

VOTO

Trata-se originalmente de tomada de contas especial na qual esta Corte, por meio do Acórdão 3.779/2012-TCU-2ª Câmara, declarou a revelia de Gilberto Schwarz de Mello e, dentre outras deliberações, imputou-lhe débito no valor histórico de R\$ 500.000,00 e multa de R\$ 61.000,00.

2. Por meio do Acórdão 2.188/2016-TCU-Plenário, o Tribunal decidiu negar provimento ao recurso de revisão interposto, mantendo inalterado o Acórdão 3.779/2012-TCU-2ª Câmara.

3. Nesta assentada, em sede de embargos de declaração, o recorrente aduz que o Acórdão 2.188/2016-TCU-Plenário estaria eivado de contradição, em relação ao art. 3º, *caput*, da Resolução-TCU 170/2004, e de omissões, uma vez que, no seu entender, não teria sido: apontado o precedente do STF mencionado na deliberação; analisada a necessidade de identificação civil do recebedor; indicado o dispositivo legal que permite manter os documentos para prestação de contas futura; sopesada a impossibilidade de imputação da responsabilidade pelo extravio de documentos públicos.

4. Presentes os requisitos atinentes à espécie, os presentes embargos devem ser conhecidos, com fundamento nos arts. 32, inciso II, e 34 da Lei 8.443/1992.

5. Acerca da contradição e da omissão passíveis de serem sanadas em sede aclaratória, julgo relevante transcrever os seguintes excertos do elucidativo Acórdão 3.339/2013-TCU-1ª Câmara:

“A contradição deve estar contida nos termos do decisum atacado, este compreendido no âmbito desta Corte como o conjunto: Relatório, Voto e Acórdão. Não cabe alegação de contradição entre o acórdão embargado e ‘doutrina’, ‘jurisprudência’ ou mesmo ‘comando legal’. A alegação é pertinente em recurso de reconsideração ou pedido de reexame, no qual o comando atacado é contrastado com a jurisprudência, a doutrina e o ordenamento jurídico. Entretanto, é descabida em embargos de declaração, cuja única finalidade é esclarecer ou integrar a decisão embargada, excepcionalmente modificando-a. (...)”

A omissão para o acolhimento dos declaratórios é a que diz respeito à questão que deveria ter sido apreciada pelo colegiado mas não o foi. 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. Não há falar em omissão quando o acórdão analisa todas as questões submetidas a exame e as decide com base em teses jurídicas, jurisprudência, interpretação de leis e análise dos fatos que são diversos dos que os jurisdicionados entendem como mais adequados.”

6. No que concerne à suposta contradição, registro, primeiramente, que não se trata de contradição embargável, pois, como dito no Acórdão 3.339/2013-TCU-1ª Câmara, não cabe alegação de contradição em sede aclaratória entre o acórdão embargado e algum comando regulamentar.

7. Ainda que assim não fosse, não há qualquer contradição entre o Acórdão 2.188/2016-TCU-Plenário e a Resolução-TCU 170/2004, haja vista que a comunicação, quando encaminhada aos responsáveis por meio de carta registrada, é considerada entregue com o retorno do aviso de recebimento, comprovadamente recebida no endereço do destinatário, nos termos dos arts. 3º, inciso III, e 4º, inciso II, da referida Resolução.

8. Tampouco vislumbro as omissões ventiladas pelo embargante.

9. O precedente do STF mencionado no parágrafo 8 do voto é o MS-AgR 25.816, reproduzido no parágrafo 5.11 da instrução transcrita no relatório do Acórdão 2.188/2016-TCU-Plenário e que incorporei às minhas razões de decidir. Esse mesmo precedente tem sido observado em sucessivas decisões proferidas pelo STF: MS-AgR 27.427, MS-AgR 27.570, MS 31.173, MS 31.508, MS 31.557, MS 31.648, MS-MC 32.170, MS 34.315, MS-MC 34.323.

10. Conforme já dito, considera-se válida a comunicação entregue no endereço do destinatário, motivo pelo qual existem precedentes desta Corte que afirmam não ser necessária a entrega pessoal das comunicações processuais realizadas pelo Tribunal e que admitem o recebimento por pessoa diversa. Nessa linha, Acórdãos 929 e 371/2016 e 432/2014, do Plenário, 7.477/2015 e 4.734/2010, da 1ª Câmara, e 6.213, 4.833 e 1.440/2016, da 2ª Câmara, dentre outros.

11. Ademais, os normativos do TCU não exigem que o aviso de recebimento seja devolvido com o número da cédula de identidade do receptor. O disposto na portaria 567/2011 dos Correios vincula apenas a própria empresa, e não o TCU. Além disso, é certo que a ausência do número de identidade no aviso de recebimento, por si só, não configura cerceamento de defesa ou prejuízo ao contraditório.

12. Nos termos dos arts. 3º, § 3º, e 58, inciso VII, da então vigente Portaria Interministerial 127/2008, o responsável pela prestação de contas tem a obrigação de manter os documentos relacionados ao convênio pelo prazo de dez anos, contado da data em que foi aprovada a prestação de contas. Tais disposições foram refletidas no termo do convênio 761/2008.

13. Por fim, reitero que Gilberto Schwarz de Mello não está sendo apenado com base em responsabilização objetiva, excepcional. Conforme assentado na jurisprudência, a responsabilidade perante o TCU é de natureza subjetiva. Veja-se o Acórdão 11.463/2011-TCU-2ª Câmara:

“Ao exercer a sua competência constitucional privativa de julgar as contas dos administradores públicos, o Tribunal de Contas da União formula juízo acerca da gestão dos responsáveis por bens e valores públicos, podendo condenar em débito e aplicar àqueles que praticaram irregularidades sanções de natureza pecuniária e restritivas de direitos que encontram paralelo na esfera penal. (...)

Em outras palavras, a responsabilidade nos processos dos tribunais de contas se origina de conduta comissiva ou omissiva do agente, dolosa ou culposa, cujo resultado seja a violação dos deveres impostos pelo regime de direito público aplicável àqueles que administram recursos do Estado ou ainda aos que, sem deter essa condição, causarem prejuízo aos cofres públicos.

Por expressa disposição legal, incumbe ao conveniente provar que utilizou recursos públicos adequadamente. O art. 93 do Decreto-lei nº 200/67 determina que ‘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’. No caso concreto, o responsável descuroou o dever de comprovar a aplicação dos recursos conforme o plano de trabalho do convênio, visto que foi constatada a execução parcial e inexecução das unidades sanitárias pactuadas. Portanto, pode-se afirmar que agiu com culpa.”

14. No presente caso, resta cabalmente demonstrada a responsabilidade subjetiva do recorrente e sua culpa. Eis o que consta na análise da unidade técnica:

“7.4. As dificuldades originárias de rivalidade política para obtenção da documentação não podem impedir o cumprimento do dever de prestar contas.

7.5. O recorrente alega que por diferenças e rivalidades políticas com a administração do município, não lhe foi possível obter a documentação comprobatória da aplicação dos recursos públicos federais sob sua responsabilidade.

7.6. As dificuldades na obtenção dos documentos, derivadas de ordem política ou de eventual cerceamento de defesa, se não resolvidas com a administração municipal, devem, por meio de ação apropriada ao caso, ser levadas ao conhecimento do Poder Judiciário. Não cabe ao TCU garantir ao responsável o acesso à referida documentação. É nesse sentido a jurisprudência desta Corte, como se observa nos Acórdãos 21/2002 - 1ª Câmara, 115/2007 - 2ª Câmara e 1322/2007 - Plenário.

7.7. Ademais, ao receber os recursos, o recorrente tinha ciência de que precisaria prestar contas, razão pela qual deveria ter se precavido. Nesse sentido, poderia ter mantido a documentação pertinente para tanto em seu poder ou ter prestado as contas de forma adequada até a data em que

esteve à frente da municipalidade.

7.8. Assim, como as dificuldades originárias de rivalidade política não podem impedir o cumprimento do dever constitucional e legal de prestar contas, o pleito do recorrente não pode prosperar, já que não se trata de caso fortuito ou força maior.

7.9. Importante também considerar que a decisão judicial colacionada aos autos pelo recorrente não o socorre. Isto porque a não identificação do responsável pelo desaparecimento da documentação não o isenta da responsabilidade de apresentação da prestação de contas bem como da guarda da documentação referente à comprovação das despesas realizadas com os recursos federais geridos. Essas atitudes que resguardariam o interesse público poderiam ter sido tomadas ainda em sua gestão. Contudo, assim não o fez.

7.10. Tem-se, ainda, que o fato fortuito que impossibilite materialmente a prestação de contas deve ser demonstrado por laudos oficiais ou documentos periciais emitidos por órgão oficial que evidencie o momento e o alcance de suposto sinistro (Acórdão 7482/2014 - TCU - 1ª Câmara).

7.11. Ademais, o agente responde pela impossibilidade de apresentar documentação probatória da regular aplicação dos recursos públicos em razão de ocorrência de caso fortuito ou de força maior, se o suposto evento impeditivo tenha acontecido quando o responsável já estava em atraso no dever que lhe competia, a teor do disposto no art. 399 do Código Civil.

7.12. Dessa forma, não há como considerar a ocorrência de caso fortuito ou força maior no presente caso em concreto, tendo em vista que a vigência do Convênio 761/2008 ocorreu em seu mandato (2005-2008) e a alegação do extravio de documentos seria posterior a esse período. (...)

7.14. Contudo, o recorrente não atuou como esperado do gestor médio em defesa do interesse público quando detinha acesso a todos os documentos necessários à prestação de contas ainda no âmbito do seu mandato, quando poderia ter guardado a documentação diante da obrigação de prestar contas que recai não somente ao gestor da data do fim da prestação de contas, mas principalmente sobre aquele que geriu os recursos. Nesse sentido, não cabe alegar neste momento caso fortuito ou força maior.

7.15. Note-se que o prefeito sucessor acautelou-se ao verificar a ausência de documentação comprobatória da gestão de recursos federais repassados e integralmente geridos pelo seu antecessor. Ao se precaver judicialmente, afastou a aplicação da Súmula 230/TCU, conforme parecer do Ministério Público junto ao TCU de peça 24. Esse entendimento não é passível de extensão ao recorrente, pois ele geriu integralmente os recursos em seu mandato, o que possibilita a guarda de documentação para adequada e suficiente prestação de contas. Mas, assim não procedeu, o que impõe a manutenção da sua condenação.

7.16. Atente-se que a não comprovação judicial da autoria pelo desaparecimento da documentação não isenta o recorrente, ex-prefeito, da responsabilidade de prestar contas dos recursos por ele geridos durante o seu mandato.

7.17. Ademais, por força do que dispõe o art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, bem assim o art. 93 do Decreto-lei 200/1967 c/c o art. 66 do Decreto 93.872/1986, compete ao gestor comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos, isto é, cabe ao gestor o ônus da prova, daí decorre a inaplicabilidade ao presente caso do princípio da presunção de inocência. O Tribunal firmou jurisprudência nesse sentido, conforme se verifica nos acórdãos 903/2007-1ª Câmara, 1445/2007-2ª Câmara e 1656/2006-Plenário.

7.18. Tal entendimento é confirmado pelo Supremo Tribunal Federal em decisão proferida em sede de Mandado de Segurança (MS 20.335/DF, Relator Ministro Moreira Alves), cuja ementa da deliberação vem transcrita a seguir (grifos acrescidos):

‘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'

7.19. Dessa forma, não é possível declarar as presentes contas iliquidáveis, devendo ser mantidos o débito e multa cominados pela decisão recorrida.”

15. Resta claro, então, que sua responsabilidade subjetiva foi devidamente tratada na deliberação ora embargada.

16. Assim, concluo que as razões recursais foram analisadas no recurso de revisão e todas as questões foram decididas, não caracterizando qualquer contradição ou omissão o fato de não terem sido adotadas as teses e interpretações preferidas pelo embargante.

17. Inexistindo quaisquer vícios a serem sanadas nos autos, deve ser negado provimento aos presentes embargos.

18. Ante o exposto, voto no sentido de que seja aprovado o Acórdão que ora submeto à deliberação deste colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 11 de outubro de 2016.

Ministro BRUNO DANTAS
Relator