

TC - 025.741/2014-4

Natureza: Tomada de Contas Especial (recurso de reconsideração)

Unidade Jurisdicionada: Ministério do Turismo - MTur

Recorrente: Ezenivaldo Alves Dourado (155.339.301-59)

Advogados: Joel de Souza Neiva Júnior (OAB/BA 21.118) e Renata Silva Alves (OAB/BA 35.288); procuração à peça 9

Sumário: Tomada de contas especial. Convênio. Não comprovação de boa e regular aplicação dos recursos. Débito e multa. Índícios da execução do convênio. Multa por não atendimento a diligência do conveniente. Considerações. Provimento parcial.

INTRODUÇÃO

Trata-se de recurso de reconsideração (peças 25 a 28) interposto por Ezenivaldo Alves Dourado, pelo qual contesta o Acórdão 4908/2015-TCU-1.^a Câmara, prolatado na Sessão Ordinária realizada em 1/9/2015 (peça 15).

2. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

9.1. rejeitar as alegações de defesa do Sr. Ezenivaldo Alves Dourado;

9.2. julgar irregulares as contas do Sr. Ezenivaldo Alves Dourado, com fundamento no art. 16, III, “c”, da Lei 8.443/1992, e condená-lo ao pagamento da quantia de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), atualizada monetariamente e acrescida de juros de mora, a contar de 10/11/2009 até o efetivo recolhimento, fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias para que comprove, perante este Tribunal, o recolhimento da referida importância aos cofres do Tesouro Nacional, na forma da legislação em vigor;

9.3. aplicar, ao Sr. Ezenivaldo Alves Dourado, a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprove, perante este Tribunal, o recolhimento da referida quantia aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do presente acórdão até a data do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.4. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas;

9.5. encaminhar cópia desta deliberação à Procuradoria da República no Estado da Bahia, em cumprimento ao disposto no art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992;

9.6. dar ciência da presente deliberação ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, subseção judiciária de Irecê/BA, fazendo-se menção ao processo 283-59.2013.4.01.3312, que trata de matéria conexa.

HISTÓRICO

3. O presente processo cuidou originalmente de tomada de contas especial instaurada pelo Ministério do Turismo – MTur em desfavor de Ezenivaldo Alves Dourado, ex-prefeito municipal de Canarana/BA (gestão 2009-2012) em vista de irregularidades na execução do Convênio 912/2009 (Siconv 704634/2009).

4. O convênio teve por objeto a realização do projeto “Salobrofolia 2009”, no âmbito do Programa Promoção de Eventos para a Divulgação do Turismo Interno, do MTur, com vigência entre 27/08/2009 e 7/11/2009 (peça 1, p. 45), posteriormente prorrogada para 18/1/2010 (peça 1, p.

71). Foram repassados R\$ 100.000,00 pela ordem bancária 09OB801759 (peça 1, p. 75), creditados na conta específica do convênio em 10/11/2009 (peça 10, p. 163).

5. A Nota Técnica de Análise 159/2012 (peça 1, p. 83-93), de 12/3/2012, concluiu pela necessidade de diligência ao conveniente para que complementasse a documentação apresentada à título de prestação de contas e assim fosse possível emitir um parecer técnico conclusivo acerca da execução do convênio.

6. A documentação foi encaminhada pela prefeitura conveniente ao MTur em 13/9/2012 (peça 1, p. 109), sendo emitida a Nota Técnica de Reanálise 815/2012 (peça 1, p. 111-121), de 11/10/2012, quando se propôs nova diligência ao conveniente.

7. Novos documentos foram apresentados em 12/12/2012 (peça 1, p. 145), gerando a Nota Técnica de Reanálise 714/2013 (peça 1, p. 181-189), de 22/7/2013, que ao concluir pelo não esclarecimento de diversos pontos questionados reprovou a execução física do convênio em sua integralidade. Ainda, em 20/8/2013, foi elaborada a Nota Técnica de Reanálise Financeira 469/2013 (peça 1, p. 199-203), reprovando as contas e sugerindo a devolução dos recursos, em vista daquela reprovação da execução física antes mencionada.

8. O ex-prefeito foi notificado pelo Ofício 3415/2013/CGCV/DGI/SE/MTur (peça 1, p. 209), de 20/8/2013, e ante seu silêncio instaurou-se a tomada de contas especial, pelas seguintes falhas/irregularidades em resumo, segundo a supracitada Nota Técnica de Reanálise 714/2013: falta de divulgação do evento em rádio, contratação de shows sem a devida comprovação de sua realização, carro de som sem a devida especificação do prestador do serviço e possível cobrança de abadás para participação no evento.

9. O Relatório do Tomador de Contas 122/2014 (peça 1, p. 249-259), de 12/3/2014, imputou responsabilidade ao ex-prefeito por todo o valor repassado. O Relatório de Auditoria 466/2014, do Controle Interno (peça 1, p. 282-287), concluiu no mesmo sentido.

10. No âmbito da Secex/BA houve a citação do Sr. Ezenivaldo Alves Dourado pelo Ofício 2868/2014-TCU/SECEX-BA (peça 7), de 26/12/2014. As alegações de defesa (peça 10) foram analisadas pela unidade técnica, propondo-se a rejeição das contas, com a imputação de débito pelo valor original repassado ao município, e a aplicação de multa ao ex-prefeito (peças 11 a 13). Por sua vez, o MP/TCU anuiu à proposta sugerindo alguns ajustes (peça 14), o que foi finalmente acatado pelo Acórdão 4908/2015-TCU-1.^a Câmara ora recorrido.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

11. Em exame preliminar de admissibilidade esta secretaria propôs conhecer o recurso de Ezenivaldo Alves Dourado (peças 29 a 31), suspendendo-se os efeitos dos itens 9.2, 9.3 e 9.4 do Acórdão 4908/2015-TCU-1.^a Câmara, o que foi ratificado por Despacho do Ministro José Múcio Monteiro (peça 33).

EXAME DE MÉRITO

12. Delimitação do recurso

12.1. Constitui objeto do presente recurso definir se:

- a) o Convênio 912/2009 foi correta e integralmente executado; e
- b) o acórdão recorrido considerou que houve dolo e/ou ausência de boa-fé na conduta do ex-prefeito e ato de improbidade administrativa na execução do convênio.

13. **Execução do convênio**

13.1. O recorrente argumenta que os recursos foram aplicados no objeto do Convênio 912/2009, como demonstrariam as notas fiscais juntadas aos autos e os relatórios de cumprimento do objeto, acrescentando que não há provas de desvio de recursos em proveito próprio.

Análise

13.2. O débito imputado ao ex-prefeito teve origem na Nota Técnica de Reanálise 714/2013 (peça 1, p. 181-189), a qual reprovou a execução física do Convênio 912/2009. As conclusões do citado documento foram resumidas na tabela inserta no item 15 da última instrução da Secex/BA (peça 11), conforme segue:

Objeto da Ressalva	Ressalvas Apontadas
Divulgação em Rádio	Não foi possível visualizar o comprovante de veiculação na Rádio contendo a programação prevista e o mapa de veiculação – com valor, “atesto” da Rádio e “de acordo” do convenente.
Contratação do show artístico da banda Novo Tok, dia 5/9/2009	Não é possível identificar a apresentação no material disponibilizado. As fotografias inseridas no Siconv não fornecem subsídios para análise conclusiva.
Contratação do show artístico da banda Pagolight da Bahia, dia 5/9/2009	Verificou-se discordância entre os materiais inseridos no Siconv e mídia com vídeo apresentada no processo de TCE. Nas imagens inseridas no Siconv há apontamento da banda por meio da legenda, de forma a indicar sua realização em palco tipo “concha”. Contudo em mídia de DVD apresentada, há arquivo com o nome da apresentação, sendo que o vídeo mostra a apresentação da banda em local diverso, aparentemente um “trio elétrico”.
Contratação do show artístico da banda Éxeke, dia 6/9/2009	Verificou-se discordância entre os materiais inseridos no Siconv e mídia com vídeo apresentada no processo de TCE. Nas imagens inseridas no Siconv há apontamento da banda por meio da legenda, de forma a indicar sua realização em palco tipo “concha”. Contudo em mídia de DVD apresentada, há arquivo com o nome da apresentação, sendo que o vídeo mostra a apresentação da banda em local diverso, aparentemente um “trio elétrico”.

Contratação do show artístico da banda I Love do Axé, dia 6/9/2009	Não é possível identificar a apresentação no material disponibilizado. As fotografias inseridas no Siconv não fornecem subsídios para análise conclusiva.
Carro de som	A declaração apresentada via Siconv não contém o detalhamento solicitado, tendo em vista que não constam o nome, RG e CPF de quem realizou o serviço, além de não conter o valor contratado.
Abadás	Verificou-se em algumas das imagens apresentadas a presença de abadás no evento. Sendo assim, diligenciou-se para que fosse encaminhada declaração acerca da cobrança ou não de valores.

13.3. O plano de trabalho do Convênio 912/2009 contém sete etapas assim discriminadas, com os respectivos valores (peça 10, p. 31-34):

- a) Etapa 1: Contratação de carro de som. Valor: R\$ 4.000,00
- b) Etapa 2: Divulgação em rádio. Valor: R\$ 6.500,00
- c) Etapa 3: Contratação de Show Banda Novo Tok no dia 05/09/2009. Valor: R\$ 20.000,00
- d) Etapa 4: Contratação de Show Banda Pagolight da Bahia no dia 05/09/2009. Valor: R\$ 20.000,00
- e) Etapa 5: Contratação de Show Banda Baeabakana no dia 06/09/2009. Valor: R\$ 15.000,00
- f) Etapa 6: Contratação de Show Banda Éxeke. Valor: R\$ 19.500,00
- g) Etapa 7: Contratação de Show Banda I Love do Axe. Valor: R\$ 20.000,00

13.4. Portanto, os itens impugnados na Nota Técnica de Reanálise 714/2013 acima relacionados correspondem às Etapas 1, 2, 3, 4, 6 e 7, além da possível cobrança por participação no evento (abadás).

13.5. Em relação à Etapa 1 (carro de som), a Nota Técnica de Reanálise 714/2013 registra que na declaração apresentada pelo conveniente em resposta às informações solicitadas “o signatário não declara como prestador do serviço, desta forma não atesta que o mesmo foi executado. Não consta valor” (peça 1, p. 187).

13.6. A declaração sobre o serviço foi prestada pelo proprietário da empresa que supostamente o executou, constando que recebeu recursos da empresa Arco Iris Produções e Eventos para fazê-lo (peça 10, p. 334). Pesquisa ao sistema CPF da Receita Federal do Brasil revela que atualmente não há empresa com aquela denominação contida na citada declaração, entretanto, o endereço no sistema informatizado da Receita Federal do Brasil para a pessoa física signatária é o mesmo contida na declaração. Ademais, a nota fiscal emitida pela supracitada empresa Arco Iris Produções e Eventos em 10/09/2009 inclui o pagamento de R\$ 4.000,00 para a divulgação do evento em carro de som (peça 10, p. 81). Ante esses elementos considera-se haver indícios da efetiva execução da etapa em comento, meio de prova amplamente aceito pela jurisprudência do tribunal (ex: Acórdãos 2649/2015, 834/2014 e 3270/2012, todos do Plenário), vez que a declaração

deixa implícito que os recursos foram recebidos para a execução do serviço e o valor consta em nota fiscal como visto.

13.7. Sobre a Etapa 2 (divulgação em rádio), a Nota Técnica de Reanálise 714/2013 informa que foi “apresentado mapa de veiculação (fl. 183), contudo não é possível identificar o signatário, assim não consta “de acordo” do conveniente”.

13.8. A folha 183 do processo original no Ministério do Turismo não consta dos autos, tampouco foi possível encontrar o mapa de divulgação em rádio no sistema Siconv. No entanto, consta dos autos declaração da responsável financeira pela Rádio e Televisão Irecê Ltda. no sentido de haver recebido o material publicitário da já citada empresa Arco Iris Produções e Eventos (peça 10, p. 332). Essa rádio está localizada em Irecê/BA, segundo o sistema CPF da Receita Federal do Brasil, e a cerca de 45 Km do município conveniente de Canarana/BA. Ademais, a nota fiscal emitida pela empresa Arco Iris Produções e Eventos em 10/09/2009 incluiu o pagamento de R\$ 6.500,00 à título de divulgação do evento em rádio, conforme o plano de trabalho. Ainda, se o mapa foi encaminhado para compor a prestação de conta é de se supor que foi aprovado pela conveniente. Ante esses elementos considera-se haver indícios da efetiva execução da etapa em comento, vez que a análise do MTur não questionou o mapa propriamente, mas, a ausência de assinatura pelo divulgador das mensagens bem como a concordância com o mapa pelo conveniente.

13.9. Em relação aos diversos shows cujas despesas foram impugnadas (Etapas 3, 4, 5, 6 e 7), a Nota Técnica de Reanálise 714/2013 concluiu que as fotos e demais material comprobatório apresentado pelo ex-prefeito não permitiam afirmar que foram efetivamente realizados, pois as fotos eram ilegíveis e o material em DVD apresentado indicavam apresentação em local aparentemente diverso das fotos, ou seja, um palco tipo concha em confronto com um trio elétrico.

13.10. As fotos constantes dos autos não apresentam boa legibilidade (peça 10, p. 320-322), entretanto, podem ser visualizadas com clareza diretamente no sistema Siconv (peça 45), onde há fotos das bandas Novo Tok, Pagolight da Bahia, I Love do Axé e Éxeke, com alusão ao evento Salobrofolia e ao MTur. Em pesquisa ao site www.salobro.com registrado no relatório fotográfico há algumas fotos do evento em 2009 e do mesmo modo em site de amplo domínio (www.youtube.com). Ademais, consta dos autos declaração do presidente da câmara de vereadores de Canarana/BA no sentido de haver sido realizado o evento e em todas as suas etapas (peça 10, p. 178).

13.11. Sobre o ponto compreende-se que tanto a análise do MTur se mostra frágil quanto os elementos disponíveis para formar juízo de valor a respeito igualmente assim se mostram. Isso porque aquela análise alude à pouca clareza das fotos e a aparentes discrepâncias entre estas e o material disponibilizado em DVD, sem, contudo, afirmar categoricamente que não se referem ao evento objeto do Convênio 912/2009. Por sua vez, não há material em quantidade e com qualidade suficiente para concluir com precisão em sentido contrário. Nesse caso, entende-se, igualmente, que os indícios são no caminho de ter havido o evento conforme programado.

13.12. Em relação à hipótese de cobrança de abadás para participação no evento, não houve qualquer resposta pelo conveniente a este questionamento. Há única declaração sobre gratuidade se refere a evento distinto, realizado no exercício de 2010 (peça 10, p. 173). De outro turno, na Nota Técnica de Reanálise 815/2012 foi registrado que o conveniente encaminhou declaração sobre a ausência de cobrança de ingressos para o evento (peça 1, p. 119, item 13) e o ponto não mais foi questionado nos relatórios subsequentes do MTur.

13.13. Segundo a Cláusula Terceira, Item II, alínea “j” do termo de convênio (peça 46, p. 4), o conveniente deve fornecer as informações e documentos relacionados à execução da avença. No caso, não houve o fiel atendimento de tal dispositivo, pois que a segunda diligência realizada, resultado da Nota Técnica de Reanálise 815/2012 não foi integralmente atendida, originando a Nota Técnica de Reanálise 714/2013 que finalmente concluiu pela existência de débito a ser imputado ao

gestor municipal. Essa circunstância dificulta, como se nota, uma análise mais acurada dos fatos e entende-se ensejar a transformação da multa aplicada pelo item 9.3 do aresto recorrido – que se relaciona ao débito então considerado - na multa prevista no artigo 58, II da Lei 8.443/1992.

13.14. O Voto que orientou o Acórdão 2190/2015-TCU-2.^a Câmara é elucidativo a respeito da necessidade de bem demonstrar a correta aplicação dos recursos públicos geridos:

9. Bem se sabe que a jurisprudência do TCU é firme no sentido da responsabilidade pessoal do gestor pela comprovação da boa e regular aplicação dos recursos federais recebidos mediante convênio ou instrumentos congêneres, submetendo-se todo aquele que administra recursos públicos ao dever constitucional e legal de demonstrar o correto emprego dos valores federais, nos termos 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 225/2000, 27/2004, 1.569/2007, da 2^a Câmara; e Acórdãos 11/1997, 1.659/2006 e 59/2009, do Plenário).

13.15. Cabe comentar que o acórdão ora questionado também teve por pressuposto a ausência denexo causal entre os valores transferidos e o objeto executado (peça 16, item 7 do voto).

13.16. O Sr. Ezenivaldo Alves Dourado não chegou a ser citado para comprovar referido nexos, mas, para que demonstrasse a execução do convênio com a observância dos requisitos exigidos pelo MTur na Nota Técnica de Reanálise 713/2014, como se lê no Ofício 2868/2014-TCU/Secex-BA (peça 7).

13.17. De todo modo, acerca do referido nexos, no extrato bancário da conta do convênio há três débitos em 11/11/2009, um dia após o crédito do valor repassado pelo MTur ao município, sendo dois no valor de R\$ 45.000,00 e um de R\$ 15.000,00. Tal extrato bancário se coaduna com os recibos, notas fiscais e notas de empenho que embasaram os pagamentos à empresa Arco Iris Produções e Eventos (peça 10, p. 129 e 130, 229 e 230, 253 a 256, 277 a 279 e 317 a 319), seja quanto aos valores seja em relação às datas de emissão.

13.18. Por fim, anota-se que houve decisão em 23/03/2015 no Processo 283-59.2013.4.01.3312, sobre Ação Civil Pública movida pelo Município de Canarana/BA em desfavor do recorrente, e com trâmite no Tribunal Regional Federal da 1^a Região, subseção judiciária de Irecê/BA, para que fosse citado o réu a fim de apresentar contestação assim o querendo (peça 47).

14. **Dolo e Boa-Fé**

14.1. O recorrente assevera que não houve dolo ou culpa em sua conduta e que “para a imputação dos crimes previstos naquela legislação é necessário a) o dano ao erário e b) conduta dolosa”. Afirma que agiu com boa-fé pois sempre visou atender a população do município.

14.2. Transcreve excerto de decisões do Superior Tribunal de Justiça em ações civis públicas de improbidade administrativa que abordam a presença de conduta dolosa/culposa e o agir com boa-fé.

14.3. No recurso é defendido que o instituto da boa-fé objetiva atualmente prevalece na doutrina e na jurisprudência dos tribunais sobre a boa-fé subjetiva, em especial após o advento do Código Civil de 2002, significando que “a proteção à outra parte, a cooperação e a informação são tão importantes quanto o adimplemento da obrigação, por exemplo”.

14.4. Alude ao artigo 12, §2.º da Lei Orgânica/TCU e a um artigo do Ministro Augusto Sherman sobre o tema da boa-fé publicado na Revista do TCU 81, para ao final defender seja analisada sua conduta sob a ótica da boa-fé objetiva, o que, entende, lhe seria benéfico.

Análise

14.5. A análise das contas objeto do presente processo avaliou a ocorrência, ou não, de boa-fé na conduta dos responsáveis, nos termos do artigo 12, § 2.º da Lei Orgânica/TCU e do artigo 202, §§ 2.º e 6.º do Regimento Interno/TCU, como se observa no item 19 da instrução autuada à peça 20.

14.6. A esse respeito, ressalve-se, aqui que o conceito de boa-fé adotado se relaciona primordialmente à espécie de boa-fé objetiva defendida pelo recorrente. Segundo Judith Martins Costa (*in* A Boa-Fé no Direito Privado. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 411.):

Já por ‘boa-fé objetiva’ se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da common law – modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico, segundo o qual ‘cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade’. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do standard, de tipo meramente subsuntivo.

14.7. É nessa perspectiva que o TCU tem, modernamente, perscrutado a boa-fé, ou seja, sob o ângulo da boa-fé objetiva, em que se analisa não o estado de consciência do agente quando da realização do ato administrativo, mas a adequação dessa conduta ao padrão esperado. O trecho abaixo, mencionado no relatório que precedeu o Acórdão 734/2014-TCU-Primeira Câmara, ilustra essa visão:

51. Quanto à boa-fé, aproveita-se o gancho do item v da enumeração do parágrafo anterior para mencionar que ganha força na Corte Federal de Contas o entendimento no sentido de que a vertente da boa-fé objetiva pode ser examinada nos processos submetidos ao Tribunal. Além disso, diversos julgados do TCU defendem a tese de que a ausência de má-fé não significa presença de boa-fé.

52. Uma das alegações mais frequentes dos responsáveis é a de terem atuado de boa-fé. Na maioria das oportunidades em que se invoca esse instituto, percebe-se que os responsáveis referem-se à boa-fé subjetiva, relacionada ao estado mental no momento em que agiram, isto é, ao propósito presente na conduta.

53. Todavia, é preciso esclarecer que se tem fortalecido no Tribunal de Contas da União a corrente que defende o exame da conduta dos agentes à luz da boa-fé objetiva.

54. Com o advento do Código Civil vigente, essa doutrina ganhou vigor no ordenamento jurídico pátrio, inclusive no TCU. A boa-fé objetiva não perscruta o estado de consciência do agente no momento da ação, como faz a boa-fé subjetiva. Ou seja, o que importa não é a intenção, mas a adequação da conduta a um padrão esperado. Em recente assentada do Plenário, o Relator, Exmº Ministro José Múcio Monteiro, deixou consignado em seu voto condutor do Acórdão 2072/2012 - TCU - Primeira Câmara a sua adesão à corrente defensora da aplicação do instituto da boa-fé objetiva nos processos da Corte de Contas Federal, a saber:

Finalmente, deve ser dito que a boa-fé a ser levada em consideração nos processos de controle externo é a boa-fé objetiva, consistente na atuação conforme um padrão de conduta aceito como adequado e recomendável pelo meio social onde inserido o agente e não na boa-fé subjetiva, que consiste na convicção pessoal de estar agindo de acordo com as normas de conduta socialmente aceitas. Dessa forma, não se pode considerar como amparadas pela boa-fé condutas, tais como as assumidas pelos responsáveis, de assinar documentos em branco.

55. Outrossim, o voto guia do Acórdão 776/2012 - TCU - Plenário, do mesmo modo, corrobora a informação acerca da disseminação do entendimento de que a atuação dos agentes públicos deve ser examinada pelo TCU sob o prisma da boa-fé objetiva, como se pode observar abaixo: (...)

56. Pode-se citar outros dois julgados recentes que aplicam a boa-fé objetiva na análise da conduta dos agentes: Acórdão 2523/2012 - TCU - Segunda Câmara; Acórdão 2184/2012 - TCU - Primeira Câmara.

14.8. Sob o enfoque acima, o aresto recorrido concluiu não se identificar boa-fé (objetiva) na conduta do recorrente, vez que a ausência de documentação complementar sobre o Convênio 912/2009, como requerido pelo órgão concedente e, também, na citação realizada pela Secex/BA, implicaram na impossibilidade de comprovar a boa e regular aplicação dos recursos geridos.

14.9. Assim, se por um lado não se extraem dos autos elementos que indiquem expressamente ter havido má-fé na gestão dos recursos, de outro turno, não teria havido a necessária diligência na comprovação da correta execução da avença.

14.10. O Acórdão 333/2010-TCU-Plenário tratou de situação similar, e seguiu a orientação do voto revisor apresentado pelo Ministro Benjamin Zymler, do qual se extrai o seguinte trecho:

Os pareceres precedentes e os recorrentes não destoam acerca da inexecução parcial do contrato e portanto da existência de prejuízos ao erário. Também não há maiores controvérsias acerca dos fatos e circunstâncias em que ocorreram a contratação e sua execução. A divergência pois consiste na valoração das condutas dos responsáveis, ou seja, se houve ilicitude nessas condutas e se há nexo de causalidade entre elas e os prejuízos verificados.

Consoante buscou se demonstrar neste voto, os responsáveis não agiram com o zelo esperado dos gestores públicos. Pelo contrário, agiram de forma negligente ao não adotarem quaisquer medidas eficazes no sentido de acompanhar a execução contratual. Apesar [...] da magnitude dos recursos envolvidos, da importância do projeto e de sua posição central dentro do contexto das atribuições dos gestores, não foram adotadas medidas minimamente aceitáveis para se acompanhar a execução dos objetos contratados. Em franca violação aos dispositivos legais referentes à execução das despesas, que se espera sejam de amplo conhecimento de qualquer gestor público, autorizou-se os pagamentos sem a prévia comprovação dos serviços.

Desta feita, entendo que restou configurada a conduta ilícita dos gestores e o nexo de causalidade dessa conduta com débito verificado, pois, caso tivessem sido seguidos os procedimentos legais pertinentes e adotadas as ações administrativas cabíveis, o débito teria condições de ser evitado.

14.11. Em conclusão, aquele entendimento foi que ensejou o julgamento da tomada de contas desde logo pela irregularidade, por considerar-se que automaticamente não restara demonstrada a boa-fé da parte, segundo se depreende da leitura das instruções anteriores ao aresto recorrido, do parecer do MP/TCU e do próprio voto que precedeu o acórdão.

14.12. O efeito prático dessa conclusão foi o julgamento das contas pela irregularidade desde logo, como visto, após a análise das alegações de defesa trazidas aos autos, ao invés de fixar-se novo prazo para o recolhimento do débito após a avaliação daquelas alegações, conforme previsto no artigo 12, §1.º, da Lei Orgânica/TCU. No caso, foi adotado o procedimento estabelecido no artigo 202, §6.º, do Regimento Interno/TCU.

14.13. Quanto ao argumento de que não houve a prática de ato de improbidade, conduta dolosa e enriquecimento ilícito, cumpre anotar que o processo de controle externo não se confunde com as ações judiciais para verificar se houve a prática de ato descrito na Lei 8.429/1992. O relatório que precedeu o Acórdão 2178/2013-2.^a Câmara, também sobre recurso de reconsideração em tomada de contas especial, contém explanação sobre o tema, ao tratar da distinção entre controle externo pelo tribunal de contas e ação de improbidade:

Ao contrário do que sustenta o recorrente, para a imputação em débito, não é necessária a comprovação da má-fé ou desonestidade do agente. Nas hipóteses em que for constatado dano ao erário resultante de omissão no dever de prestar contas, de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico, ou desvio de dinheiro público, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade do agente público que praticou o ato irregular (artigo 16, § 2º,

alínea "a", da Lei 8.443/1992). Não é necessária, assim, a conduta dolosa, bastando apenas a modalidade culposa.

O Tribunal não condenou o prefeito por ato de improbidade administrativa. Nem poderia, pois não é da competência dos Tribunais e Conselhos de Contas condenarem gestores por atos desta natureza, os quais devem ser apurados em procedimento próprio no âmbito do Poder Judiciário. A improbidade administrativa deve ser apurada em processo movido pelo Ministério Público, a ser julgado pela autoridade judicial.

Frisa-se que a condenação em débito, embora acarrete a obrigação de restituir determinada importância à União, não é sanção, mas sim recomposição do patrimônio público ao status quo anterior. Quando a boa e regular aplicação de recursos não pode ser comprovada, considera-se causado dano ao patrimônio da União, um prejuízo, tendo lhe sido lesionado um bem jurídico. Dessa forma, do ato danoso, nasce a obrigação de indenizar, de restaurar o equilíbrio jurídico-econômico quebrado pelo agente.

É assim desnecessária, para o julgamento pela irregularidade das contas ou para a aplicação de multa em processo de fiscalização, a caracterização de ato doloso de improbidade. Basta que o gestor tenha cometido, de forma não justificada, ato ilegítimo ou antieconômico lesivo ao Erário ou deixado de adimplir sua obrigação de prestar contas dos recursos recebidos, e que lhe fosse exigível conduta diversa, para ficar caracterizada sua responsabilidade subjetiva. (grifei)

14.14. E na mesma linha o seguinte excerto do voto que orientou o Acórdão 6173/2011-1.^a Câmara: “20. Ressalto que a recomposição do dano ao erário independe de ter havido ou não prática de ato de improbidade administrativa **ou auferimento de vantagem** pelo gestor em razão da execução do convênio”. (grifei)

CONCLUSÃO

15. Das análises anteriores, conclui-se que:

- a) há indícios da integral execução do Convênio 912/2009;
- b) a falta de atendimento a todas as diligências realizadas pelo órgão concedente dificulta análise mais precisa e acurada sobre a execução da avença, ensejando a aplicação de multa ao gestor; e
- c) o acórdão recorrido não considerou que houve dolo e/ou ausência de boa-fé na conduta do ex-prefeito, ou algum ato de improbidade administrativa na execução do convênio.

DA PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

16. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise do recurso de reconsideração interposto por Ezenivaldo Alves Dourado contra o Acórdão 4908/2015-TCU-1.^a Câmara propondo-se, com fundamento nos artigos 32, I e 33, da Lei 8.443/1992, e artigo 285, do RI/TCU:

- a) conhecer do recurso e, no mérito, dar-lhe provimento parcial para:
 - a.1) desconsiderar o débito imputado e a multa aplicada pelo aresto recorrido; e
 - a.2) aplicar a multa prevista no artigo 58, II, da Lei 8.443/1992.
- b) dar conhecimento ao recorrente, à Procuradoria da República no Estado da Bahia e Tribunal Regional Federal da 1^a Região, subseção judiciária de Irecê/BA, fazendo-se menção ao processo 283-59.2013.4.01.3312.

TCU/Secretaria de Recursos, em 08/06/2016.



Roberto Orind
Auditor Federal de Controle-Externo, mat. 3833-4.