

GRUPO II – CLASSE I – 2ª Câmara

TC 033.513/2016-3

Natureza: Embargos de Declaração (Tomada de Contas Especial).

Unidade: Fundação Universidade do Amazonas.

Embargante: Fundação de Apoio Institucional Rio Solimões (CNPJ 02.806.229/0001-43).

Representação legal: Rubenito Cardoso da Silva Junior (OAB/AM 4.947) e outros representando Fundação de Apoio Institucional Rio Solimões; Fábio Nunes Bandeira de Melo (OAB/AM 4.331) e outros representando Almir Liberato da Silva; Saul Rogério Ramo de Athayde (OAB/AM 3.264) e outros representando Miguel Ângelo da Silva; Bruno Giotto Gavinho Frota (OAB/AM 4.514) representando José de Castro Correia.

SUMÁRIO: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SUPOSTAS OMISSÕES E OBSCURIDADES. INEXISTÊNCIA. TENTATIVA DE REDISCUSSÃO DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO. CIÊNCIA.

RELATÓRIO

Estes embargos de declaração foram opostos pela Fundação de Apoio Institucional Rio Solimões - Unisol e por Almir Liberato da Silva, ex-dirigente da entidade, contra o acórdão 7.182/2018-2ª Câmara, que apreciou tomada de contas especial instaurada contra a instituição e seus dirigentes e os condenou, na medida das responsabilidades individuais, em débito superior a R\$ 11 milhões, além de lhes aplicar multas individuais.

2. A seguir, transcrevo excerto das contestações apresentadas pela Unisol:

“III. ii – DO CABIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM A FINALIDADE DE PREQUESTIONAR DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL E DE AFASTAR PONTOS RELEVANTES CAPAZES DE ALTERAR O JULGADO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF

As Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal consignam a necessidade de prequestionamento explícito da questão constitucional não apreciada no decisum recorrido.

Leiam-se:

Súmula 282

É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

Súmula 356

O ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

Confira-se, ainda, jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, nesse sentido:

Está-se diante de conflito de interesse que tem solução final no âmbito do Tribunal local. A par desse aspecto, não foram examinados, na origem, os preceitos constitucionais tidos por violados, padecendo o recurso da ausência do prequestionamento. Atendem não para o apego à literalidade do verbete 356 da Súmula do Supremo, mas para a razão de ser do prequestionamento e, mais ainda, para o teor do verbete 282 da referida Súmula. O instituto do prequestionamento significa o debate e a decisão prévios do tema jurídico constante das razões apresentadas. Se o ato impugnado nada contém sobre o que versado no recurso, descabe assentar o enquadramento deste no permissivo constitucional. (...) Descabe articular com a aplicação do artigo 1.025 do Código de Processo Civil de 2015, ante o momento de formalização do extraordinário, ainda sob regência do anterior diploma processual. [AI 671865 AgR, rel. min. Marco Aurélio, red. p/o ac. min. Rosa Weber, 1ª T, j. 14-3-2017, DJE124 de 12-6-2017.]

Com efeito, procura-se demonstrar que o presente Recurso de Embargos de Declaração não possui caráter meramente protelatório, porém, visa, tão somente, o prequestionamento explícito de ponto omissis na decisão vergastada, relativamente à questão federal, motivo pelo qual, requer-se, desde logo, a não aplicação do art. 287, § 6º do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, *in verbis*:

Art. 287. Cabem embargos de declaração quando houver obscuridade, omissão ou contradição em acórdão do Tribunal

(...)

§ 6º Os embargos de declaração meramente protelatórios serão recebidos como petição, por meio de despacho do relator, não se lhes aplicando o disposto no § 3º deste artigo.

II. iii – DO PONTO RELEVANTE DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRESCRITIBILIDADE DA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL – TCE’S. ENTENDIMENTO RECENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. ART. 37, § 5º DA CF

Os Embargantes possuem pleno conhecimento de que os Tribunais não são obrigados a se manifestarem sobre todas as questões arguidas pelas partes, devendo, no entanto, examinar as questões relevantes ao deslinde do feito, sob pena de incorrer na negativa de prestação jurisdicional.

Ocorre que, um dos fundamentos do voto ora vergastado, consiste no que dispõem o art. 37, § 5º da Constituição Federal e a Súmula 282 do Tribunal de Contas da União, a seguir transcritos: Leia-se o art. 37, § 5º da Constituição Federal, *verbis*:

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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento. (grifos) Súmula TCU nº 282

As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis.

-se o exato trecho da decisão combatida, declarando que o art. 37, § 5º da Constituição Federal se aplica à Tomada de Contas Especial:

‘Por último, no que diz respeito à prescrição suscitada por um dos responsáveis, há de se registrar que as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra agentes causadores de danos ao erário, das quais a tomada de contas especial é espécie, são imprescritíveis, nos termos do art. 37, § 5º da Constituição Federal e da Súmula TCU 282.’

Ocorre que, o entendimento recente do Tribunal de Contas da União é no sentido de que a ressalva constante da parte final do § 5º do art. 37 da Constituição Federal, refere-se, tão somente, às ações judiciais, e não aos processos administrativos, dos quais a Tomada de Contas Especial – TCE é espécie.

Leia-se jurisprudência do próprio Tribunal de Contas da União, referindo-se à Tomada de Contas Especial como processo administrativo:

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 25.115.001.813/2005-73 – FUNASA. CONTRATOS COM EMPRESAS PRIVADAS. CITAÇÃO. REVELIA. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. (TCU 01861320095, Relator: JOSÉ JORGE, Data de Julgamento: 01/06/2010)

A seguir, jurisprudência recente da Primeira Câmara do Tribunal de Contas da União, no sentido de que a Tomada de Contas Especial não é imprescritível, em escorreita interpretação ao art. 37, § 5º da Constituição Federal.

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL. CITAÇÃO. FALECIMENTO DE RESPONSÁVEL. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. HERDEIRO. TEMPESTIVIDADE. O INTERREGNO DE MAIS DE DEZ ANOS ENTRE A OCORRÊNCIA DOS FATOS E A NOTIFICAÇÃO DOS SUCESSORES E HERDEIROS DO RESPONSÁVEL INVIABILIZA O PLENO EXERCÍCIO DO DIREITO À AMPLA DEFESA, TENDO EM VISTA A DIFICULDADE DE SE RECONSTITUIR OS FATOS E DE SE OBTER OS DOCUMENTOS NECESSÁRIOS À COMPROVAÇÃO DA BOA E REGULAR APLICAÇÃO DOS RECURSOS. (TCU 01359320137, Relator: Vital do Rêgo, Data de Julgamento: 27/06/2017)

Conclusão: É extremamente que esta Egrégia Câmara enfrente a tese suscitada pelo Embargante, defendendo a inaplicabilidade do art. 37, § 5º da Constituição Federal, e Súmula TCU nº 282, tendo em vista que a Tomada de Contas Especial não se trata de ação judicial, mas, de procedimento administrativo, estando, portanto, sujeito às regras de prescrição.

II. iv – DA OBSCURIDADE. DECISÃO DETERMINANDO A REANÁLISE DO DÉBITO APÓS O EXAME TÉCNICO, AO TEMPO QUE, ATRIBUI A DÍVIDA DE R\$ 11.144.971,20 À EMBARGANTE, EM SOLIDARIEDADE COM OS SEUS DEVEDORES.

Observa-se que a decisão embargada reconheceu, em diversos momentos, a necessidade de reanálise do valor total do débito da Embargante e dos seus devedores solidários, conforme demonstrar-se-á, a seguir.

Ao examinar a defesa da Embargante Unisol, a decisão embargada declarou que:

‘13.3. Em relação às devoluções realizadas pela fundação, conforme demonstrativos apresentados nas alegações de defesa (peça 39, p. 67 e p. 145-147), condizentes com os extratos bancários dos convênios 19/2017 (peça 47, p. 18-110) e 46/2007 (peça 48, p. 9-130), será realizada uma nova análise do valor total do débito da fundação e dos seus devedores solidários ao fim deste exame técnico.’ (grifos)

O réu Almir Liberato da Silva alegou em sua defesa, que a unidade técnica se equivocou ao realizar os cálculos das transferências realizadas nos convênios impugnados, conforme bem ressaltou a decisão ora combatida, no item 14.5., senão vejamos: ‘Afirma que a unidade técnica se equivocou quanto aos valores das transferências realizadas, uma vez que o relatório aponta R\$ 4.928.607,03 de transferências relativas ao Convênio 19/2007 e R\$ 12.326.365,47 relativas ao Convênio 46/2007, quando, na realidade, foram R\$ 7.900.000,00 para o Convênio 19/2007 e R\$ 7.938.000,00 para o Convênio 46/2007.’

Posteriormente, no item 15.2 da decisão vergastada, foi novamente declarada a necessidade de realização de um novo cálculo do débito. Confira-se:

‘15.2. Conforme no item 13.3. desta instrução, uma nova análise do débito dos responsáveis será realizada ao fim deste exame técnico, considerando as devoluções já realizadas.’ (grifei)

Com efeito, muito embora a decisão impugnada tenha seguido a linha de raciocínio de que os cálculos apresentados pela unidade técnica deveriam ser reformulados, em aparente acolhimento da tese do réu Almir Liberato, curiosamente, o dispositivo da indigitada decisão atribuiu os seguintes débitos subsistentes aos réus, todos em solidariedade com a Embargante:

- R\$ 10.212.745,81 (dez milhões, duzentos e doze mil, setecentos e quarenta e cinco reais e oitenta e um centavos) contra Almir Liberato da Silva;

- R\$ 921.000,00 (novecentos e vinte e um mil reais) em desfavor de Luiz Irapuan Pinheiro;

- R\$ 11.225,44 (onze mil, duzentos e vinte e cinco reais e quarenta e quatro centavos) ao réu José de Castro Correia;

Não obstante, ainda propôs multas individuais aos referidos senhores, bem como à Embargante, na quantia correspondente a R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Conclusão: é altamente relevante que se esclareça a obscuridade apontada na decisão objurgada, a qual declarou que o cálculo inicial apresentado pela unidade técnica devia ser refeito, ante à sua discrepância com as provas constantes dos autos, ao tempo em que, atribuiu aos réus, em solidariedade com a fundação Embargante, os débitos subsistentes de R\$ 10.212.745,81 (dez milhões, duzentos e doze mil, setecentos e quarenta e cinco reais e oitenta e um centavos) contra Almir Liberato da Silva; R\$ 921.000,00 (novecentos e vinte e um mil reais) em desfavor de Luiz Irapuan Pinheiro e R\$ 11.225,44 (onze mil, duzentos e vinte e cinco reais e quarenta e quatro centavos) ao réu José de Castro Correia.

II. v – DA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NO ITEM 15.1 DA DECISÃO OBJURGADA. VIOLAÇÃO AO ART. 93, IX DA CF/88

Art. 93 da Constituição Federal:

(...)

IX Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)

A decisão embargada relatou, no item 14.1, a tese do réu Almir Liberato, conforme a seguir:

‘Alega que teria ocorrido a prescrição, pois os Convênios 19/2007 e 46/2007 foram firmados em 2007 e o responsável apenas recebeu a citação em 2017, ou seja, teria passado um transcurso de tempo de aproximadamente dez anos, razão pela qual, requer o reconhecimento da prescrição administrativa da pretensão de eventual ressarcimento ao erário e de aplicação de penalidades ao gestor.’

Ocorre que, em suas razões, a decisão ora impugnada limitou-se a declarar, no item 15.1, que ‘a alegação de prescrição não prospera, pois o TCU apenas considera a prescrição da pretensão punitiva quando transcorridos dez anos entre a ocorrência do fato gerador e o ato que ordenou a citação do responsável, critério não presente no caso em análise. Ainda que tal critério tivesse sido atendido, tal prescrição apenas se daria em relação à possibilidade de aplicação de multa, não em relação ao débito verificado, uma vez que o dever de reparar dano ao erário é imprescritível.’

Conclusão: É de suma importância que se esclareça em qual dispositivo legal esse entendimento é baseado, sob pena de flagrante violação ao artigo 93, IX da CF/88.

Impende ainda ressaltar, por fim, que a importância de esclarecimento de algumas teses suscitadas pelo réu Almir Liberato da Silva reside no fato de o referido senhor ter sido condenado em solidariedade com a Fundação de Apoio Institucional Rio Solimões, ora Embargante.

III. DO PEDIDO

POR TODO EXPOSTO, requer-se que a Vossa Excelência que conheça dos presentes Embargos de Declaração, eis que tempestivos e cabíveis à espécie, com fulcro no art. 287 do Regimento Interno do TCU, prequestionando-se:

- a aplicabilidade do art. 37, § 5º da Constituição Federal, e Súmula TCU nº 282, ao procedimento administrativo de Tomada de Contas Especial, o qual não é considerado ação judicial, conforme entendimento jurisprudencial recente da Primeira Câmara do TCU;

- a obscuridade apontada na decisão objurgada, a qual declarou que o cálculo inicial apresentado pela unidade técnica devia ser refeito, ao tempo em que, atribuiu aos réus, em solidariedade com a Embargante, os débitos subsistentes de R\$ 10.212.745,81 (dez milhões, duzentos e doze mil, setecentos e quarenta e cinco reais e oitenta e um centavos); R\$ 921.000,00 (novecentos e vinte e um mil reais) e R\$ 11.225,44 (onze mil, duzentos e vinte e cinco reais e quarenta e quatro centavos);

- em qual dispositivo legal esse entendimento é baseado, sob pena de flagrante violação ao artigo 93, IX da CF/88.”

3. O responsável Almir Liberato da Silva, ex-dirigente da entidade, apresentou seu recurso nos termos sintetizados a seguir (peça 79):

“(…)

Com a devida vênia, a partir da análise detida do voto que ensejou o acórdão embargado, pode-se constatar a ocorrência de omissão quanto à análise de todos os argumentos de defesa apresentados pelo Embargante e a individualização de sua conduta, razão pela qual os presentes embargos de declaração constituem o instrumento recursal necessário a suprir eventual falha.

3. DO CABIMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

(…)

No caso em comento, observa-se que a decisão embargada incorreu em omissão, conforme se verá adiante, uma vez que existe certa dissintonia entre os fundamentos colacionados no voto e a parte dispositiva do decisor, os quais, uma vez aclarados, certamente podem mudar os rumos do julgamento.

Sendo assim, comprovados os requisitos de tempestividade e legitimidade, não restam dúvidas acerca do cabimento do presente instrumento recursal, razão pela qual se conclui que os embargos de declaração com efeitos modificativos mostram-se meio adequado e eficaz para a reforma do acórdão e a consequente aprovação das contas do Embargante, com a exclusão da glosa e da multa aplicadas.

4. O MÉRITO

4.1. OMISSÃO

Utilizando-se o Código de Processo Civil de forma subsidiária e complementar ao processo administrativo, conforme previsto no artigo 15 do Novo CPC, constata-se a omissão da decisão quando esta apresenta fundamentação deficiente ou inexistente (art. 1.022, parágrafo único, II, c/ c art. 489, § 1º, ambos do CPC/2015).

No caso em tela, verifica-se omissão na fundamentação do Voto da Tomada de Contas em razão de (I) não ter enfrentado todos os argumentos de defesa alegados pelo Embargante e (II) ausência de critério para balizar o valor da multa aplicada.

O Acórdão nº 7182/2018-TCU-2ª Câmara, ora embargado, julgou IRREGULARES as contas do Sr. Almir Liberato da Silva e de mais dois gestores da Unisol, com imputação de débito e aplicação de penalidades individuais de multa.

Em relação ao Embargante, insta ressaltar que o Sr. Almir Liberato da Silva foi dirigente da referida Fundação de 13/07/2009 até 24/06/2014 e foi condenado, solidariamente à Fundação de Apoio Institucional Rio Solimões, ao ressarcimento do montante atualizado e acrescido de juros no total de R\$ 18.005.322,28, além da aplicação de multa no valor de R\$ 90.000,00, mesmo com a juntada de vasta documentação e esclarecimentos em sede de defesa.

(...)

Em que pese os apontados do Voto, deve-se destacar que o Embargante deixou o mais claro possível em sua defesa que, embora tivesse ocorrido desvio do objeto, a aplicação dos recursos provenientes dos Convênios nº 19 /2007 e nº 46/2007 obedeceram a finalidade pactuada, respeitando o fim social a que se destinavam, tendo sido utilizados para os próprios programas e projetos da UFAM.

Para isso, foi desenvolvido um tópico específico na defesa em que foi explicada a diferença entre o ‘desvio de finalidade’ e o ‘desvio de objeto’, além de terem sido juntados diversos documentos capazes de comprovar que não houve desvio de recursos públicos nem prática de qualquer ato ilícito pelo Sr. Almir Liberato da Silva.

Ao final das alegações de defesa, ainda foi pedido que, caso nenhum dos pedidos formulados fosse atendido, houvesse a correção dos valores a serem comprovados durante a instrução nos presentes autos, com a visita *in loco* na Fundação UNISOL, ou o pedido de documentos à UNISOL, que comprovassem a relação especificada na planilha acostada no DOC. 06 da defesa.

Todavia, tais argumentos/ pedidos não foram apreciados no Voto, posto que prevaleceu o entendimento de que o mais ‘correto’ seria determinar que apenas um dos quatro dirigentes arrolados na presente Tomada de Contas Especial fosse condenado, em solidariedade com a UNISOL, à devolução de um montante atualizado de R\$ 18.005.322,28, exorbitantemente superior ao suposto débito que caberia ao Embargante, qual seja, R\$ 10.212.745,81.

Acerca disso, faz-se mister salientar que não é razoável presumir a ocorrência de dano ao erário por considerar os argumentos insuficientes, haja vista que o dano deve ser comprovado, tampouco concluir pela ausência de boa-fé, uma vez que a presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova.

Nessa esteira, vale colacionar a dicção do art. 209, incisos II, III e § 5º, do Regimento Interno desta Corte de Contas, utilizado para fundamentar a condenação em glosa solidariamente entre os responsáveis, transcrito abaixo:

(...)

Como pode se verificar no dispositivo supratranscrito, nas hipóteses em que o Tribunal julgar as contas irregulares, faz-se necessária a fixação da responsabilidade de cada parte, ainda que seja solidariamente, a fim de delimitar a participação de cada um para a ocorrência do suposto dano ao erário, o qual também precisa ser comprovado.

Ainda que a previsão de obrigatoriedade em ‘enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador’ esteja disposto no art. 489, § 1º, inciso IV, do CPC, deve-se destacar que as normas do Código de Processo Civil aplicam-se subsidiariamente a esta Corte de Contas, conforme previsão do art. 298 do Regimento Interno do TCU, *in verbis*:

(...)

À vista disso, obstaculizou-se a função endoprocessual da motivação das decisões, pois, segundo Fredie Didier Jr. (2017, p. 357):

A FUNDAMENTAÇÃO PERMITE QUE AS PARTES, CONHECENDO AS RAZÕES QUE FORMARAM O CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO, POSSAM SABER SE FOI FEITA UMA ANÁLISE APURADA DA CAUSA, A FIM DE CONTROLAR A DECISÃO POR MEIO DOS RECURSOS CABÍVEIS BEM COMO PARA QUE OS JUÍZES DE HIERARQUIA SUPERIOR TENHAM SUBSÍDIOS PARA REFORMAR OU MANTER ESSA DECISÃO.

Ademais, verifica-se que o modo como se expõe tal ‘fundamentação’ também induz a ideia de utilização de motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão, algo vedado pelo inciso III do art. 489, § 1º do CPC/2015.

Sendo assim, pode-se inferir que o Voto que ensejou o acórdão embargado incorreu em grave omissão ao não ter analisado todos os argumentos de defesa apresentados pelo Embargante, razão pela qual faz jus ao saneamento, sob pena de prejudicar a parte ao cercear sua defesa.

Além disso, verifica-se a aplicação de multa individual ao Embargante, no montante de R\$ 90.000,00, sem a devida demonstração dos critérios para a dosimetria da pena, configurando clara omissão de

fundamentação, uma vez que a conduta e as justificativas de cada responsável foram aplicadas de forma separada (por tópicos).

Sobre isso, a penalidade de multa foi aplicada com base no art. 57 da Lei Orgânica do TCU (Lei 8.443/ 1992), a seguir transcrito:

(...)

Embora a aplicação de multa pela Corte de Contas seja considerada ato discricionário, a fixação do valor da penalidade de multa não pode vir desprovida de justificativa.

A discricionariedade do ato não desobriga o julgador de apresentar os motivos que o levaram a tomar a decisão, mormente quando se refere à dosimetria da pena.

Impende ressaltar que a análise quanto à escoreita proporcionalidade entre a sanção e à reprovabilidade da conduta do agente só é possível se estiverem presentes os critérios utilizados no arbitramento do valor da multa, sob pena desta se tornar arbitrária e não cumprir com seu mister pedagógico e/ ou punitivo.

Sem a devida explicitação dos motivos, toma-se extremamente difícil sindicá-lo, sopesar, ou aferir a correção daquilo que foi decidido. Sem a motivação, fica frustrado ou, pelo menos, prejudicado o direito de recorrer.

Portanto, não basta que a autoridade invoque um determinado dispositivo legal como supedâneo de sua decisão; é essencial que aponte os fatos, as inferências feitas e os parâmetros da graduação da multa.

A necessidade de motivação dos atos administrativos resulta do princípio democrático e da regra do devido processo legal, porque indispensável ao convencimento do cidadão e ao consenso em torno da atividade administrativa.

Outro ponto omissos da respeitada Decisão, consiste na ausência de fundamentação acerca do atendimento completo do objeto do Convênio n. 19/2007, conforme mencionado às 30 a 31 da Defesa do Embargante.

A unidade técnica assim se pronunciou sobre a defesa do embargante, acerca da execução dos convênios:

15.3. PORÉM, AO CONTRÁRIO DO QUE SOLICITA O RESPONSÁVEL, A PLENA EXECUÇÃO DO CONVÊNIO 19/2007 NÃO AFASTA OS VALORES NÃO COMPROVADAMENTE UTILIZADOS EM SUA EXECUÇÃO, UMA VEZ QUE OS VALORES PRECISAM TER SIDO INTEGRALMENTE APLICADOS NO CONVÊNIO E, CASO TENHA SIDO POSSÍVEL EXECUTÁ-LO COM MENOS RECURSOS, O SALDO DEVE SER RESSARCIDO.

15.4. A IRREGULARIDADE IMPUTADA AO RESPONSÁVEL NÃO SE REFERE À INEXECUÇÃO DO OBJETO DOS CONVÊNIOS 19/2007 E 46/2007, MAS À TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS PARA CONTA NÃO VINCULADA AOS AJUSTES, O QUE IMPOSSIBILITA A VERIFICAÇÃO DO NEXO CAUSAL DA APLICAÇÃO DOS RECURSOS.

Pois bem, ficou claro que não se discute nesses autos a execução dos objetos. Esse ponto merece destaque, uma vez que, embora tenham ocorridos repasses justificados a outros projetos da UFAM, o objeto do convênio foi atendido, não restando prejuízo à sua execução.

Contudo, nota-se que os valores despendidos com a execução do objeto não foram corretamente observados nos cálculos da unidade técnica, que por diversas vezes mencionou a necessidade de realização do RECÁLCULO, sem, contudo, apresentar qualquer análise dos valores indicados como débito.

Outro ponto em que houve omissão acerca da fundamentação consiste no seguinte trecho da análise da unidade técnica, que fora acolhido pelo respeitado Voto da Relatoria:

15.7. NO CASO EM ANÁLISE, NÃO É POSSÍVEL FALAR EM CONVALIDAÇÃO, UMA VEZ QUE TAL INSTRUMENTO SE DESTINA A CORRIGIR OS DEFEITOS DE UM ATO ADMINISTRATIVO PARA QUE ESTE CONTINUE PRODUZINDO EFEITOS JURÍDICOS, O QUE NÃO TEM A MENOR RELAÇÃO COM A IRREGULARIDADE ANALISADA.

15.8. O QUE OCORREU NO PRESENTE CASO NÃO SE TRATA DE MERO DESVIO DE OBJETO, POIS OS RECURSOS RETIRADOS DA CONTA BANCÁRIA ESPECÍFICA FORAM APLICADOS EM FINALIDADE COMPLETAMENTE DIVERSA DA ESTIPULADA NO TERMO DE CONVÊNIO.

Excelência, notadamente houve sério equívoco na análise das razões de defesa do embargante, principalmente no que diz respeito ao desvio de objeto.

A adoção de medidas que contemplem outros projetos relacionados à mesma área do ente público, no caso da UF AM, consiste em desvio de objeto e não de finalidade.

Em outros termos, o desvio de finalidade não consiste em aplicação de recursos em ‘finalidade’ (objetivo) diverso da estipulada no termo de convênio, essa distinção merece total deferência, e para tanto se adota o entendimento desta Egrégia Corte, no Acórdão n. 1584/2015 -2ª Câmara, conforme destaque do Voto:

10. DEMONSTROU-SE, NOS AUTOS, QUE A TOTALIDADE DESSES RECURSOS FOI REVERTIDA EM BENEFÍCIO DO MUNICÍPIO, SEJA PARA COMPRA DE MEDICAMENTOS, SEJA PARA PAGAMENTO DE PROFISSIONAIS NA ÁREA DE SAÚDE. DEIXO, CONTUDO, DE APLICAR OS DITAMES DA DECISÃO NORMATIVA TCU 57/ 2004, QUE EM CASOS ANÁLOGOS PERMITIRIA A CONDENAÇÃO DE ENTES PÚBLICOS, SOLIDARIAMENTE COM O AGENTE PÚBLICO RESPONSÁVEL PELA IRREGULARIDADE, EM RAZÃO DE QUE, NO CASO CONCRETO, AMOLDA-SE O EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE DAQUELE MUNICÍPIO, PORQUANTO AS DESPESAS IMPUGNADAS FORAM REALIZADA COM DESVIO DE OBJETO (NA MESMA ÁREA DE GOVERNO) E NÃO DESVIO DE FINALIDADE (DIFERENTES ÁREAS DE GOVERNO).

11. TRANSCREVO TRECHO DA INSTRUÇÃO DE MÉRITO DA UNIDADE TÉCNICA QUE ABORDA COM CLAREZA A DISTINÇÃO ENTRE O DESVIO DE FINALIDADE E O DESVIO DE OBJETO (PEÇA 43, FL. 12): 21.10. CABE, AGORA, ANALISAR SE O QUE OCORREU FOI O DESVIO DE FINALIDADE OU DESVIO DE OBJETO, E SE HÁ OUTROS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE DO ENTE PÚBLICO. O DESVIO DE FINALIDADE É CONSIDERADO QUANDO SE EXECUTA AÇÕES DIFERENTES DAS PREVISTAS NO PLANO DE TRABALHO E EM DIFERENTES ÁREAS DE GOVERNO. UM EXEMPLO COMUM É O REPASSE DE RECURSOS PARA A COMPRA DE UM ÔNIBUS ESCOLAR, MAS O MUNICÍPIO ADQUIRE UMA AMBULÂNCIA. JÁ NA CARACTERIZAÇÃO DO DESVIO DE OBJETO, AS AÇÕES TAMBÉM SÃO DIFERENTES DO PLANO DE TRABALHO, MAS NA MESMA ÁREA DE GOVERNO. (GRIFOS NOSSOS)

Portanto, o desvio de objeto, que causa a excludente de responsabilidade, consiste em ações que embora diferentes do plano de trabalho, foram feitas na mesma área de governo, exatamente o caso desses autos. Sobre esse ponto, deve se reconhecer a ausência de fundamentação, que inclusive contradiz o entendimento dessa honorável Corte, conforme mencionado.

Consta ainda, na análise da unidade técnica outra importante ressalva que também afasta a responsabilidade do ex-gestor para a devolução dos valores, conforme trecho em destaque do Relatório:

15.10. ASSIM, AINDA QUE NÃO SE VISLUMBRE A APROPRIAÇÃO INDEVIDA, OCORREU, SIM, DANO AO ERÁRIO, NA MEDIDA EM QUE FORAM RETIRADOS RECURSOS DAS CONTAS DOS CONVÊNIOS PARA FINALIDADE DIVERSA DA PACTUADA. ASSIM, PERMANECE O DÉBITO IMPUTADO AO RESPONSÁVEL, PORÉM, COMO DITO NO ITEM 15.2, O DÉBITO SERÁ RECALCULADO, CONSIDERANDO AS DEVOLUÇÕES JÁ REALIZADAS.

Douto Relator, a própria unidade técnica destaca que não houve apropriação indevida por parte do ex-gestor, o que já demonstra, data máxima vênua, a necessidade de aplicar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade na fundamentação deste julgado, uma vez que não há que se falar em dano ao erário, ante a inexistência de qualquer ato de malversação de recursos públicos, má-fé, dolo, nem apropriação indébita por parte do Embargante, tendo todos os valores apontados pela unidade técnica sido revertido à projetos e ações da UFAM, restando, portanto, configurada a excludente de responsabilidade, ponto que não foi devidamente fundamentado na decisão em voga.

Nesse sentido, a fundamentação do Voto em comento não vinculou as supostas irregularidades aos dispositivos legais supostamente infringidos, tampouco demonstrou os critérios utilizados para o cálculo do montante final da penalidade de multa aplicada ao Embargante, incorrendo, portanto, em omissão.

5. OS EFEITOS INFRINGENTES

Aferindo-se a presença dos vícios enumerados pelos embargos de declaração, deverá o julgador, em determinadas situações, reabrir o julgamento para modificar a decisão anteriormente proferida, uma vez que, nestes casos, a correção da falha repercute sobre o julgamento como um todo, haja vista que a modificação de algum ponto do decisum, afeta direta ou reflexamente todo o teor da decisão, pelo acréscimo da manifestação que nela faltava.

É por este motivo que os embargos de declaração, em determinadas situações, necessariamente têm a força e o efeito de modificar o julgamento anteriormente proferido, sob pena de impossibilitar sua execução.

O próprio Regimento Interno do TCU prevê a possibilidade de os embargos declaratórios possuírem efeitos modificativos, conforme pode-se observar pela redação do art. 287, § 7º, *in verbis*:

(...)

Nessa esteira, seguem ementas de alguns julgados proferidos pelo sistema judicial pátrio acerca dos efeitos modificativos dos embargos de declaração, *in verbis*:

(...)

Nessa esteira, seguem ementas de alguns julgados proferidos pelo sistema judicial pátrio acerca dos efeitos modificativos dos embargos de declaração, *in verbis*:

(...)

Na realidade, ao imprimir os efeitos infringentes aos embargos de declaração, o julgador comprova a inexistência de vaidade em reconhecer a ocorrência eventuais contradições, omissões ou obscuridades em seus decisórios.

A este respeito, interessante o ensinamento do ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça, Washington Bolívar de Brito:

‘(...) NÃO DEVE O JUIZ TER PEJO DE CONFESSAR QUE ERROU, EM QUALQUER CIRCUNSTÂNCIA E, MUITO ESPECIALMENTE, QUANDO AINDA HÁ TEMPO DE CORRIGIR-SE E CORRIGIR. POIS AQUELE QUE RECONHECE O SEU ERRO DEMONSTRA QUE É MAIS SÁBIO HOJE, QUANDO O CORRIGE, DO QUE ONTEM, QUANDO O PRATICOU’.

No caso em questão, conforme já mencionado, observa-se que a decisão proferida padece de vício de fundamentação, visto que não se vislumbra a individualização da conduta e delimitação do montante ainda não comprovadamente devolvido pelo Embargante, não sendo razoável a condenação ressarcimento quando nem todos os pontos alegados na defesa foram devidamente rebatidos pelo Voto.

Além disso, conforme já mencionado, não se identifica os critérios utilizados para a dosimetria da penalidade de multa, visto que o art. 57 da Lei Orgânica do TCU confere a possibilidade de ser aplicada em valor inferior, devido de até 100% do valor atualizado do suposto dano ao erário.

Identificando a efetiva ocorrência de omissão, pode - e deve - o órgão julgador, uma vez provocado pela via dos embargos de declaração, solver a questão da forma mais justa e adequada à realidade existente, emprestando efeitos modificativos ao instrumento recursal.

Nesse sentido, segue julgado desta Corte Federal de Contas, que deu provimento parcial a Embargos de Declaração, com o escopo de reduzir a multa aplicada, conforme se verifica:

(...)

Sendo assim, aclarados os vícios da decisão rechaçada, requer sejam impressos os efeitos infringentes aos presentes embargos de declaração, a fim de que todos os pontos alegados em sede de alegações de defesa sejam apreciados por esta Corte de Contas e, por conseguinte, seja reformada a decisão embargada, no sentido de excluir as penalidades de ressarcimento e multa aplicadas ao Embargante, com o consequente julgamento pela regularidade das suas contas, ainda que com ressalvas.

6. OS PEDIDOS

Ante todo o exposto, requer a Vossa Excelência:

a) Sejam os presentes Embargos de Declaração CONHECIDOS, nos efeitos devolutivo e suspensivo, na forma do art. 287 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União;

b) Sejam PROVIDOS os presentes aclaratórios, com vistas a sanar as omissões indicadas por este instrumento recursal, de modo que todos os pontos suscitados em sede de alegações de defesa sejam apreciados por esta Corte de Contas, em atendimento ao disposto no art. 489, § 1º, mc1so IV, do CPC, aplicado subsidiariamente ao Tribunal de Contas da União, conforme art. 298 do Regimento Interno do TCU.

c) Requer, ainda, sejam aplicados os efeitos infringentes aos presentes embargos, de modo que, após sanadas as omissões, o acórdão embargado seja reformado e as penalidades de ressarcimento e multa aplicadas ao Embargante sejam excluídas, com o consequente julgamento pela regularidade das suas contas, ainda que com ressalvas, ante a inexistência de prova concreta de desvio de recursos públicos e da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo, antieconômico ou grave infração à norma legal ou regulamentar.

Por fim, requer que todas as publicações e intimações referentes ao feito sejam dirigidas aos advogados Fábio Nunes Bandeira de Melo, inscrito na OAB/AM sob o nº 4.331 e Bruno Vieira da Rocha Barbirato, inscrito na OAB/AM sob o nº 6.975, ambos com escritório profissional localizado na Rua dos



Angelins, nº 285, Conjunto Kyssia, Bairro Dom Pedro, CEP 69.040-230, sob pena de nulidade dos atos posteriores à juntada do mencionado instrumento procuratório.”

É o relatório.