

PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Trata-se de embargos de declaração opostos pelo Sr. Francisco Ilton Cambé Barrozo, ex-prefeito municipal de Guaramiranga/CE, em face do Acórdão 1.472/2016-2ª Câmara, por meio do qual o TCU julgou irregulares as contas do responsável, para condená-lo em débito e em multa, diante da inexecução parcial do objeto do Convênio 2.870/2005 celebrado com a Fundação Nacional de Saúde (Funasa) para a construção de 144 módulos sanitários domiciliares (Peça 24).

2. Preliminarmente, entendo que o TCU deve conhecer dos presentes embargos de declaração, por restarem atendidos os requisitos legais e regimentais de admissibilidade.

3. No mérito, o embargante busca rediscutir o exame das suas alegações de defesa na tomada de contas especial, notadamente quanto às preliminares de ilegitimidade passiva, de ausência de “intimação válida” na fase interna da TCE e de prescrição, apoiando-se, para tanto, nas premissas de que ele teria sido julgado com base em responsabilização objetiva e, ainda, de que o julgamento teria se orientado pela “*teratológica idéia de inversão do ônus probatório, atribuindo ao embargante a responsabilidade de provar que não fez isso ou aquilo*”; alegando, ainda, a suposta ocorrência de cerceamento em sua defesa e de omissão nos critérios de dosimetria na multa aplicada.

4. Como se sabe, os embargos de declaração prestam-se à correção de obscuridades, contradições e omissões porventura identificadas no acórdão, mas, no que concerne ao seu alcance material, a jurisprudência do TCU é firme no sentido de que os embargos declaratórios: “(i) não se prestam para a rediscussão do mérito nem para reavaliação dos fundamentos que conduziram à prolação do Acórdão recorrido; (ii) a contradição deve estar contida dentro dos termos do inteiro teor da deliberação atacada; (iii) não há omissão quando a matéria é analisada na instrução da unidade técnica que consta do relatório e que integra as razões de decidir da deliberação; (iv) o julgador não está obrigado a apreciar todos e cada um dos argumentos desfiados pela parte, sendo suficiente que se atenha àqueles bastantes à formação de sua convicção acerca da matéria; e (v) eventual erro de julgamento deve ser corrigido por outra via recursal própria.” (v. g.: Acórdão 2067/2015 – Plenário).

5. Sob essa perspectiva, mostram-se improcedentes as suscitadas alegações no sentido da ocorrência dos mencionados vícios sobre a deliberação ora embargada.

6. Demais disso, resta patente o indevido intento do embargante de refutar as teses jurídicas já consagradas pela jurisprudência do TCU e de rediscutir as outras questões de mérito devidamente enfrentadas no referido acórdão, mas as razões de decidir do Acórdão 1.472/2016-2ª Câmara contemplaram todas essas questões, não dando azo às suscitadas omissões, contradições e, muito menos, obscuridades, tendo ficado registrado no voto condutor do aresto que:

“(...) 6. Manifesto a minha anuência à proposta da unidade técnica e do MPTCU, incorporando os seus pareceres a estas razões de decidir, sem prejuízo de tecer as considerações que se seguem.

7. Em sua defesa, o responsável suscitou questões preliminares buscando invalidar os fundamentos de constituição da tomada de contas especial. Alegou, para tanto, que não teria havido ‘intimação válida’ para realizar as prestações de contas da segunda e terceira parcelas dos recursos transferidos, bem assim que a Funasa não teria esgotado as providências administrativas para a obtenção do ressarcimento pretendido, em contrariedade ao § 1º do art. 3º da IN TCU 56/2007. Invocou, ainda, a prescrição ‘dos direito fiscalizatório estatal quanto aos fatos narrados’.

8. Tais alegações não se sustentam. Bem se sabe que prestar contas, com a devida e correta comprovação da boa e regular aplicação dos valores, é dever de todos aqueles a quem sejam confiados recursos federais, por força do parágrafo único do art. 70 da Constituição de 1988 e do art.

93 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967 (v.g. Acórdãos 3655/2012 e 1195/2013, da 2ª Câmara; e Acórdãos 321/2013 e 3991/2015, da 1ª Câmara).

9. Convém assinalar que, em diversas oportunidades, o ex-gestor foi cientificado acerca das irregularidades que vinham sendo identificadas na execução da avença, tendo sido instado, inclusive, a sanear-las, pelo órgão concedente, conforme atestam os avisos de recebimento (AR) que integram os autos (Peça 2, p. 36 e 70), não havendo que se falar, portanto, em cerceamento ou prejuízo à defesa do ex-prefeito.

10. Quanto à suposta incidência de prescrição, a alegação também não merece prosperar, em face da notória imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, conforme o entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito do MS 26.210-9/DF, e também pelo TCU, no bojo do Acórdão 2.709/2008-TCU-Plenário.

11. Não fosse o bastante, o ex-prefeito tentou sustentar a suposta ilegitimidade de seu arrolamento como responsável neste processo, pois, mediante reorganização administrativa da prefeitura, ele teria delegado a seu secretariado as atribuições de ordenação despesas, buscando imputar, para tanto, a correspondente responsabilidade ao então Secretário de Obras, Serviços Públicos e Planejamento Urbano, Sr. Aduardo Fontenele de Araújo Junior, em abono à sua tese, colacionou julgado do TRF da 5ª Região contrário à responsabilização do administrador público.

12. Ocorre, todavia, que também essa preliminar não procede, já que, se não bastasse a vasta documentação constante dos autos a vincular o ex-prefeito ao Convênio 2.870/2005, conforme indicado pela unidade técnica, há jurisprudência consolidada do TCU no sentido de que o prefeito deve ser responsabilizado por irregularidades praticadas em convênios sob a sua condução, devendo responder, no presente caso concreto, por culpa in eligendo ou culpa in vigilando, não lhe cabendo invocar uma eventual delegação de competência que sequer figurava no instrumento do convênio celebrado com a administração federal.

14. Cumpra registrar que não foi apresentado qualquer elemento que confirmasse a prática de atos de gestão por parte do ex-secretário de obras, devendo ser anotado, ainda, que a responsabilidade pela prestação de contas do ajuste é do ex-prefeito, até porque ele assumiu esse encargo ao assinar o referido ajuste.

15. Neste ponto, já adentrando ao mérito das alegações apresentadas, é importante assinalar que o débito apurado nesta tomada de contas especial refere-se à 2ª e 3ª parcelas de recursos, cujos valores foram recebidos e sacados integralmente na gestão do responsável, tendo a Secex/CE registrado que:

‘A ordem bancária de R\$ 60.000,00 (2ª parcela), recebida em 27/2/2007 (Peça 2, p. 300) foi sacada em 28/2/2007, no valor de R\$ 57.460,87, mediante o cheque 850005, enquanto a OB no valor de R\$ 92.000,00 (3ª parcela), recebida em 2/3/2007 (Peça 2, p. 302), foi sacada por intermédio dos cheques 850006 e 850007, nos valores de R\$ 2.775,27 e R\$ 86.448,58, zerando o saldo bancário da conta corrente.’

16. Portanto, também não procede o argumento articulado no sentido de que os recursos teriam sido utilizados na gestão do prefeito sucessor. E, desse modo, recai sobre o Sr. Francisco Ilton Cambé Barrozo a exclusiva responsabilidade pelos recursos do convênio alusivos às 2ª e 3ª parcelas, que foram sacados indevidamente da conta corrente específica, sem terem sido apresentadas a devida prestação de contas destinada a comprovar a efetiva aplicação dos recursos federais na implantação dos módulos sanitários.

17. Frise-se que o responsável buscou atribuir a responsabilidade pela inexecução integral do convênio ao secretário de obras e, ainda, ao prefeito sucessor, sem apresentar qualquer documento apto a comprovar o alegado, destacando que, no caso do secretário de obras, os documentos coligidos na peça de defesa não continham qualquer assinatura ou, quando assinados,

não identificavam o nome do agente público que teria autorizado os serviços (Peça 11, p. 56, 68 e 78), bem assim que isso sequer tem importância no presente feito, até porque a prestação de contas deve ser tida como atribuição do alcaide.” (grifou-se)

7. Bem se vê, então, que a irregularidade das contas do responsável, com a consequente imputação do débito e aplicação da multa, lastreou-se em fundamentos claros, seguindo o entendimento do Supremo Tribunal Federal e a jurisprudência do TCU.

8. Para que obtivesse êxito em afastar a sua responsabilidade pela má utilização dos recursos federais transferidos, o embargante deveria demonstrar que os atos de gestão do Convênio 2.870/2005 foram praticados pelo secretário municipal de Obras, evidenciando, assim, a suposta delegação prevista na lei municipal, mas, conforme sobejamente demonstrado no aludido acórdão, não foi apresentado qualquer elemento que confirmasse a prática desses atos de gestão pelo Sr. Aualdo Fontenele de Araújo Junior; devendo-se destacar, ainda, que essa pretensão também não lhe seria cabível pela via estreita dos embargos declaratórios, visto que “*não constitui omissão ou contradição a adoção de entendimento diverso do preferido pela parte, segundo seus próprios critérios de justiça e de acordo com sua particular interpretação das leis e da jurisprudência*” (Acórdão 3.339/2013-1ª Câmara), de sorte que o interessado deveria manejar, para tanto, o recurso de reconsideração, nos termos do art. 32 da Lei 8.443, de 1992.

9. Nesse mesmo diapasão, os embargos de declaração não se prestam à apreciação de novas provas e, nesse ponto, o embargante incorre em duplo equívoco na medida em que, sob a improcedente alegação de que teria sido alvo de responsabilidade objetiva, ele busca transferir para o TCU a responsabilidade pela produção de provas nos autos; devendo-se salientar, nesse ponto, que a jurisprudência deste Tribunal é pacífica no sentido de que é exclusivamente do gestor o ônus da produção de provas sobre a correta aplicação dos recursos públicos postos à sua guarda (Acórdão 3.008/2015, do Plenário, e Acórdãos 4.545/2014, 1.907/2014, 1.563/2014, 1.108/2014, da 2ª Câmara).

10. Aliás, o dever de prestar contas deflui do art. 70, parágrafo único, da CF/88 e do art. 93 do Decreto-Lei 200/1967, não correspondendo, portanto, a inversão do ônus probatório à aplicação da responsabilidade objetiva.

11. De igual forma, não se mostram procedentes as alegações quanto à ausência de indicação da data do saque da 3ª parcela do convênio e quanto à suposta ausência de notificação do ora embargante, ainda na fase interna da TCE.

12. Ocorre que, no âmbito do Acórdão 1.472/2016-2ª Câmara, esses pontos não teriam relevância suficiente para modificar a convicção sobre o mérito da tomada de contas especial, tratando-se, mesmo, de questões sem repercussão sobre a delimitação da materialidade e da autoria e sobre a culpabilidade do agente público, devendo-se lembrar que o julgador não é obrigado a apreciar cada um dos argumentos desfiados pela parte, sendo suficiente que se atenha aos mais relevantes para a formação da convicção sobre a matéria.

13. De todo modo, deve-se registrar, nesse ponto, que, embora a aludida data do saque não tenha sido anotada no bojo do referido acórdão, verifica-se à Peça 2 (p. 302) a indicação de que os valores foram sacados no dia 22/3/2007, tendo a irregularidade sido perpetrada, pois, na gestão do ora embargante.

14. Por seu turno, também não se sustenta a suposta deficiência na notificação do ora embargante, ainda na fase interna do procedimento de TCE, já que, dos avisos de recebimento (AR) à Peça 2 (p. 36 e 70), sobressaem as evidências de que o concedente promoveu a devida notificação, devendo-se lembrar que são válidas as comunicações processuais entregues, mediante carta registrada, no endereço do responsável (v. g.: Acórdãos 3.648/2013 e 5.821/2013, da 2ª Câmara, Acórdão 3.254/2015, da 1ª Câmara, e Acórdão 1.946/2007, do Plenário).

15. Na mesma linha, não se mostra procedente a alegação de que o aludido acórdão padeceria de omissão quanto aos critérios para a dosimetria da multa legal no valor de R\$ 90.000,00, não só porque a penalidade foi fixada no patamar de até 100% do valor atualizado do débito, nos termos do art. 57 da Lei n.º 8.443, de 1992, mas também porque a dosimetria da penalidade pecuniária, no âmbito do TCU, deve se balizar pelo nível de gravidade dos ilícitos apurados nos autos, com a valoração das circunstâncias fáticas e jurídicas, não se exigindo, contudo, a aplicação da dosimetria da pena nos moldes do Direito Penal, já que a lei não fixa o rol de agravantes e de atenuantes a serem consideradas (v. g.: Acórdãos 944/2016 e 1.116/2016, do Plenário).

16. De outra sorte, constata-se que houve certa omissão no acórdão quanto à análise da suposta prescrição, que havia sido levantada em preliminar nas alegações de defesa do ora embargante, mas essa falha não tem o condão de promover a modificação do julgado no presente momento processual.

17. Bem se vê que, ao examinar a questão da prescrição, o voto condutor cingiu-se à inexistência de prescrição nas ações de ressarcimento dos danos ao erário, em consonância com a jurisprudência do TCU e até do STF (v.g.: Mandado de Segurança 26.210/DF), deixando, todavia, de analisar a possível incidência de prescrição sobre a aplicação da penalidade pecuniária.

18. A esse respeito, ressaltei em diversas outras oportunidades que o TCU ainda não firmou o seu entendimento definitivo sobre a incidência da prescrição punitiva, havendo precedentes em que, diante da inexistência de lei específica sobre a prescrição das sanções que podem ser aplicadas pelo TCU, o Tribunal não tem admitido a aludida prescrição (v. g.: Acórdãos 2.183/2013 e 825/2014, da 2ª Câmara, e Acórdãos 2.580/2008, 1.749/2010 e 790/2014, do Plenário), e outros em que ele a tem admitido por meio de integração da lei, valendo-se, nestes casos, ora da analogia a disposições legais do direito administrativo, ora da analogia a disposições do Código Civil (v.g.: Acórdãos 771/2010 e 474/2011, do Plenário, e Acórdão 670/2013, da 2ª Câmara).

19. Logo, por se tratar de matéria de estrita reserva legal, não se mostra plausível que a definição do prazo prescricional fosse fixado por integração legal e, muito menos, por analogia ao Código Civil, vez que o diploma civilista se destina a cuidar de prescrição civil sobre a reparação de dano, e não de prescrição administrativa sobre a aplicação de penalidades no exercício do controle externo financeiro pelo TCU; destacando, ainda, que, no direito administrativo brasileiro, quando aplicável nos termos da lei específica atinente a cada matéria, o prazo prescricional não costuma correr no caso de má-fé dos faltosos, ao tempo que, em situações de continuidade ou de permanência delitiva, o suscitado prazo prescricional, quando aplicável, costuma ser contado a partir do momento em que cessa a referida continuidade (registre-se que, na omissão no dever de prestar contas, há a evidente permanência delitiva).

20. Note-se que a controvérsia sobre a contagem de prazo para a prescrição punitiva ainda não foi pacificada nos tribunais superiores e no STF, destacando-se que o Plenário do TCU ainda vai examinar essa questão no âmbito do TC 007.822/2005-4, não se devendo, por certo, pegar a regra de prescrição em uma lei e a regra de contagem de prazo em outra lei, por evidente subversão do sistema jurídico-legal subjacente.

21. Contudo, a despeito de pessoalmente não concordar com a aludida linha jurisprudencial, tenho seguido o posicionamento definido nesta 2ª Câmara e, assim, aplicado a prescrição decenal dada pelo Código Civil no julgamento dos processos sob a minha relatoria.

22. Por essa linha, passo a integrar a aludida omissão no acórdão, consignando a devida manifestação a respeito da suscitada prescrição punitiva no âmbito da tomada de contas especial.

23. Ocorre que, segundo as informações constantes do presente feito e notadamente do Relatório que subsidiou a prolação do Acórdão 1.472/2016-2ª Câmara, as irregularidades ensejadoras da multa se deram após o período de 27/2 a 2/3/2007 (datas dos repasses das 2ª e 3ª parcelas dos recursos do convênio), tendo os valores sido integralmente sacados em 22/3/2007, conforme atesta o

demonstrativo inserto à Peça 2 (p. 302), mas o ex-prefeito foi devidamente notificado pelo concedente por duas vezes, em 6/8/2007 e 14/3/2008, respectivamente, tendo sido citado no âmbito do TCU em 22/4/2015, de tal sorte que, assim, não se vislumbra a incidência da aludida prescrição da pretensão punitiva.

24. Entendo, portanto, que o TCU deve conhecer dos presentes embargos para, no mérito, dar-lhes provimento parcial e, assim, esclarecer ao embargante que não houve a incidência de prescrição da pretensão punitiva no presente caso concreto.

Ante o exposto, pugno que seja prolatado o Acórdão que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 24 de maio de 2016.

ANDRÉ LUÍS DE CARVALHO
Relator