A” não demonstra que prestou contas (contrário da proposição de “B”) nem apresenta prova legítima de escorreta destinação de “X” (contraditório da universal normativa); “A” deve indenizar “B”.

A mesma sistemática, *mutatis mutandis*, se aplica aos processos de contas: o gestor (A) do patrimônio público “X” deve prestar contas de sua destinação para o Estado (B) na forma prevista em norma própria. Se o gestor (A) queda-se inadimplente, o Estado (B) lhe demanda o cumprimento da obrigação normativa. Operando-se o fato (inadimplência normativa), impõe-se a relação processual a fim de que o gestor (A) possa contrariar o apontamento e, principalmente, contraditar a aplicação da norma, apresentando exceção (justificativa legítima) do direito do Estado (B) de ser indenizado pelo patrimônio “X”. *Id est*, considerando ser o Estado (B) o credor da obrigação de o gestor (A) prestar contas do patrimônio “X”, é daquele (B) o ônus da prova da ausência de prestação de contas (fato); assim feito, redistribui-se a carga probatória para que o gestor (A) demonstre a exceção do dever de indenizar o Estado (B) pelo patrimônio “X”.

II.3 Despesas com publicidade

Primeiramente, cumpre informar que o próprio Tribunal de Contas mineiro tem entendido reiteradamente que a ausência injustificada de prestação de contas consiste em **ilícito inconstitucional** grave que impede o estabelecimento do nexos causal de emprego dos

recursos públicos na finalidade a que se destinavam, implicando o dever de ressarcimento. Citem-se exemplificativamente os acórdãos proferidos no Recurso de Revisão n. 687.424 (Plenário; relatoria: Cláudio Terrão; sessão de 15/12/2015) e no Processo Administrativo n. 702.511 (Segunda Câmara; relatoria: cons. Wanderley Ávila; sessão de 19/11/2015).

A Constituição da República em seu art. 70, parágrafo único, estabelece a obrigação de prestar contas a todos aqueles que utilizem, arrecadem, guardem, gerenciem ou administrem direitos, bens e valores públicos. No entanto, o texto constitucional não desce às minúcias da prestação de contas, cabendo, por óbvio, à legislação infraconstitucional definir os elementos que a constituem.

Entre as normas jurídicas que disciplinam a instrução das prestações de contas, evidenciam-se as leis orgânicas das cortes de contas; *in casu*, com enfoque especial, a Lei Complementar Estadual n. 102/2008 e a Lei Federal n. 8.443/1992 – esta última aplicável de forma supletiva àquela.

A Lei Orgânica do TCEMG (Lei Complementar Estadual n. 102/2008), em seu art. 3º, XXIX, prevê a função normativa desta Corte de Contas, autorizando a expedição de regulamentos nas matérias de sua competência. *In litteris*:

Art. 3º Compete ao Tribunal de Contas:

[...]

XXIX – expedir atos normativos sobre matéria de sua competência, no exercício do poder regulamentar;

Com fundamento nessa função normativa, a Corte de Contas mineira, entre diversos outros atos, expediu, a Instrução Normativa n. 06/1994, que “estabelece normas para o EXAME “IN LOCO” dos documentos pertinentes às contas municipais”, a Instrução Normativa n. 01/1992, 01/1996, 05/1999 e 08/2003 – vigente –, as quais fixaram a obrigação de anexação das matérias de publicidade à nota de empenho. Transcrevem-se-as *in litteris*:

Instrução Normativa n. 01/1992

Cumpra advertir que:

(...)

2 - Os contratos e qualquer gasto com publicidade deverão ser enviados a esta Casa para cumprimento do disposto no art.71, II, da Constituição Federal e 76, II, Constituição Estadual.

Instrução Normativa n. 06/1994

Art. 3º Constitui obrigação do município a prática das seguintes atividades de preparo da documentação sujeita ao exame dos técnicos do Tribunal, relativamente a cada mês encerrado:

[...]

IX – anexação, nas notas de empenho referentes às despesas com publicidade e divulgação, de exemplar do jornal, panfleto ou qualquer outro veículo demonstrando o conteúdo da matéria publicada ou de termo descritivo do que foi veiculado pelo rádio ou televisão.

Instrução Normativa n. 01/1996

Art. 1º - Os documentos relativos à realização de receitas e execução de despesas, bem como os referentes a atos de gestão dos administradores públicos, quando seu encaminhamento não for exigido pelo tribunal, deverão permanecer no órgão ou entidade, devidamente organizados, para exame in loco.

Art. 2º - O exame de que trata o artigo anterior abrangerá, em especial:

(...)

V - as compras em geral, a contratação de serviços e obras, as alienações, locações, cessões, doações, permissões e concessões;

(...)

VII - a observância aos dispositivos constitucionais e legais pertinentes

Instrução Normativa n. 05/1999

Art. 3º - Constitui obrigação das Administrações Direta e Indireta dos Municípios, a prática das seguintes atividades de preparo da documentação, em via de uso exclusivo do Tribunal, sujeita ao exame dos servidores desta Corte de Contas, relativamente a cada mês encerrado:

(...)

X - anexação, nas notas de empenho referentes às despesas com publicidade e divulgação, de exemplar do jornal, panfleto ou qualquer outro veículo demonstrando o conteúdo da matéria publicada, devidamente identificada, ou de termo descritivo do que foi veiculado pelo rádio ou televisão, não podendo constar destes nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos nos termos do art. 17 da CE e parágrafo 1º do art. 37 da CF.

Instrução Normativa n. 08/2003

Art. 6º - Constitui obrigação das Administrações Direta e Indireta Municipais, a prática das seguintes atividades no preparo da documentação, sujeita ao exame desta Corte de Contas, relativamente a cada mês encerrado:

(...)

X - anexação, nas notas de empenho referentes às despesas com publicidade e divulgação, de exemplar do jornal, panfleto ou qualquer outro veículo que demonstre o conteúdo da matéria publicada, devidamente identificada, ou de termo descritivo do que foi veiculado pelo rádio ou televisão, não podendo constar destes, nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos;

Diante do exposto acerca da distribuição do ônus da prova e da legislação que trata da matéria, pode-se concluir que: se quando da apuração de fatos em inspeção *in loco*, o TCEMG verifica o descumprimento de norma que obrigava o gestor a anexar às notas de empenho, referentes às despesas com publicidade e divulgação, cópia da matéria veiculada, deve a Corte exigir-lhe a apresentação do documento. Não prestando as contas – nem mesmo por forma diversa à formalmente prevista em lei, mas que materialmente demonstrasse a destinação dos recursos –, deve o Tribunal imputar-lhe o débito correspondente, sem prejuízo do exercício de sua pretensão punitiva.

É evidente que a **exigência de a nota de empenho acompanhar a matéria veiculada estabelece condição suficiente** para o estabelecimento do **nexo causal** entre os recursos despendidos e a despesa que o gestor lhe atribui. *Data venia* aos entendimentos contrários, caso a Corte decida por ignorar os normativos por ela mesma emanados, tornando alguns de seus dispositivos letra morta, **estar-se-ia legitimando a inobservância da norma e, por conseguinte, do princípio da “legalidade restrita”, norteador da administração pública. Não há outra interpretação razoável senão a de que o ônus da prova de regular aplicação de recursos públicos já teria sido fixado na norma legal.**

Não se trata, pois, de evidenciação de dolo ou de desconstituição de boa-fé. Ora, à Fazenda Pública, entendida como conjunto de bens e direitos do Poder Público, não é permitido destinar seus recursos sem a observância da legislação vigente. Jamais seria possível atribuir critérios inteiramente subjetivos à atuação do Poder Público, porquanto sua titularidade é atribuída a um coletivo. Assim, impõe-se o estabelecimento de normas objetivas para a conduta daqueles que exercem o Poder em nome do povo. Decorre daí um dos princípios basilares do Direito Administrativo, qual seja, a prioridade do interesse público sobre o privado, e os que são deste último consectários, com destaque para o princípio da legalidade, da juridicidade e da publicidade e para as normas processuais aplicáveis.

Uma dessas decorrências é a fixação do ônus da prova pela própria norma legal: em matéria de dispêndio de recursos públicos, a regra é o dever de prestar contas por aquele que guarda ou utiliza recursos públicos, ato necessário à comprovação da regularidade da conduta do agente. Nesse sentido, destaca-se a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, com destaque especial para o Acórdão n. 1.895/2014 (Segunda Câmara; relatoria: min. Ana Arraes), o Acórdão n. 6.943/2015 (Primeira Câmara; relatoria: min. Bruno Dantas), o Acórdão n. 2.367/2015 (Plenário; relatoria: min. Benjamin Zymler).

Portanto, inexistindo a comprovação de liame – exigido pela legislação – entre despesas realizadas e a sua destinação para o fim público, ou qualquer fato que, diante da verdade material, possa desconstituir o ilícito, impõe-se a obrigação de ressarcimento.

II.3.1 Inaplicabilidade da Súmula 94

Em algumas decisões desta Corte, observa-se que um dos fundamentos para não imputar débito ao responsável que deixa de apresentar cópia da matéria veiculada referente à nota de empenho relativa a gasto com publicidade é justamente a interpretação conferida ao Enunciado de Súmula n. 94 desta Corte.

A redação da Súmula 94 que perdurou desde 10/07/1993 até 06/04/2014 consistia dos seguintes termos: “É nulo e de responsabilidade do gestor o ato que autoriza despesa pública realizada com publicidade que caracterize promoção pessoal de autoridades ou servidores”. Hoje, a redação a referida súmula encontra-se com a seguinte redação “É irregular e de responsabilidade do gestor o ato que autoriza despesa pública realizada com publicidade que caracterize promoção pessoal de autoridades ou servidores.”.

Segundo o referido argumento, os atos da Administração Pública gozam de presunção de legitimidade, razão pela qual a sua nulidade deve ser reconhecida mediante procedimento próprio. Consoante esse mesmo entendimento, para decretar a nulidade do ato mencionando na Súmula 94 seria imprescindível que o TCEMG demonstrasse a promoção pessoal de agente público, competindo ao Tribunal o ônus da prova.

Com respeitosa vênia aos entendimentos contrários, esta relatoria não vislumbra nenhum reflexo direto da Súmula 94 sobre a divergência jurisprudencial que ora se aprecia. Por óbvio, tal como consta da redação sumular, diz-se “nulo” o ato que autoriza despesa com publicidade que caracteriza promoção pessoal, *i.e.*, no plano fático deve haver provas suficientes de promoção pessoal de agente público para que, quando da análise do direito, após instauração do contraditório, se declare nula a nota de empenho.

Não se pode confundir ausência de elemento necessário a estabelecimento de nexo causal exigido em norma emanada por esta Corte, ensejando a responsabilização do agente público, com nulidade de ato autorizador da despesa. Quando o Tribunal determina a imputação de débito por omissão do dever de prestar contas não quer dizer que todos os atos praticados pelo gestor são nulos; nesses casos não se está questionando a nulidade de atos, mas sim apenas a omissão no dever de prestar contas. Constatado o fato “omissão na regular prestação de contas”, sem estabelecimento do nexo causal entre o recurso público e sua finalidade legítima, debate-se, em contraditório, o direito de ressarcimento, como demonstrado no subitem II.3 da fundamentação.

De mais a mais, cumpre advertir que, caso se prossiga com o entendimento de que o ônus da prova que se opera quando do inadimplemento da obrigação de prestar contas deve ser atribuído a esta Corte, sob fundamento de que os atos emanados pelo Poder Público gozam de presunção de legitimidade, estar-se-á iniciando verdadeiro socobro da atividade de controle externo e do seu poder normativo, com implicações reflexas em diversas outras atividades fiscalizatórias do Tribunal. Exemplo claro consiste das diversas condenações de dano ao erário por omissão no dever de prestar contas, como se pode verificar.

II.3.2 Ilogicidade da distribuição do ônus da prova ao Tribunal em caso de despesas com publicidade

Por influência do direito europeu e latino, o Direito brasileiro também incorporou a Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova. Tal teoria, *grosso modo*, consiste em atribuir o “peso da prova” (*charge de la preuve*) a quem tem melhor condições de produzi-la em quantidade e qualidade necessárias para o desfecho do caso concreto.

No caso do processo de contas, que envolve prioritariamente matéria de Direito Público, em especial Direito Administrativo, regido integralmente pelo princípio da juridicidade, os atos administrativos estão adstritos ao universo do permissivo legal.

Em outras palavras, o universo normativo do Direito já traz consigo os permissivos da atuação estatal, não devendo o gestor da coisa pública dele se desviar, por força de **previsão constitucional** (art. 37, *caput*, da Constituição da República). Se a atuação administrativa carecer do adimplemento de algum critério estabelecido para a sua legitimidade consoante o sistema jurídico, esta se torna questionável, uma vez que o fundamento de validade das ações estatais, mormente quando gere a *res publica*, advém do próprio sistema jurídico, construído pelo Direito.

Ora, em casos de descumprimento da norma jurídica, como seria possível imputar ao Tribunal de Contas o ônus da prova se apenas o gestor tem capacidade de suportá-lo? Somente o desviante da norma de direito administrativo ou financeiro tem capacidade de demonstrar a legitimidade de seu desvio, e não aquele que verifica a sua ocorrência. **Como dita a máxima latina *necessitas probandi incumbit ei qui agit*, quando o Tribunal aponta uma**

irregularidade em, *e.g.*, uma inspeção, este tem, sim, o dever de suportar o ônus da prova contra o responsável, sob pena de soçobrar o princípio da segurança jurídica. Contudo, quando a Corte diligencia o agente responsável sobre a existência de documentos públicos – exigidos por norma estatal – que devem servir de amparo para a licitude de sua conduta, e este não os aponta, sem nenhuma justificativa razoável para tanto, o ônus da prova, por conseguinte, torna-se do agente infrator.

Nesse sentido, cite-se ementa do acórdão proferido pelo Plenário do Tribunal de Contas da União nos autos do Processo n. 014.579/2004-2:

[...]

No âmbito dos processos de fiscalização, os agentes deste Tribunal têm o ônus da prova das práticas ilícitas que imputam aos responsáveis. Quando estão produzindo acusações, submetem-se, em obediência ao devido processo legal, ao dever de provar (ressalvada a hipótese tratada no art. 93 do Decreto-lei 200/67 e, em certos casos, das chamadas provas negativas que não permitam, por sua natureza, a produção de prova material).

[...]

[Art. 93 do Decreto-lei n. 200/67: “Quem quer que utilize dinheiros públicos terá de justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes.”]

Pelo exposto, não se vislumbra outra hipótese senão a de reconhecer que despesas com publicidade realizadas sem a observância da legislação de regência e sem comprovação da finalidade pública do gasto geram, sim, dano ao erário, independentemente da demonstração, pelo Tribunal de Contas, de qualquer elemento subjetivo do gestor responsável. A este último, incapaz de demonstrar a regularidade de seus atos por meios ordinários legais de prestação de contas, incube o ônus da prova da legitimidade de sua conduta.

II.3.3 Nexo causal (sím-bolo) e a prova dia-bólica da acusação

Quanto ao conteúdo, poder-se-ia, a princípio, decompor o nexos causal de despesas com base numa análise linguística mediante uma perspectiva dêitica. Com base em seu étimo grego, dêixis (δειξις) significa “referência, demonstração, apontamento”. Mediante uma análise semiótica, a dêixis corresponde à retomada de unidades sinaléticas cuja associação conceitual depende do contexto do discurso e da entidade que o elemento dêítico expressa. Em outras palavras, a dêixis é o elemento do discurso – falado, escrito ou imagético – que referencia outro num determinado contexto, criando com este um vínculo semântico ou simbólico. Conforme Franklin Fearing:

[...] uma pessoa perdida numa floresta pode interpretar um filete de fumaça no horizonte como indício de fogo e de possível habitação humana. Isso claramente é um signo. Se o fogo foi aceso com a intenção de produzir fumaça como um signo para outra pessoa, então torna-se um símbolo. O caráter simbólico fica mais claro quando supomos que o intérprete e o produtor do fogo resolveram por combinação prévia que diferentes qualidades, formas, etc. de fumaça teriam significados especiais; com isso, ela se transforma num código, que pode ser utilizado por ambas as partes. O arranjo prévio pode

envolver duas pessoas ou pode estar implícito na cultura de um grande número de indivíduos.⁸

Na seara do Direito Administrativo, o símbolo – étimo mediato *sym* (σύν, junto) + *ballein* (βάλλειν, lançar), *i.e.*, “lançar junto, associar” – exsurge, por via de regra, mediante previsão em lei ou acordo entre as partes (*e.g.* convênio ou instrumento congêneres). **Isso quer dizer que a forma de estabelecimento de nexos causal da probidade e da legitimidade das condutas do gestor administrativo está descrito em norma jurídica.** Não lhe é permitido agir à revelia da lei e dos normativos que regulamentam sua atividade. O princípio administrativo-constitucional da legalidade, atualizado em razão do processo de semanticização jurídica por que tem passado nos últimos anos tanto por parte dos teóricos do Direito quanto pela jurisprudência, não há dúvidas de que a irregularidade comissiva ou omissiva do gestor de recursos públicos se configura pela simples inobservância da forma de agir prevista em norma positivada.

Diante da simples **constatação** de que o gestor agiu contrariamente à norma jurídica, cumpre a ele demonstrar a licitude de sua conduta mediante a demonstração das respectivas excludentes, *numerus apertus*, a serem consideradas pelo Tribunal quando da análise da defesa apresentada ou de qualquer outro documento que lhe faça as vezes.

No âmbito do Direito Administrativo, a tentativa de estabelecimento de um símbolo (legitimidade do ato), mediante forma diversa das previstas em lei, somente se verifica possível em virtude do princípio da verdade material, isto é, com a apresentação de **provas contundentes aptas a estabelecer esse vínculo** (verdade material) entre signos linguísticos (ilícito formal administrativo e legitimidade do ato).

Ora, cabe àquele que gere a *res publica* dela dispor conforme o interesse público e as disposições legais; se o responsável pela guarda dos recursos desvia-se voluntariamente das normas que fixam as formas de estabelecimento de nexos de causalidade, compete-lhe demonstrar a regularidade material de seus atos. O Direito, tal como qualquer outra ciência cuja epistemologia tenha um mínimo de racionalidade, não aceitaria a possibilidade de informações advindas de um discurso revelado, fragmentário irracional ou desconexo.

Assim, considerando o exposto e a fundamentação já delineada neste voto, *ex vi* do art. 70, parágrafo único, da Constituição da República, o ônus de comprovar tempestivamente a boa e regular aplicação dos recursos públicos recai sobre quem os gere – **mesmo que temporária e eventualmente** –, ao qual compete **demonstrar o liame entre os recursos confiados e as despesas executadas.**

Com base nesse entendimento, o Tribunal de Contas da União reiteradamente julga irregulares as contas tomadas de gestor que não comprovou a aplicação de valores repassados mediante convênio. Cite-se exemplificativamente um desses acórdãos, cuja ementa se transcreve *in litteris*:

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. NÃO COMPROVAÇÃO DA BOA E REGULAR APLICAÇÃO DOS RECURSOS REPASSADOS PELA FUNASA MEDIANTE CONVÊNIO. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO E MULTA.

⁸ FEARING, Franklin. A comunicação humana. In: COHN, Gabriel. **Comunicação e indústria cultural**. São Paulo: Editora USP, 1971. p. 78-79.

1. O ônus de comprovar a regularidade na aplicação dos recursos públicos compete ao gestor, por meio de documentação consistente, que demonstre cabalmente a regularidade dos gastos efetuados com os objetivos pactuados, bem assim o nexo de causalidade entre estes e as verbas federais repassadas.

2. Julgam-se irregulares as contas, com a imposição de débito e multa, quando o gestor não comprova o correto emprego dos dinheiros públicos na finalidade para o qual se destinavam.

(BRASIL. Tribunal de Contas da União. Primeira Câmara. Acórdão n. 0973-04/11-1. Relator: min. Marcos Bemquerer Costa. Julgado em: 15 fev. 2011. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 24 jun. 2015).

Por essa perspectiva, competir ao credor da obrigação constitucional-legal de prestar contas o ônus de demonstrar a ausência do ato-objeto da relação obrigacional é, *per se*, falacioso e diabólico (διά + βολος, cujo étimo mediato encontra-se em *dia* + *ballein*, *entre* ou *através* + *lançar*, “lançar separado, dissociar”).

Explica-se esta relatoria. Falacioso porque, consoante apresentado no subitem II.1 da fundamentação, obrigação não se confunde com ônus, porquanto, *grosso modo*, na primeira se impõe uma consequência processual conectada ao direito de provar cuja faculdade de exercício é do próprio onerado; na segunda, a vontade do devedor (“onerado” *lato sensu*) lhe vincula à tutela do interesse do credor.

Então, se a obrigação está estabelecida na Constituição, fixando inclusive os sujeitos da relação obrigacional, e o regulamento legítimo estabelece a forma de que o seu cumprimento deve se revestir, a Administração Pública tem o dever-poder de exigir a satisfação do crédito. Havendo claro inadimplemento substancial, quer dizer, não satisfeito o dever de prestar contas nem mesmo por meio da verdade material – ou justificativa legítima apresentada quando do exercício do contraditório –, surge a obrigação de o gestor ressarcir o valor que lhe fora confiado gerir.

Diz-se diabólico porque a demonstração de promoção pessoal do gestor pelo Tribunal sem que este apresente a matéria de publicidade veiculada – frise-se, o que tinha por dever legal de apresentar – ultrapassa o limite de ser prova difícil, sendo seu acesso quase que completamente apartado da realidade objetiva da Corte de Contas. ***E.g., seria praticamente impossível ao Tribunal obter o áudio de uma propaganda veiculada numa pequena rádio local três anos antes da inspeção; nesse caso, é óbvio ser do ordenador da despesa o ônus de apresentar a matéria veiculada ou trazer provas alterativas para demonstrar a legitimidade do gasto (dever de prestação de contas).***

Por fim, a formação da estrutura simbólica da prova – cuja semântica se apresenta nos termos ora delineados – só pode competir àquele que detém o elo probatório do cumprimento de sua obrigação, isto é, ***o symbolos “matéria veiculada” (nexo causal) deve, em primeiro plano, ser apresentado por aquele que inadimple o dever de prestar contas, e não por aquele que sofre com o inadimplemento.***

II.3.4 Eficácia dos regulamentos expedidos pelo Tribunal de Contas

Na logicidade ínsita ao sistema jurídico, evidencia-se a norma com o fim de estabelecer parâmetros hermenêuticos mínimos de permissividade, obrigação e proibição. Nesse sentido, Rosemiro Pereira Leal afirma que “[...] poderíamos anotar que a norma é categoria lógica de

dicção dos conteúdos jurídicos de uma estrutura jurídico-político-econômica, que se fazem pela dosagem de permissão-repressividade dos comandos estatais em face dos indivíduos.”⁹

Independentemente de críticas cujos fundamentos se encontram no paradigma do Estado Democrático de Direito, fato é que o TCEMG editou regramento próprio para a forma de prestação de contas de certas atividades afetas à gestão pública. Espera-se, pois, que haja significativa adesão à norma editada, sob pena de soçobrar sua efetividade.

Então, propõe-se que analisemos a questão por uma perspectiva prática: caso esta Corte entenda caber a ela comprovar a irregularidade na contratação de publicidade institucional, chegaríamos ao absurdo de estimularmos a conduta eivada de má-fé, pois **será mais benéfico para aquele que comissivamente deixa de cumprir o disposto na legislação de regência – omitindo-se do dever de disponibilizar as matérias veiculadas – do que apresentá-las voluntariamente a esta Corte**. Ao agir dessa forma, a ação fiscalizadora seria prejudicada, tendo em vista que o Tribunal de Contas não tem acesso à totalidade das informações dos jurisdicionados, incumbindo a eles o fornecimento, sempre que solicitado.

Por outro lado, aquele que cumpre a norma, fazendo acompanhar a nota de empenho da matéria veiculada, corre o risco de que esta Corte venha formar um juízo desfavorável sobre o teor, eventualmente lhe imputando débito pela lesão. Em termos estatísticos, jamais seria favorável ao gestor cumprir a referida norma, pois, em raríssimas situações, conseguiria o Tribunal lograr êxito no ônus da prova.

II.4 Gestão de recursos públicos: ônus da prova segundo o TCU, STF e teóricos do Direito

O entendimento tal como se visa pacificar vai ao encontro da jurisprudência consolidada no Tribunal de Contas da União, que, de maneira ampla, conclui caber aos responsáveis comprovar a execução dos serviços contratados – sendo a ausência de provas o suficiente para ordenar a devolução ao erário. Cito o Acórdão n. 3.904/2016:

Em regra, nos autos de contas e de fiscalização, o ônus da produção de provas é daqueles que de alguma forma administram ou são favorecidos por atos que têm o potencial de causar dano ao erário, não cabendo suscitar a inversão do ônus da prova. A regularidade da gestão é presumida, mas uma vez questionada a adequação das ações compete aos administradores e aos interessados evidenciarem que as irregularidades apontadas não existem.

(...)

33. Em sendo assim, nos moldes da proposta da unidade técnica, manifesto o entendimento de que não houve a comprovação da entrega dos mencionados exemplares, não merecendo prosperar a alegação dos responsáveis de que a falha apontada se baseou na mera ausência de carimbos dos postos fiscais estaduais¹⁰.

⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. 13. ed. rev., atual e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 202.

¹⁰ Acórdão 3.904/2016-TCU-1ª Câmara (Rel. Min. Benjamin Zymler). No mesmo sentido, Acórdão 2.307/2017-2ª Câmara (Rel. Min. José Múcio Monteiro); Acórdão 1.022/2013-Plenário (Rel. Min. Ana Arraes); Acórdão 1895/2014-TCU-2ª Câmara (Rel. Min. Ana Arraes); Acórdão 1.247/2006-1ª Câmara, (Rel. Min. Guilherme Palmeira).

Percebe-se que o Supremo Tribunal Federal, em diversos julgados atuais e mais antigos – remontando até mesmo ao período pré-Constituição de 1988¹¹ – decidiu no mesmo sentido. Igualmente, em todos os processos pesquisados, houve a denegação da segurança de mandados interpostos em face de Acórdãos do TCU, em casos de despesas não comprovadas pelos responsáveis¹².

A respeito do ônus da prova em processos de contas, o Professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, baseado em farta jurisprudência, dispõe o seguinte:

Nesse momento, vem à balha a questão de saber se o Tribunal de Contas tem a obrigação de provar se está sujeito ao ônus da prova. **A questão constitui ponto angular na ação de controle, pois, se está sujeito ao dever de provar, não poderá, em tese, ter o direito de julgar, posto que se inserem em órbitas distintas os deveres de quem acusa e os daqueles que devem ter isenção para julgar.** De forma tópica, cabe destacar:

- a) O ônus da prova em relação à boa e regular aplicação de recursos públicos incumbe a quem os recebe, posto que é inerente à função de administrar coisa alheia o dever de prestar contas;
- b) A regra geral, mesmo com o advento da Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, permanece inalterada: em caso de contas, a prova da correta aplicação é do recebedor do recurso, harmonizando-se o preceito com a regra do art. 36 desta Lei¹³. (grifo nosso)

Ainda segundo o mesmo autor, é dever de todo órgão público, jurisdicionado do Tribunal de Contas, apresentar documentos que por este lhe forem solicitados. No que tange especificamente ao dever de exhibir documentos, prossegue o autor:

O Código de Processo Civil estabelece uma sistemática bastante simples para resolver o impasse no caso de recusa em exhibir documento ou coisa: se está de posse da parte adversa, considera provado o fato que com a exibição se pretendia; se de posse de terceiro, a recusa pode ser havida por ilegítima, hipótese em que o juiz ordenará a apreensão.

No processo administrativo, em geral, a solução preconizada pelo Código não pode ser de todo implementada, vez que a autoridade administrativa não detém o poder de coerção sobre terceiros para determinar a exibição.

Com relação aos processos desenvolvidos perante os Tribunais de Contas, podem ser sintetizados os seguintes comandos:

¹¹ A exemplo, cita-se o MS 20.335/DF, de 12/10/1982, da relatoria do Ministro Moreira Alves, cuja ementa transcrevo a seguir: “Mandado de Segurança contra o Tribunal de Contas da União. Contas julgadas irregulares. Aplicação da multa prevista no artigo 53 do Decreto-Lei 199/67. A multa prevista no artigo 53 do Decreto-Lei 199/67 não tem natureza de sanção disciplinar. Improcedência das alegações relativas a cerceamento de defesa. Em Direito Financeiro, cabe ao ordenador de despesas provar que não é responsável pelas infrações, que lhe são imputadas, das leis e regulamentos na aplicação do dinheiro público. Coincidência, ao contrário do que foi alegado, entre a acusação e a condenação no tocante à irregularidade da licitação. Mandado de Segurança indeferido”

¹² Dentre outros, cita-se o MS 31.409/DF, de 13/10/2016, da relatoria do Ministro Edson Fachin; o MS 33.095/DF, de 15/09/2014, da relatoria da Ministra Cármen Lúcia; e MS 27510/DF, de 10/08/2012, da relatoria do Ministro Dias Toffoli;

¹³ JACOBY FERNANDES, J. U. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 4ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 194/195.

- a) É dever de todo órgão público, jurisdicionado ao Tribunal de Contas, apresentar, no prazo por ele estabelecido, os documentos;
- b) Em homenagem ao princípio da continuidade administrativa e para evitar transtornos maiores ao controlado, admite-se a entrega de cópia, salvo expressa determinação em sentido contrário do Tribunal de Contas¹⁴. (*grifo nosso*)

Cabe frisar que, pelo menos desde 1992, o Tribunal de Contas regulamenta a matéria¹⁵, incluindo, no rol de documentos a serem constantemente disponibilizados pelos órgãos e entidades jurisdicionadas a documentação relativa à publicidade institucional. A exemplo, cite-se a vigente Instrução Normativa n. 08/2003, que, com o intuito de possibilitar a atividade fiscalizatória, impõe aos jurisdicionados a obrigação de manter anexado, às notas de empenho relativas à despesa com publicidade, o “(...) *exemplar do jornal, panfleto ou qualquer outro veículo que demonstre o conteúdo da matéria publicada, devidamente identificada, ou de termo descritivo do que foi veiculado pelos rádios ou televisão (...)*”.

A edição de tal norma corrobora o estabelecido pelo §1º do art. 37 da Constituição da República, que estabelece limites para a veiculação de publicidade e divulgação institucional. Não resta qualquer dúvida acerca do impedimento de promoção da imagem de agentes públicos por meio de tais instrumentos, e nem tampouco da importância conferida pelo constituinte originário de 1988 sobre o tema, classificando-o como um dos pilares da Administração Pública.

É dever dos órgãos de controle impedir que ocorra o abuso do poder econômico e político, sendo diversas as inovações trazidas tanto pela legislação quanto pela jurisprudência nesse sentido¹⁶. A preocupação com a obtenção ilícita de vantagens, no plano eleitoral, aumentou após a inclusão do instrumento da reeleição no processo eleitoral brasileiro, com a edição da Emenda Constitucional n. 16/1997. Desde então, os Chefes do Poder Executivo em todos os âmbitos federativos podem concorrer a um novo mandato sem precisar se afastar dos cargos já ocupados. Não há dúvidas de como a manutenção do poder político pode ser afetada pela utilização irregular de *marketing* pessoal pelo gestor, e é atribuição do Tribunal de Contas garantir que as verbas públicas não sejam aplicadas indevidamente.

A omissão do gestor em não comprovar a realização da publicidade institucional, bem como a afronta à determinação desta Corte (que possui diversos atos normativos regulamentando a matéria) afasta a presunção de boa-fé objetiva. Em Direito Financeiro, cabe ao ordenador de despesas provar a legitimidade de atos praticados contrários ao sistema jurídico, em especial aqueles que tangem à aplicação do dinheiro público.

II.5 Manifestação do MPTC e o entendimento de outros tribunais

¹⁴ JACOBY FERNANDES, J. U. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 4ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 209/210.

¹⁵ Instruções Normativas n. 01/1992, 06/1994, 01/1996, 05/1999 e 08/2003.

¹⁶ Como exemplo, cita-se a “Lei da Ficha Limpa”, que alterou a “Lei de Inelegibilidades” (Lei complementar n. 64/1990), a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992), as inovações da Lei das Eleições (Lei n. 9.504/1997), a Instrução Normativa n. 08/2003 desta Corte, o entendimento vigente do Tribunal de Contas da União a respeito da inversão do ônus da prova (Acórdão n. 1.895/2014-2ª Câmara, Relatoria da Ministra Ana Arraes), dentre outros.

Nesse mesmo sentido se manifestou o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, conforme parecer de fls. 10/14. Vejamos:

13. Em regra, o ônus da prova constitui importante instrumento que viabiliza a atividade de controle. Não tendo o Tribunal de Contas acesso à totalidade das informações dos jurisdicionados, incumbe a estes fornecê-las sempre que solicitado.

14. Para possibilitar a atividade fiscalizatória, o Tribunal de Contas, por meio de atos normativos, impôs aos jurisdicionados a obrigação de manter anexado, às notas de empenho relativas à despesa com publicidade, o exemplar do jornal, panfleto ou qualquer outro veículo demonstrando o conteúdo da matéria publicada, devidamente identificada, ou de termo descritivo do que foi veiculado pelo rádio ou televisão.

15. Neste aspecto, **ao meu ver, não há dúvidas de que o encargo de fornecer os elementos que demonstre a regularidade dos gastos pertence ao gestor**, já que ele detém as informações relativas às despesas realizadas.

16. Neste caso, atribuir o ônus ao jurisdicionado possibilita que o Tribunal de Contas decida sobre a ilicitude da despesa quando não há documentação necessária, deliberando, em favor da sociedade, no caso de dúvidas sobre a regularidade dos gastos efetuados.

(...)

20. De modo diverso, as despesas com publicidade desacompanhadas da matéria veiculada frustram a própria atividade de controle, uma vez que impedem que o Tribunal de Contas sequer analise os atos de ordenamento de despesa e identifique possíveis falhas.

21. Sendo assim, entendo que as dúvidas, oriundas da ausência da documentação necessária, devem ser interpretadas desfavoravelmente ao gestor que, de modo proposital ou não, deixou de comprovar a regularidade da despesa.

22. Ressalto, ainda, que **ao contrário do que decidiu o Tribunal de Contas nos autos do citado Processo Administrativo n. 496.970, a condenação ao ressarcimento pelas despesas com publicidade não decorre da inobservância de Instrução Normativa e sim do descumprimento do dever legal e moral de comprovar a regularidade dos atos praticados.**

23. Isto porque, na prática, a condenação ao ressarcimento não é automática. **Verificada a inobservância do ato normativo, abre-se a oportunidade para que o responsável apresente a documentação atestando a licitude da despesa e, somente no caso de não restar comprovada a regularidade do gasto, haverá condenação do ordenador.**

(...)

28. Diante do exposto, no meu entendimento, deve prevalecer a tese que atribui ao jurisdicionado o ônus de provar a regularidade das despesas realizadas. Neste sentido, o jurisdicionado tem o encargo de demonstrar a licitude dos gastos, caso não o faça deve arcar com as consequências advindas da sua inércia, quais sejam, a presunção de ilegalidade do ato praticado e a responsabilização pessoal pelo mau uso do recurso público.

(...)

Diante do exposto, OPINO pelo entendimento uniformizador no sentido de que deve o Tribunal de Contas atribuir ao jurisdicionado o ônus de demonstrar o conteúdo das matérias publicitárias custeadas com recursos públicos, sob pena de responder pessoalmente pelos gastos realizados, em razão de serem consideradas irregulares, nos termos do que dispõe o §1º do art. 37. (grifo nosso).

Ademais, o entendimento que presume o dano ao erário, nas hipóteses em que não é apresentada a matéria publicitária veiculada, **é igualmente aplicada pelo TCU e por outras Cortes de Contas estaduais**. A título de exemplificação, cite-se o julgado do **Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia**:

Determinar ao Sr. Kenoel Viana Cerqueira, Prefeito Municipal de Guaratinga, o ressarcimento com recursos pessoais do Gestor, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da publicação do presente decisório, ao erário público municipal, das seguintes quantias: - R\$3.513,71 (três mil quinhentos e treze reais e setenta e um centavos) - multas e juros por atraso no recolhimento de obrigações; - R\$20.460,00 (vinte mil quatrocentos e sessenta reais) - ausência de comprovação de diárias pagas; - **R\$6.000,00 (seis mil reais) - gastos com publicidade desacompanhada de matéria veiculada**; - R\$4.006,00 (quatro mil e seis reais) - ausência de comprovação de despesa; -R\$69.000,00 (sessenta e nove mil reais) – ausência de comprovantes de pagamentos efetivados¹⁷. (grifo nosso).

No mesmo sentido, destaco o posicionamento **unânime e reiterado** do **Tribunal de Contas do Estado do Paraná**:

Entretanto, **nenhum CD/DVD foi juntado a fim de que se pudesse comprovar a efetiva prestação dos serviços, ou seja, a veiculação de matérias de interesse da Câmara Municipal de Curitiba, e a compatibilidade do material ao disposto no artigo 37, §1º, da Constituição Federal, que exige que a publicidade tenha caráter educativo, informativo ou de orientação social.**

(...)

Portanto, face à ausência de comprovação, sequer, da prestação dos serviços pelas subcontratadas Elipse Comunicação Ltda.(de que trata o achado nº 12), Marmace Publicidade (de que trata o achado nº 30), Propaganda e Representações Ltda. (de que trata o achado nº 31), D.L. Publicidade, Propaganda e Representação Ltda. (de que trata o achado nº 31), LC de Júlio & Cia Ltda. - ME, Celso Siqueira Guaripuna-D3 Vídeo Comunicação(de que trata o achado nº 32) e Medeiros & Medeiros Ltda. – ME(de que trata o achado nº 33), agravada pela imprescindibilidade de justificativas concretas e específicas para cada um dos pagamentos, o valor pago a essas empresas pelas agências Visão Publicidade e Oficina da Notícia deve ser integralmente restituído aos cofres públicos municipais¹⁸. (grifo nosso).

Por fim, vale citar a decisão do **Tribunal Superior Eleitoral** que negou provimento ao Agravo interposto contra decisão do TRE/MG, o qual entendeu pela inelegibilidade de gestor público condenado por esta Corte de Contas a ressarcir a Fazenda despesa ilegítima em decorrência de ausência de documentação comprobatória da matéria publicitária. Naquela oportunidade, foi mantida a rejeição das contas e a inelegibilidade do gestor, por ter sido considerado doloso o ato de improbidade administrativa consistente na despesa com publicidade desacompanhada da matéria veiculada, nos termos do art. 1º, I, “g”, da Lei Complementar n. 64/1990, *verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÃO MUNICIPAL. 2012. REGISTRO DE CANDIDATO. INDEFERIMENTO. INELEGIBILIDADE. LC Nº

¹⁷ TCM/BA – Processo n. 07685-14. Cons. José Alfredo Rocha Dias, data da sessão: 04/12/2014.

¹⁸ TCE/PR – Tomada de Contas Extraordinária n. 21471/13. Cons. Ivens Zschoerper Linhares, data da sessão: 26/04/2016.

64190. REJEIÇÃO DE CONTAS PÚBLICAS. PAGAMENTO A MAIOR DE VEREADORES. DOLO GENÉRICO. FUNDAMENTOS NÃO INFIRMADOS. DESPROVIMENTO. 1. A rejeição de contas do então presidente da Câmara Municipal em decorrência de pagamento a maior aos vereadores **e de realização de despesa com publicidade, desacompanhada da matéria veiculada**, atrai a incidência da cláusula de inelegibilidade prevista no art. 1, 1, g, da LC nº 64190. 2. Agravo regimental desprovido¹⁹. (grifo nosso).

Pode-se afirmar, portanto, que a atribuição do ônus da prova ao responsável pela guarda e apresentação dos documentos para o Tribunal de Contas é realidade em outros órgãos julgadores, sendo a tese defendida neste incidente aplicável ao julgamento dos processos então sobrestados.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, considerando que o ônus da prova da boa e regular gestão de bens e recursos públicos, por força de dispositivo constitucional atrelado à norma regulamentar validamente expedida por órgão competente, é imputada àquele que os gere, bem como que se faz necessário maior coerência das decisões desta Corte, esta relatoria acolhe o parecer ministerial e vota pelo entendimento uniformizador no sentido de ser do gestor o ônus de comprovar a legalidade das despesas efetuadas com publicidade institucional, sob pena de restituição ao erário dos valores ilicitamente despendidos.

Em sendo tal entendimento vencedor, pelo quórum qualificado constante no art. 225, c/c art. 10, X, da Resolução n. 12/2008, propõe-se que a matéria seja sumulada nos seguintes termos:

É de responsabilidade do gestor a comprovação ao Tribunal de Contas, por qualquer meio legalmente admitido, do conteúdo das matérias publicitárias veiculadas e custeadas com recursos públicos, sob pena de responsabilidade pessoal.

Referências Normativas:

- Art. 37, §1º, da Constituição da República de 1988;
- Art. 17, *caput*, da Constituição do Estado de Minas Gerais de 1989;
- Instrução Normativa do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais n. 01/1992;
- Instrução Normativa do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais n. 06/1994;
- Instrução Normativa do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais n. 08/2003;

Precedentes:

- Incidente de Uniformização de Jurisprudência n. 1.012.204, sessão de xx/xx/2017.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Pela ordem, Senhor Presidente.

¹⁹ TSE – Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral n. 160-42.2012.6.13.0096. Ministro Dias Tóffoli, data da sessão: 14/02/2013.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Com a palavra, pela ordem, o Conselheiro Sebastião Helvecio.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Antes de Vossa Excelência colher os votos, eu queria fazer uma ponderação ao eminente Relator. A matéria me parece de uma amplitude muito grande, especialmente em Minas Gerais, com seus oitocentos e cinquenta e três municípios, e, para mim, não ficou bastante claro. Nessa proposta de sumulação, quando o Relator redige a sua ementa, pode-se concluir – de maneira, acredito eu, equivocada – que a falta de apresentação do conteúdo da matéria publicitária ensejará a constatação de dano ao erário a ser ressarcido pelo ordenador de despesa. Eu indagaria ao eminente Relator se ele admitiria, nesse seu texto, quando faz toda essa explanação sobre a responsabilidade do gestor, essa não obrigatoriedade da apresentação do conteúdo da matéria publicitária. Muitas vezes, para um prefeito ou para um presidente de Câmara, é praticamente impossível fazer a apresentação desse conteúdo de matéria publicitária. Digo, por exemplo, com relação à campanha de vacinação, a campanhas que as prefeituras ou a administração pública possa fazer. Então, tenho essa preocupação de se passar a entender que a mera não apresentação, a falta de apresentação do conteúdo ensejaria a constatação de dano ao erário.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Não vou acolher a manifestação do Conselheiro Sebastião Helvecio. Vou manter a minha exposição.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Vossa Excelência vai manter sua decisão.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

MÉRITO

Assevero que, em relação a muito do que foi argumentado pelo relator, Conselheiro José Alves Viana, declaro minha mais entusiasmada adesão.

Todavia, rogo-lhe as vênias devidas para pontuar alguns aspectos que julgo serem úteis para que, ao final, tenhamos a compreensão mais completa possível a respeito do tema em debate, conforme passo a demonstrar.

De início, destaco questão de lógica formal que repercute sobre a construção do ordenamento jurídico positivo: um ato normativo primário não pode funcionar como fundamento de validade de atos normativos secundários editados antes de sua entrada em vigor.

Digo isso porquanto as instruções normativas mencionadas no voto do relator, quais sejam, as Instruções Normativas nº 01, de 1992; 06, de 1994; 01, de 1996; 05, de 1999; e 08, de 2003 – esta ainda vigente –, não foram editadas por este Tribunal depois da entrada em vigor da Lei Complementar nº 102, de 17/1/2008. Então, mencionar essa lei como fundamento de validade

desses atos normativos violaria, destarte, regra lógico-formal magistralmente sintetizada pelos romanos neste brocardo: *tempus regit actum*.

Quando vigente, a Lei Complementar nº 33, de 28/6/1994, que dispunha sobre a organização do Tribunal de Contas, assegurava-lhe, no art. 13, a competência para “XXIX - baixar resoluções e expedir instruções normativas gerais ou especiais sobre qualquer matéria de sua competência”. É esse diploma legal, portanto, o fundamento de validade primário das instruções normativas editadas durante sua vigência.

Antes de a Lei Complementar nº 33, de 1994, entrar em vigor, a estrutura, a organização e as atribuições do Tribunal de Contas eram estabelecidas pela Lei nº 5.511, de 2/9/1970. Fruto de outra época e de outra ordem constitucional, a permissão dada ao Tribunal para exercer atividade legislativa atípica era radicada no inciso XXVI de seu art. 15, dispositivo legal que lhe conferia atribuição para “baixar resoluções e expedir instruções gerais ou especiais sobre qualquer matéria de sua competência”. É também ela a lei a ser citada como fundamento primário de validade dos atos normativos editados durante sua vigência, ainda que, recepcionados pela nova ordem jurídica pátria, tenha a Constituição da República de 1988 conferido outro contorno à instituição dos Tribunais de Contas.

Para além dessa questão formal, entendo que se deve discutir este incidente de uniformização de jurisprudência à luz do conteúdo das instruções normativas listadas.

Percebe-se que a Instrução Normativa nº 08, de 2003, publicada no Diário Oficial do Estado de Minas Gerais de 31/12/2003, atualmente vigente, é também a mais longeva; ao final deste ano, completará dezesseis anos de produção ininterrupta de efeitos.

Essa longevidade é deixada às claras pelos contornos que empresta ao tema ora em debate, que passa ao largo de formas mais recentes de se dar publicidade a algo e que, como têm mostrado sucessivas notícias a respeito do processo político-eleitoral e dos usos e abusos da mídia em meio eletrônico, no Brasil e no mundo, caminham para eclipsar as formas mais antigas de propaganda política. Eis o que estatui o inciso XIII da Instrução Normativa nº 08, de 2003, com as modificações introduzidas pela Instrução Normativa nº 04, de 15/6/2005:

Art. 6º Constitui obrigação das Administrações Direta e Indireta Municipais, a prática das seguintes atividades no preparo da documentação, sujeita ao exame desta Corte de Contas, relativamente a cada mês encerrado:

[...]

XIII - anexação, nas notas de empenho referentes às despesas com publicidade e divulgação, de exemplar do jornal, panfleto ou qualquer outro veículo que demonstre o conteúdo da matéria publicada, devidamente identificada, ou de termo descritivo do que foi veiculado pelo rádio ou televisão, não podendo constar destes, nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos; (Renumerado pelo art. 2º da Instrução Normativa nº 04/2005, de 15/06/2005)

Ao editar tal regra, este Tribunal se deparou com um problema prático, consistente na diversidade material dos meios de comunicação que podiam – e ainda podem – ser empregados pela Administração Pública como suporte para a publicidade institucional.

À época de tal construção normativa, a prova do conteúdo da publicidade escrita era certamente entendida como mais simples do que a prova do conteúdo veiculado por rádio ou televisão. Para aquele se exigia a anexação do exemplar à nota de empenho; para o conteúdo não escrito, bastava “termo descritivo”.

Justifica-se ainda tal distinção? Não teria o progresso tecnológico a superado, o que recomenda a atualização da regra? Embora pareça questão pontual e estritamente técnica, em última análise, toca ao maior valor a perpassar a vida dos Estados democráticos, que é o da igualdade, vertido pela Constituição da República de 1988 para o campo do direito público como “impessoalidade”.

Aproveito a menção à igualdade para lembrar que a Instrução Normativa nº 08, de 2003, recebeu a seguinte ementa, sem os destaques: “Estabelece normas de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial nas Administrações Direta e Indireta dos Municípios”.

Haverá regra veiculada pelos diversos atos normativos editados pelo Tribunal que imponha o mesmo dever para o agente público estadual? Das instruções normativas citadas pelo relator, apenas a de nº 1, de 1996, se dirigia aos gestores estaduais e aos municipais, sem dispor sobre a necessidade de que fosse anexado, às notas de empenho das despesas com publicidade e divulgação, “exemplar do jornal, panfleto ou qualquer outro veículo que demonstre o conteúdo da matéria publicada, devidamente identificada, ou de termo descritivo do que foi veiculado pelo rádio ou televisão”.

Até onde apurei, consta na Instrução Normativa nº 07, de 2002, que “estabelece normas sobre composição e apresentação das prestações de contas de exercício financeiro dos administradores e gestores dos órgãos da administração direta estadual”, a seguinte norma, veiculada em dois artigos; primeiro, para os Poderes Legislativo e Judiciário, e, depois, para os órgãos do Poder Executivo:

Art. 1º As prestações de contas dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público deverão ser encaminhadas ao Tribunal de Contas até 90 (noventa) dias após o encerramento de cada exercício, instruídas com os seguintes documentos:

[...]

II – relatório sobre a execução orçamentária, financeira e patrimonial, contendo:

[...]

g) demonstração da despesa de publicidade realizada no exercício, especificando o objeto, a empresa publicitária, os valores mensais e totais do contrato, as agências ou veículos de comunicação contratados e o período de veiculação, acompanhada de cópias das publicações trimestrais no órgão oficial do Estado, nos termos do parágrafo único do art. 17 da Constituição Estadual e do art. 7.º da Lei Estadual n. 13.768, de 1.º de dezembro de 2000;

[...]

Art. 3º As prestações de contas dos órgãos do Poder Executivo deverão ser encaminhadas ao Tribunal de Contas até 90 (noventa) dias após o encerramento de cada exercício, instruídas com os seguintes documentos:

[...]

II – relatório sobre a execução orçamentária, financeira e patrimonial, contendo:

[...]

g) demonstração da despesa de publicidade realizada no exercício, especificando o objeto, a empresa publicitária, os valores mensais e totais do contrato, as agências ou veículos de comunicação contratados e o período de veiculação, acompanhada de cópias das publicações trimestrais no órgão oficial do Estado, nos termos do parágrafo único do art.

17 da Constituição Estadual e do art. 7.º da Lei Estadual n. 13.768, de 1.º de dezembro de 2000; (Destaques meus).

Mas não se deve fazer interpretação apressada, para dizer que o normativo manda, ao menos, que seja anexado, à prestação de contas de exercício, demonstrativo das publicidades veiculadas no órgão oficial do Estado. Não é o que diz o ato normativo. O Tribunal exige apenas que se junte cópia do relatório trimestral determinado pelo art. 7º da Lei Estadual nº 13.768, de 2000, cuja redação é a seguinte e que também não exige a juntada de “exemplar da publicação realizada ou termo descritivo”:

Art. 7º Os órgãos que integram os Poderes do Estado e as entidades sob controle direto ou indireto do Estado farão publicar trimestralmente no órgão oficial dos Poderes do estado relatório sobre os gastos com publicidade, com as seguintes especificações:

- I - órgão executante ou empresa contratante;
- II - objeto da publicidade;
- III - empresa publicitária;
- IV - valores totais e mensais do contrato;
- V - período de veiculação.

Diante desse quadro normativo, é forçoso concluir que o tratamento dispensado, *in abstracto*, às Administrações estadual e municipal tem sido distinto. Por um lado, no plano municipal, o Tribunal exige, para comprovação da despesa com publicidade, que se anexe à nota de empenho exemplar da publicação impressa ou de termo descritivo, quando se tratar de publicidade veiculada em rádio ou televisão. Por outro lado, no plano estadual, exige apenas a especificação do “objeto, a empresa publicitária, os valores mensais e totais do contrato, as agências ou veículos de comunicação contratados e o período de veiculação”.

Tal distinção é justificável, quando se tem em mente que a questão de fundo decorre de uma só norma constitucional, qual seja, o § 1º do art. 37 da Constituição da República, que veda a publicidade que caracterize “promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos”, em qualquer dos níveis de governo? Merece a fiscalização de despesa com publicidade ocorrida no âmbito da Administração estadual tratamento diverso do dispensado à despesa com publicidade ocorrida no âmbito da Administração municipal?

Se a resposta a essas questões for negativa, é forçoso concluir, com as vênias de estilo, que a tese de que o descumprimento do disposto no inciso XIII do art. 6º da Instrução Normativa nº 08, de 2003, por si só, configura dano ao erário e, por conseguinte, enseja determinação de ressarcimento ao erário do valor da despesa realizada com publicidade é insustentável.

Em realidade, tal tese vai além dessa distinção que, em si, já é questionável. É que, em relação ao agente público municipal que não atender a esse comando normativo, pretende-se aplicar como consequência presunção relativa de que as contas não teriam sido prestadas. Essa presunção autorizaria o Tribunal a impor ao responsável a obrigação de ressarcir o erário o valor integral da despesa realizada com publicidade. E mais, essa presunção relativa seria afastada apenas caso o responsável apresentasse “exemplar da publicação realizada ou termo descritivo”, conforme o caso.

A meu sentir, está havendo certa confusão entre situações que se apresentam ao crivo do controle externo a cargo do Tribunal de Contas e o consequente ônus de comprovar a escorreita realização do gasto ou da despesa pública pelo gestor de bem ou recurso público.

A questão do ônus da prova e da responsabilidade do agente público, a propósito, fica bem delimitada nesta passagem consignada em trabalho desenvolvido pelo Tribunal de Contas da União (TCU), intitulado Aula 1 – Introdução à Responsabilidade, disponível na rede mundial de computadores:

Segundo os doutrinadores pátrios, a responsabilidade civil subjetiva demanda a presença simultânea de quatro elementos, quais sejam ação ou omissão; dano; nexo causal e culpa “lato sensu”.

No plano da responsabilidade civil, o Código de 1916 adotou a teoria subjetiva. Com o advento do Código Civil de 2002, a regra geral foi mantida, mas houve inovação consistente no estabelecimento da obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco aos direitos de outrem, além daquelas hipóteses especificadas em lei.

É importante ressaltar que, no plano subjetivo, a culpa haverá de ser demonstrada por aquele que pleiteia a reparação, a quem cabe o ônus da prova. Em determinadas circunstâncias, a culpa será presumida, havendo a inversão do ônus da prova e cabendo ao autor do dano demonstrar a ausência de culpa.

Sobre esse último ponto, vale salientar que na seara pública compete ao gestor demonstrar que empregou corretamente os recursos que lhe são confiados.

Ainda sobre a inversão do ônus da prova, não é demais frisar que esta obrigação ocorre sobretudo nos casos de prestação de contas de recursos recebidos via convênio ou outros ajustes congêneres, nas quais, uma vez violado o dever jurídico de apresentar a prestação de contas, nasce para o gestor público a responsabilidade de ressarcir os valores que lhe foram confiados, presumindo-se, então, não aplicado no objeto pactuado o montante repassado, ainda que concluída a obra ou adquiridos os bens/materiais.

Em verdade, essa inversão decorre da violação da obrigação originária, qual seja, a de prestar contas, a qual violada enseja a recomposição do erário, sob a presunção relativa de não aplicação dos dinheiros públicos nas finalidades previstas. Todavia, a inversão não se aplica indistintamente a toda e qualquer situação sob a jurisdição do controle externo.

Com efeito, caso se atribua uma irregularidade específica ao gestor, tal como utilização de nota fria, fraude em licitação, conluio entre o ordenador de despesas e as licitantes, superfaturamento etc., o ônus de comprovar tais ocorrências é de quem alega (em regra do concedente, do controle interno ou do controle externo), não se podendo invocar nessas situações a inversão do ônus da prova.

Em outras palavras, em auditorias, inspeções e fiscalizações em órgãos públicos, as falhas, impropriedades ou irregularidades devem ser comprovadas pelo Auditor que as suscita, não valendo nessa hipótese a regra de inversão acima mencionada. (Destaque meus).

Ainda a respeito da responsabilidade civil, o processualista mineiro, Humberto Theodoro Júnior, aduz que: “o nexo causal ou laço de causalidade ou relação de causa e efeito é o terceiro elemento constitutivo da responsabilidade civil”; e que “esse elemento deve existir entre a falta e o dano, de tal sorte que este seja o efeito, a sequência, a resultante daquela. Em

outros termos, a falta deve ter sido a causa do dano” (*Acidente do trabalho e responsabilidade civil comum*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 44).

Não se pode olvidar, pois, que a falta de “anexação, nas notas de empenho referentes às despesas com publicidade e divulgação, de exemplar do jornal, panfleto ou qualquer outro veículo que demonstre o conteúdo da matéria publicada, devidamente identificada, ou de termo descritivo do que foi veiculado pelo rádio ou televisão”, embora caracterize irregularidade a ensejar cominação de multa ao responsável, não configura, por si só, dano efetivo ao erário. Na verdade, *in casu*, o elemento caracterizador do dano seria eventual promoção pessoal de agentes públicos consubstanciada na publicidade institucional custeada com recursos públicos.

Nessa esteira, visando ainda trazer elementos para melhor compreensão da questão em debate, é preciso ter em mente que, no âmbito da Administração Pública brasileira, o processamento da despesa é materializado por fases descritas em lei formal, qual seja, a Lei nº 4.320, de 1964, que delinea os contornos do empenho, da liquidação, da emissão da ordem de pagamento e de seu derradeiro pagamento, emprestando aos documentos produzidos valor legal e presunção – também relativa – de que a despesa foi realizada conforme preceitua a ordem jurídica.

Quando se acrescenta o ingrediente da segregação de funções, tem-se que esse processo não é fruto de mera conveniência organizacional, mas sim método juridicamente previsto de se controlar a realização da despesa, até mesmo no que diz respeito à sua legalidade, que, em linguagem mais moderna, pode ser entendida como juridicidade, para alcançar também o respeito às regras e princípios constitucionais.

Se a realização da despesa dependesse apenas da prática de atos por parte de um único agente, seria palpável o risco de se preterir o interesse público. Todavia, como a realidade complexa da administração pública determina o envolvimento de diversos agentes ao longo do processo de realização da despesa, esse risco é mitigado pelo envolvimento necessário dessa pluralidade de sujeitos, que praticam atos e que estão menos predispostos a correr o risco de sofrer consequência negativa por possível desvio de conduta. Repito, entre as inúmeras funções cumpridas pelo processo administrativo de realização da despesa pública, certamente, não é desprezível a função de controle das condutas praticadas pelos agentes envolvidos.

A tese defendida pelo relator propõe que o Tribunal, desobedecido ao comando do inciso XIII do art. 6º da Instrução Normativa nº 08, de 2003, desconsidere todo esse processo de realização da despesa pública, mesmo que todas as suas etapas tenham sido observadas e que tenham sido apresentados os outros documentos aptos para comprová-la. Promove, assim, a equiparação de duas situações radicalmente distintas: a do agente que apresentou todos os documentos que integram o processo de realização da despesa, com exceção do “exemplar da publicação ou termo descritivo”, e a daquele que não apresentou um documento sequer.

Se, por um lado, a tese afirma a inaplicabilidade do enunciado da Súmula 94 à despesa com publicidade que não cumpriu a exigência regulamentar, por outro, fere de morte o enunciado da súmula precedente, a Súmula 93, cujo conteúdo é o seguinte: “As despesas públicas que não se fizerem acompanhar de nota de empenho, de nota fiscal quitada ou documento equivalente de quitação são irregulares e poderão ensejar a responsabilização do gestor”. Não há argumento algum que possa impugnar a conclusão extraível, *a contrario sensu*, de que as despesas públicas que se fizerem acompanhar de nota de empenho, de nota fiscal quitada ou

documento equivalente de quitação são regulares, se não se produzir prova de que fora realizada de maneira irregular, a ensejar a determinação do valor despendido ao erário.

É compreensível a afirmação de que a despesa com publicidade, à luz do § 1º do art. 37 da Constituição da República, tem contornos próprios, diversos daqueles que, por exemplo, revestem a realização de despesa para aquisição de bens. Ainda assim, não me parece razoável concluir que seria irregular, a ponto de ensejar a imputação de débito e ressarcimento do valor despendido ao erário pelo ordenador, a realização de despesa com publicidade somente pela ausência do exemplar da publicação impressa ou do termo descritivo da publicidade que tiver sido veiculado em rádio ou televisão.

A meu sentir, tal tese interpreta a norma inserta no dispositivo constitucional mencionado partindo da exceção, e não da regra. É dizer, parte do pressuposto de que a despesa com publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos, cuja nota de empenho não se fizer acompanhar do exemplar da publicação impressa ou do termo descritivo, dependendo do caso, sempre terá caráter de promoção pessoal de autoridade ou de servidor público, e não caráter educativo, informativo ou de orientação social. Ademais, parte do pressuposto de que, na hipótese, para encobrir possível irregularidade, o responsável pela realização da despesa com publicidade prefere descumprir conscientemente a regra do inciso XIII do art. 6º da Instrução Normativa nº 08, de 2003, a fim de sofrer apenas sanção pecuniária, e esquivar-se da imposição de reparação de eventual dano causado ao erário.

Em última análise, tal interpretação decorre da aplicação do equivalente funcional da confiança, que Niklas Luhmann afirma ser a desconfiança.

Construtor de uma teoria jurídico-sociológica da racionalidade, esse pensador da Teoria dos Sistemas afirma que um dos principais problemas com os quais o homem e as instituições se deparam na idade contemporânea é o da complexidade dos sistemas sociais vigentes, entre os quais está, certamente, em posição de destaque, o Direito. Essa complexidade inerente ao mundo contemporâneo pode ser de tal monta que esgote nossa capacidade de tomar decisões racionais e nos leve à pura e simples inação. No limiar de sua obra *Confianza* (Barcelona: Anthropos, 1996), que trata sobre o tema, Luhmann lança mão da seguinte figura para explicar o problema:

A confiança, no mais amplo sentido da fé nas expectativas de alguém, é um fato básico da vida social. É claro que em muitas situações o homem pode em certos aspectos decidir se outorga ou não confiança. Mas uma completa ausência de confiança o impediria inclusive de levantar-se pela manhã. Seria vítima de um sentido vago de medo e temores paralisantes. Inclusive não seria capaz de formular uma desconfiança definitiva e fazer dela um fundamento para medidas preventivas, já que isto pressuporia confiança em outras direções. Qualquer coisa e tudo seria possível. Tal confrontação abrupta com a complexidade do mundo em grau máximo é mais do que suporta o ser humano.

Mais adiante, o autor deixará claro que a confiança reduz a complexidade social por meio da “aceitação do risco”. Caso falte a disposição para a confiança ou se a confiança é expressamente negada, “com o propósito de evitar os riscos implícitos”, o agente passa a impor a si mesmo o encargo de sustentar a complexidade restaurada da situação original, ainda que, paradoxalmente, correndo o risco da inatividade, porque “o excedente de complexidade impõe exigências em demasia ao indivíduo e o faz incapaz de ação”. Nessa esteira, descreve o funcionamento da desconfiança:

Quem não confia deve, portanto, voltar-se para as estratégias funcionalmente equivalentes para a redução da complexidade, com o objetivo de definir uma situação

praticamente significativa do todo. Deve transformar suas expectativas em negativas e, deste modo, deve em certos aspectos tornar-se desconfiado.

Estas estratégias negativas dão à desconfiança esse caráter emocionalmente tenso e frequentemente desequilibrado que a distingue da confiança. Seu repertório se estende da definição do papel do semelhante como um inimigo ao qual se deve atacar, através da acumulação ilimitada de reservas pessoais para casos de urgência, até a renúncia a todas as necessidades que podem ser dadas como perdas. As estratégias de combate, da mobilização de reservas, ou de renúncia tornam possível uma condução da existência baseada na desconfiança e definem sua situação numa forma que torne possível atuar racionalmente dentro de uma área circunscrita. Deste modo, frequentemente se perde a consciência da desconfiança e as estratégias de redução por ela demarcadas se tornam autônomas, se convertem em uma perspectiva habitual da vida, uma rotina.

Consequentemente, a desconfiança também atinge a simplificação, frequentemente uma simplificação drástica. Uma pessoa que desconfia necessita de mais informação e ao mesmo tempo limita a informação na qual se sente seguro que pode confiar. Se torna mais dependente de menos informação. (Destiques meus).

Tal descrição se aplica à tese daqueles que desconsideram os documentos públicos produzidos ao longo do processo administrativo de realização da despesa e exigem, para comprovação da lisura do gasto com publicidade, nos termos do comando do inciso XIII do art. 6º da Instrução Normativa nº 08, de 2003, a “anexação, nas notas de empenho referentes às despesas com publicidade e divulgação, de exemplar do jornal, panfleto ou qualquer outro veículo que demonstre o conteúdo da matéria publicada, devidamente identificada, ou de termo descritivo do que foi veiculado pelo rádio ou televisão”. Essa desconfiança fica clara quando se afirma que, “caso esta Corte entenda caber a ela comprovar a irregularidade na contratação de publicidade institucional, chegaríamos ao absurdo de estimularmos a conduta eivada de má-fé, pois **será mais benéfico para aquele que comissivamente deixa de cumprir o disposto na legislação de regência – omitindo-se do dever de disponibilizar as matérias veiculadas – do que apresentá-las voluntariamente a esta Corte**”. (Destaque no original).

Mas a opção pela desconfiança como mecanismo de simplificação da complexidade social não pode ser, de plano, descartada e rechaçada, como adverte o próprio Niklas Luhmann. Explicando o processo psíquico que impele o intérprete à desconfiança, o autor aduz que é a familiaridade com o desenrolar da história de determinado sistema social ao longo do tempo que o apontará tanto na direção da confiança sistêmica quanto da desconfiança, o que equivale a dizer que, nem sempre, a desconfiança é despropositada. No entanto, adverte para a necessidade de interpretações que permitam a “execução de ações de desconfiança, mas neguem a desconfiança como atitude”:

Um sistema social que requer, ou não pode evitar, o comportamento desconfiado dentre seus membros para certas funções, necessita ao mesmo tempo de mecanismos que impeçam que a desconfiança se imponha e seja correspondida em um processo de escalada, tornando-se assim uma força destrutiva.

Vale dizer, é o exercício da fiscalização praticada por este Tribunal, sua familiaridade com todas as formas de burla da legalidade administrativa por parte de seus jurisdicionados, que justifica a desconfiança. A desconfiança deve ocorrer no caso concreto, à luz de circunstâncias que a justifiquem, sem se converter numa “atitude” que ignore a letra da lei formal, para equiparar a ausência de cópia de exemplar da publicação ou de termo descritivo da matéria veiculada em rádio ou televisão à ausência de prestação de contas.

Importa dizer que a noção de confiança sistêmica permeia o pensamento de outros autores de relevo do pensamento ocidental. Francis Fukuyama, por exemplo, examina o desenvolvimento econômico em diversos países a partir de critério de verificação da existência ou não de confiança sistêmica e de sua repercussão para a criação de prosperidade. Afirma ele que:

Uma das mais importantes lições que podemos aprender a partir do exame econômico da vida de uma nação é que o seu bem-estar, assim como a sua habilidade para competir, é condicionado por uma simples e difusa característica cultural: o nível de confiança existente na sociedade. (*Trust: The social virtues and the creation of prosperity*. Nova Iorque: Free Press Paperbacks, 1995).

Não me parece haver dúvida a respeito do elevado valor atribuído pela Constituição da República à confiança que, sem ser de maneira alguma incompatível com a ideia e a necessidade de controlar a Administração Pública, é fundamental para se atingir o desiderato constitucional de promoção do desenvolvimento.

Em petição de *habeas corpus* requerido ao STF, em favor de cidadãos presos em decorrência da decretação de Estado de Sítio, em 1892, convencido de que a Administração havia praticado abuso a pretexto de interpretar a expressão “comoção intestinal”, constante nos Decretos de 10 e 12 de abril do mesmo ano, Rui Barbosa afirmou que “não há outro meio de atalhar o arbítrio, senão dar contornos definidos e inequívocos à condição, que o limita” (STF. Rio de Janeiro, DF. Obras Completas de Rui Barbosa. v. 19, t. 3, 1892, p. 60, disponível em <<http://docvirt.com/docreader.net/DocReader.aspx?bib=ObrasCompletasRuiBarbosa&PagFis=47246&Pesq=arbitrio>>, acesso em 6/2/2019).

O arbítrio decorre da ausência ou do desprestígio da lei, cujas decisões deixam de ser observadas. Por outro lado, o prestígio e o respeito à lei levam à proteção da confiança depositada pelo indivíduo na atuação do Estado, como explica Vasco Branco Guimarães:

O princípio da proteção da confiança é um derivado lógico do princípio da legalidade. Com efeito, a lei é, a um tempo, *meio* de actuação do poder e definição dos direitos e deveres das partes e *garantia* desses mesmos intervenientes.

A norma, sempre foi através dos tempos e nas mais variadas situações históricas, um instrumento de poder. Quando as concepções políticas passam par ao Povo, enquanto elemento do Estado soberano, o essencial da função legislativa, a lei, é assumida como expressão da vontade generalizada, que representa, em si, uma alternativa ao poder discricionário, iluminado ou não, do monarca. A lei passa a ser concebida não como mero instrumento de poder, mas como *garantia* dos governados. Para isso contribui, para além dos aspectos assinalados, o carácter geral e abstracto da norma, a sua aprovação por órgão representativo.

A lei passa assim a tutelar o *grau* e a *medida da confiança* do governado que participa no processo de feitura da lei através dos seus representantes e espera que exista uma *perenidade e estabilidade* no normativo que lhe permita, com *previsibilidade*, programar e gerir a sua vida pessoal e económica sem sobressaltos ou alterações relevantes (*A responsabilidade civil da Administração Fiscal: emergente da obrigação de imposto*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 54). (Destques no original).

Em se tratando de realização de despesa, como já dito, o respectivo processo é regulado pela Lei de Direito Financeiro, lei formal que descreve os documentos hábeis a demonstrar a prática de conduta pelos diversos agentes envolvidos. Daí me parecer extravagante a ideia de equiparar a inobservância da regra contida na Instrução Normativa nº 08, de 2003, à omissão

pura e simples do dever de prestar contas. Ao fazer tal equiparação, a tese defendida pela corrente à qual se filia o relator colide, a meu perceber, tanto com a legalidade administrativa quanto com o princípio da proteção da confiança.

Com efeito, todo cidadão tem o direito a ter sua confiança legitimamente protegida, até o gestor público que apresenta os documentos que a lei formal prescreve para a realização de despesa pública. E simplesmente desconsiderá-los e ter suas contas como não prestadas é violar a confiança que ele legitimamente deposita no texto da lei.

Isso não significa que este Tribunal não possa, por meio de ato normativo, impor ao agente público obrigações adicionais àquelas constantes na lei formal. A tanto se convencionou chamar regulamento *praeter legem*, que é perfeitamente válido, desde que preserve o valor fundamental da igualdade e não promova a ignorância da lei a pretexto de complementá-la.

Entendo ser, no mínimo, questionável a diferença de tratamento dispensada aos agentes públicos estaduais e municipais quanto à comprovação da despesa realizada com publicidade. Todavia, parece-me inquestionável que este Tribunal tenha, no exercício de sua função constitucional, legitimidade para, pela via do regulamento administrativo, exigir do agente a anexação à nota de empenho prova do conteúdo da publicidade que contratou. Vai-se além do comando da lei formal, sem, contudo, feri-lo.

Mas é igualmente inquestionável que, ao fazer incidir sobre a conduta do agente que não cumpre o comando regulamentar a mesma consequência que incide sobre aquele que não apresenta os documentos probatórios da realização de despesa, atropela-se a lei, ferindo subprincípio da legalidade, a que Canotilho atribui a denominação de princípio da preferência ou preeminência da lei:

O regulamento não pode contrariar um ato legislativo ou equiparado. A lei tem absoluta prioridade sobre os regulamentos, proibindo-se expressamente os regulamentos *modificativos, suspensivos ou revogatórios* das leis (cfr. Art. 112º/6). Isto significa a inadmissibilidade, no direito constitucional português vigente, de “regulamentos delegados” ou “autónomos” em qualquer das suas manifestações típicas: (i) os *regulamentos derogatórios* – regulamentos que, sem revogarem a lei, a substituam em certos casos determinados –, implicam o estabelecimento de disciplina excepcional com força de lei através de fontes secundárias, contrariando abertamente os princípios da preeminência da lei e do congelamento do grau hierárquico (cfr. Ac. TC 869/96); (ii) os *regulamentos modificativos* – regulamentos que alteram a disciplina legislativa – implicam a revogação de preceitos legislativos, com a consequente violação dos princípios constitucionais da preeminência da lei e de congelamento de grau hierárquico; (iii) os *regulamentos suspensivos* – regulamentos que se limitam a tornar ineficaz uma norma legal preexistente, mas desprovidos de qualquer efeito inovador – implicam também a neutralização de uma fonte primária (a lei) através de uma fonte secundária (o regulamento) com a consequente violação dos princípios da hierarquia normativa e da preeminência da lei; (iiii) os *regulamentos revogatórios* – actos regulamentares que eliminam as leis do ordenamento jurídico – significam a completa inversão dos princípios da hierarquia normativa e da primazia da lei (*Direito constitucional e teoria da constituição*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 732-33).

Em verdade, a Instrução Normativa nº 08, de 2003, não cometeu tal desatino. Da leitura de seu texto não é extraível a conclusão de que a inobservância da obrigação estabelecida pelo inciso XIII de seu art. 6º atrai a consequência do julgamento pela irregularidade das contas por omissão no dever de prestá-las e, por conseguinte, da obrigação de o ordenador ressarcir o erário o valor da respectiva despesa realizada. Muito antes pelo contrário, tal normativo

dispõe – de forma textual – que a inobservância de seus comandos ensejará a cominação de multa ao representante legal do órgão ou entidade e/ou ordenador de despesas. Confira-se a exata dicção do que estatui o *caput* do art. 13 da Instrução Normativa nº 08, de 2003:

Art. 13 O descumprimento do disposto nesta instrução importará aplicação de multa ao representante legal do órgão ou entidade e/ou ordenador de despesas, nos termos do art. 95 da Lei Complementar nº 33/94, sem prejuízo de medidas legais requeridas ao Ministério Público.

Nesse sentido, nenhuma das classificações estabelecidas por Canotilho para os regulamentos infratores da primazia da lei pode ser atribuída à Instrução Normativa nº 08, de 2003.

O desprestígio da força probante dos documentos pertinentes à realização de despesa com publicidade que a Lei de Direito Financeiro estabelece decorre da aplicação da tese suscitada neste incidente, para produzir efeito derogatório que, nas palavras do autor lusitano, ocorre quando se pretende, “sem revogar a lei, a substituir em certos casos determinados, implicam o estabelecimento de disciplina excepcional”.

As razões expostas me levam a também não concordar com os argumentos expendidos pelo relator, tanto na qualidade de suscitante quanto de relator deste incidente, acerca da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Não porque seja incorreta, quando tomada abstratamente em relação à Teoria Geral do Processo, mas porque sua aplicação, como defendida neste incidente de uniformização, implica em negar-se vigência às normas que disciplinam a realização de despesa.

Trata-se de instituto processual cujo espírito determina a inversão do ônus da prova em situações concretas. E, nesse sentido, seu propósito seria desvirtuado, se, como está sendo proposto neste incidente, fosse aplicado de forma indiscriminada à generalidade dos casos, como explica Fredie Didier Júnior, ao discorrer a respeito do primeiro de três pressupostos formais necessários para se permitir ao julgador a inversão do ônus da prova:

A redistribuição deve ser feita em decisão motivada (art. 373, § 1º, CPC). Embora prevista expressamente no CPC, a exigência de motivação para a decisão que redistribua o ônus da prova é um imperativo do art. 93, IX, da Constituição Federal.

É preciso atentar, ainda, para um aspecto muito importante: as hipóteses normativas que autorizam a distribuição do ônus da prova pelo juiz são recheadas de conceitos jurídicos indeterminados. O inciso II do §1º do art. 489 do CPC reputa como não fundamentada a decisão que “empregar conceitos jurídicos indeterminados”, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso.

Interessante, ainda, o posicionamento de Eduardo Cambi que, embora se refira à redistribuição feita em causas de consumo, serve como orientação geral: o juiz, ao inverter o ônus da prova, deve fazê-lo sobre fato ou fatos específicos, referindo-se a eles expressamente; deve evitar a inversão do *onus probandi* para todos os fatos que beneficiem ao consumidor, de forma ampla e indeterminada, pois acabaria colocando sobre o fornecedor o encargo de provar negativa absoluta ou indefinida, o que é imposição diabólica.

Para além de apontar as premissas fáticas da dinamização, a exemplo do predomínio das técnicas necessárias, o julgador deverá sempre discriminar sobre que fatos se aplicará a modificação probatória. Se a regra geral é a distribuição legal, os fatos não referidos expressamente na decisão do juiz não terão seus encargos probatórios alterados (*Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 12 ed. Salvador: Jus Podium, 2016, p.140-143). (Destaque meus).

Para além de motivação que aponte para fatos concretos – e não em abstrato, para a generalidade dos casos, como sustenta o relator –, a inversão tem de ser determinada no decorrer da instrução. A inversão não pode ocorrer antes, sob pena de se negar vigência à norma legal que distribui o ônus da prova em tese, ou depois, no momento decisório do processo, porquanto, como explica Fredie Didier Jr. (*Op. Cit. Loc. Cit.*), “a regra que autoriza a distribuição judicial do ônus da prova é regra de procedimento, e não de julgamento”. Trata-se do segundo pressuposto formal, que se faz necessário pelo simples fato de que a dinamização do ônus da prova ocorre caso a caso, de forma casuística e motivada, e não de forma generalizada, como aventado no voto do relator. Pudessem ser a inversão do ônus da prova determinada *in genere*, ela não precisaria ser decretada, mas apenas declarada pelo julgador, a qualquer tempo. Se isso ocorresse, teríamos a supressão da competência do Legislativo pelas mãos do Juiz, em evidente violação à tripartição das funções do Estado. Como explica o autor:

[...] O processo cooperativo exige que a modificação do ônus da prova respeite a necessidade da prévia informação às partes dos novos encargos probatórios e permitir a atuação da parte para desincumbir-se do novo ônus a ela imposto.

Por outro lado, exigir que a parte, apenas por vislumbrar uma possível inversão judicial do ônus da prova em seu desfavor, faça prova tanto dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor é transformar em regra geral aquilo que foi pensado para ser aplicado *caso a caso*; ou seja, é considerar que a possibilidade de inversão feita pelo juiz equivale à distribuição do ônus da prova feito pelo legislador.

Se isso acontecer, a decisão é nula, por violação ao contraditório. (Destques meus).

Como terceiro pressuposto formal, tem-se que a redistribuição judicial do ônus da prova não é permitida se implicar em prova diabólica para a parte que, em virtude de tal decisão, passe a sustentá-lo. Merecem atenção as ponderações de Fredie Didier Jr. (*Op. Cit. Loc. Cit.*) a esse respeito:

Exatamente porque a existência de prova diabólica é muitas vezes o seu principal fundamento, a redistribuição judicial do ônus da prova não pode implicar uma situação que torne impossível ou excessivamente oneroso à parte arcar com o encargo que acabou de receber.

[...] identificada hipótese de prova diabólica para ambas as partes, não deve haver a utilização de dinamização probatória. Em tal situação, deve ser utilizada a regra da inesclarecibilidade de forma a analisar qual das partes assumiu o risco da situação de dúvida insolúvel, devendo esta ser submetida à decisão desfavorável.

Por medida de prudência, entendo que é desejável que este Tribunal, no momento em que se discute este incidente de uniformização de jurisprudência, pondere a questão da inversão do ônus da prova considerando os pressupostos anteriormente descritos em contraste com questões próprias – e eminentemente concretas – acerca da fiscalização que realiza sobre a despesa com publicidade institucional.

Antes de tudo, a assertiva de que a prova da promoção pessoal seria “diabólica” para o Tribunal de Contas e que, portanto, deveria se inverter o ônus da prova, parte do pressuposto, a meu sentir equivocado, por considerá-lo fruto da desconfiança como equivalente funcional da confiança sistêmica, de que na generalidade dos casos a publicidade contratada pelo Poder Público tem por finalidade a promoção pessoal vedada pela Constituição da República. É o que se extrai desta passagem do voto do relator:

Diz-se diabólico porque a demonstração de promoção pessoal do gestor pelo Tribunal sem que este apresente a matéria de publicidade veiculada – frise-se, o que tinha por dever legal de apresentar – ultrapassa o limite de ser prova difícil, sendo seu acesso quase que completamente apartado da realidade objetiva da Corte de Contas. ***E.g., seria praticamente impossível ao Tribunal obter o áudio de uma propaganda veiculada numa pequena rádio local três anos antes da inspeção; nesse caso, é óbvio ser do ordenador da despesa o ônus de apresentar a matéria veiculada ou trazer provas alternativas para demonstrar a legitimidade do gasto (dever de prestação de contas).*** (Destques no original).

Ao disciplinar o exercício da fiscalização por parte deste Tribunal, o legislador formal foi sábio o suficiente para prever instrumentos capazes de levar a seu conhecimento hipóteses concretas de promoção pessoal de agentes públicos, como ocorre em casos de denúncia ou representação. Além de levar tal circunstância em consideração, este Tribunal não pode, na discussão deste incidente, ignorar o fato de que o decurso do tempo afeta a capacidade probatória de quem quer que seja, até, do responsável pelo ordenamento da despesa.

É razoável que, em fiscalização iniciada há vários anos, seja imputado ao ordenador ressarcimento do valor integral de despesa realizada com publicidade, agora, mediante a invocação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, precedida ou não de abertura de prazo para que o responsável apresentasse prova do conteúdo da publicidade contratada?

Em meu entender, quando a demora na marcha processual não pode ser imputada ao responsável, esse modo de agir por parte do Tribunal consagra mera fachada de ampla defesa e do contraditório, porque improvável que a prova possa ser produzida. A um só tempo, impõe-se ao responsável a prova diabólica reversa a que se refere Fredie Didier Jr. no trecho citado anteriormente e, o que me parece mais grave, transforma o procedimento em mero instrumento de legitimação de uma decisão já tomada, como alerta Luhmann em outra obra (*Legitimação pelo Procedimento*. Brasília: Editora UNB, 1980), na qual examina o procedimento como sistema tendente a simplificar a complexidade social e como fator de legitimação das decisões.

Em busca do estabelecimento de uma teoria geral do procedimento que lide adequadamente com a questão fundamental da legitimidade, o autor examina os procedimentos eleitoral, legislativo, judicial e administrativo. Tendo em vista o fato de que, quando se debruça sobre o procedimento administrativo, Luhmann o faz precipuamente no que diz respeito à prática de atos adjudicativos, é em suas considerações sobre o processo de decisão dos órgãos jurisdicionais que vamos encontrar argumentação relevante para tratar do procedimento perante os Tribunais de Contas, que, como é cediço, no Brasil, tem *ethos* semelhante. Destaco, destarte, o seguinte trecho (*Op. Cit.* pp. 20-21) que deve servir de alerta àqueles que depositam a crença na obtenção de decisões justas apenas sobre a formalização do procedimento:

O sentido do procedimento judicial juridicamente organizado será igualmente relacionado a um critério de verdade pelas doutrinas dominantes do processo, a um conhecimento exato daquilo que é legalmente válido e é legal no caso específico. Aí se prevê, tal como no caso da eleição política e da legislação, que através da decisão se realizará aquilo que é justo. De acordo com isso, o objetivo principal do procedimento judicial será geralmente indicado como proteção jurídica e, nesta versão, usado como justificação dos institutos particulares do direito processual. Esta opinião apresenta, porém, as suas dificuldades quanto ao problema da decisão incorreta, mas que se torna válida. Tal como a teoria teleológica da ação, escolástica, tem de definir a “essência” do processo através duma

característica que de forma alguma lhe está necessariamente ligada ou então tem de recorrer a fórmulas duplas, contraditórias, como proteção jurídica, paz jurídica, que oculta decisões justas e injustas. Com isso, porém, sobrevém aquele momento de arbitrariedade na instituição, que já se observou nos princípios da legislação parlamentar e que anula o sentido do processo: não há suficientes instruções para os decisores quanto ao procedimento estar organizado para dar como resultado decisões justas *ou* injustas, por amor da verdade *ou* por amor da paz. (Destakes meus).

Não é razoável partir da afirmação de que, *in abstracto*, a prova por parte deste Tribunal de que houve promoção pessoal é árdua, para chegar-se à conclusão de que, em todas as contratações do gênero, desatendida a regra prevista no inciso XIII do art. 6º da Instrução Normativa nº 08, de 2003, ainda que atendidos os requisitos e apresentados os documentos que a lei formal estabelece para a comprovação de despesa pública, não foram “prestadas as contas”. Mas é exatamente essa conclusão que consigna o voto do relator, quando afirma:

Pela conceituação de obrigação e ônus delineada alhures, torna-se claro que, para o deslinde da matéria em apreço não se cogita de que o gestor apontado como responsável pelo Tribunal constitua prova negativa de que tenha se promovido pessoalmente às custas do erário. Senão vejamos, a Constituição da República de 1988 em seu art. 70, parágrafo único, estabelece o dever de prestar contas a todo e qualquer gestor público. Tem-se, pois, uma afirmativa universal (dever) positivada no texto constitucional. Dessa forma, se recursos públicos forem confiados a uma pessoa para guarda-los ou geri-los, decorre imediatamente da Constituição uma relação obrigacional de prestação de contas, cujo credor é o Estado, e o devedor, o gestor. Por conseguinte, caso inadimpla a obrigação constitucional, o gestor assume, por sua conta e risco, os efeitos que possam advir de sua conduta omissiva.

[...]

A mesma sistemática, *mutatis mutandis*, se aplica aos processos de contas: o gestor (A) do patrimônio público “X” deve prestar contas de sua destinação para o Estado (B) na forma prevista em norma própria. Se o gestor (A) queda-se inadimplente, o Estado (B) lhe demanda o cumprimento da obrigação normativa. Operando-se o fato (inadimplência normativa), impõe-se a relação processual a fim de que o gestor (A) possa contrariar o apontamento e, principalmente, contraditar a aplicação da norma, apresentando exceção (justificativa legítima) do direito do Estado (B) de ser indenizado pelo patrimônio “X”. *Id est*, considerando ser o Estado (B) o credor da obrigação de o gestor (A) prestar contas do patrimônio “X”, é daquele (B) o ônus da prova da ausência de prestação de contas (fato); assim feito, redistribui-se a carga probatória para que o gestor (A) demonstre a exceção do dever de indenizar o Estado (B) pelo patrimônio “X”. (Destakes no original).

Na minha percepção, repito, esse trecho retrata confusão entre situações que se apresentam ao crivo do controle externo a cargo do Tribunal de Contas e o consequente ônus de comprovar a escorreita realização do gasto ou da despesa pública pelo gestor de bem ou recurso público.

Ora, volto a frisar, a falta de “anexação, nas notas de empenho referentes às despesas com publicidade e divulgação, de exemplar do jornal, panfleto ou qualquer outro veículo que demonstre o conteúdo da matéria publicada, devidamente identificada, ou de termo descritivo do que foi veiculado pelo rádio ou televisão”, e atendidos os requisitos e apresentados os documentos previstos na lei formal, não pode ser equiparada, por si só, à ausência de prestação de contas e, por conseguinte, como elemento configurador de dano efetivo ao erário. Na verdade, o elemento caracterizador do dano é eventual promoção pessoal de agentes públicos consubstanciada na publicidade institucional custeada com recursos públicos.

Nesse sentido, se houver fundado receio de que o responsável pelo ordenamento de despesa com publicidade descumpriu a norma constitucional que veda a realização de promoção pessoal de agente público – porque é dessa norma que se está tratando, e não da que lhe impõe o dever de prestar contas –, pode o relator, no caso concreto, de forma motivada, impor-lhe o ônus da prova acerca do conteúdo da publicidade que contratou.

É esse o limite a que estou disposto a chegar, neste incidente, escusando-me de repetir os argumentos expostos nos diversos julgados em que este Tribunal apreciou a legalidade da realização de despesa com a contratação de publicidade institucional e que, por infração à norma regulamentar, impôs ao infrator apenas a pena de multa, como, aliás, prevê de forma expressa a Instrução Normativa nº 08, de 2003, sem equiparar sua omissão à ausência de prestação de contas e, por conseguinte, de ter havido, por presunção, dano ao erário, a ensejar ressarcimento do valor integral da despesa realizada com publicidade.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto na fundamentação, no mérito, diferentemente do relator, voto pela uniformização de jurisprudência, a fim de afirmar que a falta de “anexação, nas notas de empenho referentes às despesas com publicidade e divulgação, de exemplar do jornal, panfleto ou qualquer outro veículo que demonstre o conteúdo da matéria publicada, devidamente identificada, ou de termo descritivo do que foi veiculado pelo rádio ou televisão”, não configura, por si só, violação à norma do § 1º do art. 37 da Constituição da República e, por conseguinte, dano ao erário, caso as etapas de realização da despesa tenham sido observadas e os demais documentos previstos pela legislação formal e material tenham sido apresentados pelo ordenador de despesas, podendo tal omissão, porém, ensejar imposição de multa ao responsável, nos termos da legislação de regência.

É como voto, Senhor Presidente.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

De acordo com o voto vista divergente do Conselheiro Gilberto Diniz.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Com o Relator.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

De acordo com o voto vista divergente.

CONSELHEIRO CLÁUDIO TERRÃO:

Peço vista.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

VISTA CONCEDIDA AO CONSELHEIRO CLÁUDIO TERRÃO.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA-GERAL ELKE ANDRADE SOARES DE MOURA.)

RETORNO DE VISTA

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

24ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno – 10/07/2019

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de incidente de uniformização de jurisprudência suscitado pelo Conselheiro José Alves Viana, nos autos do Processo Administrativo nº 655.908, no qual aponta divergência entre decisões proferidas por esta Corte, no que se refere “à distribuição do ônus da prova nos contratos de publicidade firmados pelo poder público, quando desacompanhados de comprovantes que atestem a regularidade da despesa”.

Ne sessão do Tribunal Pleno de 22/05/19, o relator proferiu seu voto nos seguintes termos:

Considerando que o ônus da prova da boa e regular gestão de bens e recursos públicos, por força de dispositivo constitucional atrelado à norma regulamentar validamente expedida por órgão competente, é imputada àquele que os gere, bem como que se faz necessário maior coerência das decisões desta Corte, esta relatoria acolhe o parecer ministerial e vota pelo entendimento uniformizador no sentido de ser do gestor o ônus de comprovar a legalidade das despesas efetuadas com publicidade institucional, sob pena de restituição ao erário dos valores ilicitamente despendidos.

Na oportunidade, o Conselheiro Gilberto Diniz apresentou voto divergente, concluindo que:

Diante do exposto na fundamentação, no mérito, diferentemente do relator, voto pela uniformização de jurisprudência, a fim de afirmar que a falta de “anexação, nas notas de empenho referentes às despesas com publicidade e divulgação, de exemplar do jornal, panfleto ou qualquer outro veículo que demonstre o conteúdo da matéria publicada, devidamente identificada, ou de termo descritivo do que foi veiculado pelo rádio ou televisão”, não configura, por si só, violação à norma do § 1º do art. 37 da Constituição da República e, por conseguinte, dano ao erário, caso as etapas de realização da despesa tenham sido observadas e os demais documentos previstos pela legislação formal e material tenham sido apresentados pelo ordenador de despesas, podendo tal omissão, porém, ensejar imposição de multa ao responsável, nos termos da legislação de regência.

O Conselheiro Wanderley Ávila acompanhou o relator e os Conselheiros Durval Ângelo e Sebastião Helvecio seguiram o voto divergente.

Em seguida, pedi vista dos autos para melhor exame da matéria.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Os votos apresentados na sessão plenária de 22/05/19, no bojo do presente incidente de uniformização de jurisprudência, deixam clara a divergência existente nesta Corte acerca da consequência decorrente da não apresentação, pelo gestor, do conteúdo da matéria publicada, com vistas a atestar se a despesa realizada com publicidade cumpriu o disposto no §1º do art. 37²⁰ da Constituição da República.

O dissenso, a meu sentir, cinge-se à implicação da não apresentação da matéria veiculada: uma corrente defende que a não apresentação da matéria induz, automaticamente, à obrigação de ressarcimento aos cofres públicos; a segunda corrente, em sentido diametralmente oposto, entende que a ausência dessa comprovação, por si só, não é suficiente para acarretar a obrigação de restituir.

Ambos os votos apresentados foram robustamente fundamentados e abordam questões de absoluta relevância para o deslinde da controvérsia, razão pela qual o que proporei aqui será um caminho do meio, que mescle ponderações de ambas as teses e culmine em uma decisão que resguarde os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, além de garantir o pleno exercício do controle externo.

Pois bem, o voto de lavra do Conselheiro José Alves Viana traça uma espécie de linha do tempo em que elenca os atos normativos, expedidos pelo Tribunal, que tratam acerca da apresentação da matéria de publicidade.

A primeira instrução normativa citada, IN nº 01/92, ao trata do tema estabelecia, *in verbis*:

Instrução Normativa n. 01/1992

Cumpra advertir que:

(...)

2 - Os contratos e qualquer gasto com publicidade deverão ser enviados a esta Casa para cumprimento do disposto no art.71, II, da Constituição Federal e 76, II, Constituição Estadual.

Verifica-se, pelo teor da norma, que em 1992 não havia obrigação, ou sequer previsão, de que fosse encaminhado o conteúdo da matéria publicitária ao Tribunal.

Adiante, com a edição da IN nº 06/94 passou a ser prevista a obrigação de o gestor municipal anexar, nas notas de empenho referentes a despesas com publicidade, documento que demonstrasse o conteúdo da matéria, senão vejamos:

Instrução Normativa n. 06/1994

²⁰ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 1º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Art. 3º Constitui obrigação do município a prática das seguintes atividades de preparo da documentação sujeita ao exame dos técnicos do Tribunal, relativamente a cada mês encerrado:

[...]

IX – anexação, nas notas de empenho referentes às despesas com publicidade e divulgação, de exemplar do jornal, panfleto ou qualquer outro veículo demonstrando o conteúdo da matéria publicada ou de termo descritivo do que foi veiculado pelo rádio ou televisão.

No entanto, a IN nº 06/94 veio a ser expressamente revogada pela IN nº 01, de 16/03/96, que nada disse a respeito da guarda e da manutenção dos exemplares físicos das matérias publicitárias. O trecho da IN nº 09/94 citado pelo relator em seu voto, evidencia o silêncio da norma sobre a questão:

Instrução Normativa n. 01/1996

Art. 1º - Os documentos relativos à realização de receitas e execução de despesas, bem como os referentes a atos de gestão dos administradores públicos, quando seu encaminhamento não for exigido pelo tribunal, deverão permanecer no órgão ou entidade, devidamente organizados, para exame in loco.

Art. 2º - O exame de que trata o artigo anterior abrangerá, em especial:

(...)

V - as compras em geral, a contratação de serviços e obras, as alienações, locações, cessões, doações, permissões e concessões;

(...)

VII - a observância aos dispositivos constitucionais e legais pertinentes

Apenas em dezembro de 1999, com a IN nº 05/99, é que voltou a ser obrigatória, para os gestores municipais, a anexação das matérias publicitárias nas notas de empenho referentes a essas despesas, nos seguintes termos:

Instrução Normativa n. 05/1999

Art. 3º - Constitui obrigação das Administrações Direta e Indireta dos Municípios, a prática das seguintes atividades de preparo da documentação, em via de uso exclusivo do Tribunal, sujeita ao exame dos servidores desta Corte de Contas, relativamente a cada mês encerrado:

(...)

X - anexação, nas notas de empenho referentes às despesas com publicidade e divulgação, de exemplar do jornal, panfleto ou qualquer outro veículo demonstrando o conteúdo da matéria publicada, devidamente identificada, ou de termo descritivo do que foi veiculado pelo rádio ou televisão, não podendo constar destes nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos nos termos do art. 17 da CE e parágrafo 1º do art. 37 da CF.

Vale dizer, no período anterior a junho de 1992²¹ e naquele que compreende março de 1996 a dezembro de 1999 não havia norma expressa que estabelecesse para o gestor público municipal o dever de guardar e manter os documentos comprobatórios do teor da matéria difundida. Para os gestores estaduais, nunca houve tal obrigação, conforme ressaltou o voto divergente do Conselheiro Gilberto Diniz.

Posteriormente, a IN nº 08/03 reiterou a obrigatoriedade de anexação, à respectiva nota de empenho, de documento que demonstrasse o conteúdo da matéria propagada, novamente apenas no âmbito dos municípios jurisdicionados, *in verbis*:

Instrução Normativa n. 08/2003

Art. 6º - Constitui obrigação das Administrações Direta e Indireta Municipais, a prática das seguintes atividades no preparo da documentação, sujeita ao exame desta Corte de Contas, relativamente a cada mês encerrado:

(...)

X - anexação, nas notas de empenho referentes às despesas com publicidade e divulgação, de exemplar do jornal, panfleto ou qualquer outro veículo que demonstre o conteúdo da matéria publicada, devidamente identificada, ou de termo descritivo do que foi veiculado pelo rádio ou televisão, não podendo constar destes, nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos;

Verifica-se, portanto, a existência de períodos lacunosos no que se refere à obrigação, estatuída pelo Tribunal, de encaminhar, guardar ou anexar à nota de empenho, o teor da matéria publicitária. Recapitulando o exposto, tem-se que antes de 1992 não havia normatização a respeito do tema no âmbito do Tribunal, a exigência de apresentação da matéria veiculada vigeu no período de dezembro de 1994 a março de 1996. De 1996 até 1999 houve um hiato sobre a questão, não havendo previsão expressa acerca do dever de expor a matéria, o que sobreveio, novamente, em dezembro de 1999 e perdura desde então.

Diante desse contexto histórico, tenho que não seria coerente fixar a tese de que a não apresentação da matéria objeto de publicação culminaria, automaticamente, na determinação de ressarcimento ao erário das despesas realizadas com esse viés, sem estabelecer um marco temporal para tanto.

Contudo, também penso ser temerário atrair para o Tribunal de Contas o ônus de demonstrar a finalidade pública e a inexistência de promoção pessoal dos agentes públicos em casos dessa natureza, sobretudo considerando o elevado número de jurisdicionados submetidos a esta Corte²², o que dificultaria sobremaneira o controle acerca do respeito ao dispositivo constitucional, notadamente quando o gestor não cumpre de forma adequada sua obrigação de prestar contas, ou seja, quando há omissão de sua parte pela inobservância dos critérios formais e materiais exigidos pelo ordenamento jurídico.

Como bem colocado no voto divergente do Conselheiro Gilberto Diniz, o exame da legalidade da despesa com publicidade deve levar em consideração a observância às fases descritas na Lei nº 4.320/64. Todavia, tenho que a despesa com publicidade é dotada de

²¹ Data de publicação da Instrução Normativa nº 01/92.

²² Apenas na esfera municipal são 2.122 órgãos jurisdicionados, conforme informação constante no Sistema Informatizado de Contas dos Municípios – Sicom.

particularidade que não pode passar despercebida no processo de controle, qual seja, a vedação à promoção pessoal.

Tal qual outros tipos de despesas, pode-se dizer que aquela realizada com publicidade, para além de observar as fases de processamento previstas em lei, tem um algo mais que também deve ser objeto de controle. Dessa forma, tenho que apenas o exame do processamento da despesa não atende, em sua completude, o exame de legalidade do ato.

Registre-se que tal singularidade existe em outras espécies de despesas, a exemplo daquelas realizadas com jantares e festividades, as quais, além de observar os estágios da despesa devem, comprovadamente, atender ao interesse público e ao princípio da razoabilidade, tudo nos termos da Súmula 20²³ deste Tribunal.

Outro exemplo em que a observância às fases da despesa não é suficiente para comprovar a legalidade do gasto refere-se àquele decorrente da execução, pelo município, de obras em imóveis de propriedade do estado, destinados à instalação de serviços públicos de interesse comum, cuja legitimidade depende, também, de “autorização na Lei de Diretrizes Orçamentárias, dotação orçamentária específica e convênio”, conforme preceitua a Súmula 8²⁴ desta Corte.

Dito isso, uma vez que a disponibilização do conteúdo da matéria difundida é essencial para aferir o cumprimento dos princípios da moralidade e da impessoalidade, bem como do disposto no art. 37, §1º, da CR/88, e fazendo coro ao trecho do voto do relator que trata acerca do ônus da prova em despesas com publicidade, concluo ser imperiosa a obrigação de que o gestor, quando demandado, apresente o conteúdo do que fora publicado.

Nesse panorama, apesar de entender que o responsável deve apresentar, quando requerido, o conteúdo da matéria que fora difundida, tenho que não pode ser desconsiderado o histórico normativo do Tribunal, bem como as lacunas citadas nesse voto. Assim, para resguardar a segurança jurídica proponho que seja fixado, nestes autos, um marco a partir do qual passará a ser obrigatória a guarda do documento que reproduza o teor do que fora propagado.

Ademais, atentos que devemos estar ao princípio da isonomia, ressalta-se que tal obrigação não deve ficar restrita à esfera municipal, passando a alcançar, também e de igual forma, os gestores estaduais.

Destarte, na esteira do voto condutor, sugiro que a matéria seja sumulada, de forma a pacificar o tema e divulgar o novo entendimento do Tribunal. Para tanto, o conteúdo da súmula deve ser interpretado considerando os seguintes aspectos: a) o entendimento uniformizador no sentido de ser do gestor o ônus de comprovar a legalidade das despesas efetuadas com publicidade institucional, sob pena de restituição ao erário dos valores despendidos; b) o

²³ Súmula 20: As despesas com homenagens – jantares, hospedagens e festividades – a autoridades municipais, estaduais, federais e estrangeiras são legais, se realizadas à conta de dotação orçamentária própria, desde que atendam ao interesse público e ao princípio da razoabilidade.

²⁴ Súmula 8: São legítimas as despesas realizadas pelo Município com a execução de obras de reparos e melhoramentos em imóveis de propriedade do Estado destinados à instalação de serviços públicos de interesse comum, desde que haja autorização na Lei de Diretrizes Orçamentárias, dotação orçamentária específica e convênio.

marco temporal a partir de quando o Tribunal passará a adotar esse entendimento; c) a fixação de que tal entendimento será extensível, também, aos gestores estaduais.

No que se refere à modulação dos efeitos dessa decisão, considerando os períodos lacunosos nos normativos do Tribunal e ainda o fato de já nos encontramos em meados de 2019, com vistas a assegurar a segurança jurídica, sugere-se que o entendimento uniformizador passe a surtir seus efeitos a partir de janeiro de 2020, momento a partir do qual os gestores deverão acautelar-se e adotar medidas para manter em seus arquivos os documentos que demonstrem o conteúdo da publicidade institucional.

III – CONCLUSÃO

Pelos fundamentos expostos, acompanho parcialmente o Conselheiro José Alves Viana e voto pelo entendimento uniformizador no sentido de ser do gestor, estadual e municipal, o ônus de comprovar a legitimidade das despesas efetuadas com publicidade institucional, notadamente no que tange à aderência aos modelos instituídos de prestação de contas, de tal modo a explicitar pelo conteúdo da publicidade realizada tanto sua finalidade pública quanto a inexistência de promoção pessoal, sob pena de, por sua omissão, ser responsável pela restituição ao erário dos valores despendidos, devendo tal posicionamento surtir seus efeitos a partir do exercício de 2020.

Proponho que a matéria seja sumulada, nos seguintes termos:

É de responsabilidade do gestor, **municipal e estadual**, a comprovação, por qualquer meio de prova legalmente admitido, da legitimidade das matérias publicitárias custeadas com recursos públicos, sob pena de responsabilidade pessoal, caso haja omissão na prestação de contas nos termos do modelo definido pelo Tribunal.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Neste caso, acho que só falta o meu voto.

Eu vou votar acompanhando o voto-vista divergente do Conselheiro Gilberto Diniz, proferido na Sessão do dia 22/05/2019.

Então, nós temos um resultado de quatro a três.

NESTE CASO, NÃO FICA SUMULADO, PORQUE NÃO HOUVE OS CINCO VOTOS.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA-GERAL ELKE ANDRADE SOARES DE MOURA.)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, na conformidade da Ata de Julgamento e das Notas Taquigráficas, diante das razões expendidas no voto do Relator, preliminarmente, por unanimidade, em conhecer do presente Incidente de Uniformização de Jurisprudência, haja vista a legitimidade da parte suscitante e por estar a matéria afeta à competência desta Corte de Contas, nos termos do disposto nos arts. 25, XII, e 223, da Resolução n. 12/2008; e, no mérito, por maioria, nos termos do voto divergente do Conselheiro Gilberto Diniz, acordam que a falta de anexação,

nas notas de empenho referentes às despesas com publicidade e divulgação, de exemplar do jornal, panfleto ou qualquer outro veículo que demonstre o conteúdo da matéria publicada, devidamente identificada, ou de termo descritivo do que foi veiculado pelo rádio ou televisão, não configura, por si só, violação à norma do § 1º do art. 37 da Constituição da República e, por conseguinte, dano ao erário, caso as etapas de realização da despesa tenham sido observadas e os demais documentos previstos pela legislação formal e material tenham sido apresentados pelo ordenador de despesas, podendo tal omissão, porém, ensejar imposição de multa ao responsável, nos termos da legislação de regência; não ficando fixada a súmula, no entanto, por não ter sido alcançado o *quorum* qualificado exigido pelo art. 225 do Regimento Interno desta Corte. Vencidos o Relator, Conselheiro José Alves Viana, e os Conselheiros Wanderley Ávila e Cláudio Couto Terrão.

Plenário Governador Milton Campos, 10 de julho de 2019.

MAURI TORRES
Presidente

JOSÉ ALVES VIANA
Relator

GILBERTO DINIZ
Prolator do voto vencedor

(assinado digitalmente)

ahw/fg

CERTIDÃO

Certifico que a **Súmula** desse **Acórdão** foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas de ___/___/____, para ciência das partes.

Tribunal de Contas, ___/___/____.

**Coordenadoria de Sistematização de
Deliberações e Jurisprudência**