

GRUPO II – CLASSE II – 2ª Câmara

TC 006.124/2016-0

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

Entidade: Município de Solânea – PB

Responsável: Francisco de Assis de Melo (CPF 141.958.104-00)

Interessado: Ministério do Turismo

Representação legal: Marcos Antônio Souto Maior Filho (13338-B/OAB-PB) e outros, representando Francisco de Assis de Melo.

SUMÁRIO: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO PROFERIDO EM PROCESSO DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO. MINISTÉRIO DO TURISMO (MTUR). PROJETO “FESTA DE SÃO JOÃO”. IRREGULARIDADE NA EXECUÇÃO FÍSICA. CITAÇÃO. REVELIA. ELEMENTOS PRESENTES NOS AUTOS INSUFICIENTES PARA COMPROVAR A BOA E REGULAR APLICAÇÃO DOS RECURSOS. IRREGULARIDADE DAS CONTAS. DÉBITO. MULTA. APRESENTAÇÃO FORA DO PRAZO LEGAL DE PEÇA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. CIÊNCIA AO RECORRENTE.

RELATÓRIO

Por meio do Acórdão 9.535/2019- TCU (Peça 19), a Segunda Câmara julgou irregulares as contas do Sr. Francisco de Assis de Melo, prefeito municipal de Solânea – PB, na gestão de 2009-2012, imputando-lhe débito no valor de histórico de R\$ R\$ 200.000,00 e multa no valor de R\$ 32.000,00.

2. Irresignado, o responsável opõe Embargos de Declaração, com pedido de efeito modificativo, e prequestionamento, arguindo existência de omissão, e contradição no Acórdão embargado, com fundamento nos argumentos abaixo transcritos:

“[...] DO CABIMENTO E DA TEMPESTIVIDADE.

Inicialmente, convém destacar que a oferta dos presentes embargos de declaração se fundamentam nos arts. 32 e 34 da Lei nº 8.443/1992, bem como art. 287 do Regimento Interno - TCU ante a existência de acórdão exarado pela 2ª Câmara deste Tribunal. Vejamos os fundamentos legais que permitem o cabimento:

Art. 32. De decisão proferida em **processo de tomada** ou prestação de contas cabem recursos de:

I - reconsideração;

II - embargos de declaração;

III - revisão.

Parágrafo único. Não se conhecerá de recurso interposto fora do prazo, salvo em razão da superveniência de fatos novos na forma prevista no Regimento Interno.

Art. 34. Cabem embargos de declaração para corrigir obscuridade, omissão ou contradição da decisão recorrida.

§ 1º Os embargos de declaração podem ser opostos por escrito pelo responsável ou interessado, ou pelo Ministério Público junto ao Tribunal, **dentro do prazo de dez dias**, contados na forma prevista no art. 30 desta Lei.

§ 2º Os embargos de declaração suspendem os prazos para cumprimento da decisão embargada e para interposição dos recursos previstos nos incisos I e III do art. 32 desta Lei.

Quanto à tempestividade, insta informar que o Embargante teve ciência do decisum embargado em 19/10/2019, conforme atesta o portal deste e. TCU. Assim sendo, o prazo fatal para oposição destes embargos de declaração é o dia 01/11/2019.

Portanto, os presentes embargos de declaração são cabíveis e tempestivos.

SÍNTESE DA DEMANDA.

Trata, a hipótese dos autos, de Tomada de Contas Especial – TCE instaurada pelo Ministério do Turismo – Mtur, em razão de supostas irregularidades na execução física do Convênio nº 0988/2010, Siafi/Siconv nº 739393 no valor de R\$ 208.500,00, sendo o valor de R\$ 200.000,00 repassados pelo Ministério Conveniente e o valor de R\$ 8.500,00 sendo a contrapartida do Município de Solânea. O objeto do referido convenio seria a realização do projeto turístico “Festa de São João”, conforme Plano de Trabalho devidamente aprovado e inserido no Siconv.

Ocorre que este Tribunal decidiu por considerar em suma: a) revel o aqui Embargante; b) julgar irregulares as suas contas, condená-lo ao pagamento de R\$ 200.000,00; c) aplicar ao Embargante a multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443/1992 c/c o art. 267 do Regimento Interno do TCU no valor de R\$ 32.000,00; d) autorizar a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações; entre outras medidas.

Diante deste quadro é que se oferta os presentes Embargos de Declaração da r. decisão prolatada pelo ilustre Ministro Dr. Aroldo Cedraz na condição de Relator.

DA REGULARIDADE DA PRÁTICA DOS ATOS DE GESTÃO NARRADOS NOS AUTOS.

Cumprir trazer à baila o trecho de conclusão do acórdão aqui embargado, in verbis:

“Diante da revelia do Sr. Francisco de Assis de Mel, ex-prefeito municipal na gestão de 2009-2012, e inexistindo nos autos elementos que permitam concluir pela ocorrência de boa-fé ou de outros excludentes de culpabilidade em sua conduta, propõe-se que suas contas sejam julgadas irregulares e condenado em débito com aplicação de multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443/1992”.

Quanto a conduta imputada ao ora peticionante (ex-Prefeito Municipal de Solânea), tem-se que o TCU teria chegado a esta conclusão unicamente em razão de “inexistindo nos autos elementos que permitam concluir pela ocorrência de boa-fé ou de outros excludentes de culpabilidade em sua conduta” (trecho extraído da página 06 do acórdão).

Ademais, em seu voto, o Ministro Relator informou que “não havendo nos autos elementos capazes de comprovar a boa e regular aplicação dos recursos repassados (...)” (Trecho extraído do Voto - item 04 – pág. 07).

Ora, simples leitura do trecho extraído do Acórdão ora atacado leva à inexorável conclusão de que as assertivas ali positivadas advieram de presunção e de afirmações que ferem de morte o consagrado princípio constitucional que estabelece que todos são inocentes até que se prove o contrário.

Com efeito, refere-se, aqui, ao Princípio da não-culpabilidade, princípio jurídico de ordem constitucional, aplicado ao direito penal, que estabelece o estado de Inocência como regra em relação ao acusado da prática de infração.

Em todos os tópicos tratados por este e. Tribunal de Contas da União, verifica-se claramente tratar-se de meras presunções, ilações ou suposições dos analistas, em especial no que toca ao item culpabilidade do ex-Prefeito.

Assim, ao final e por tudo o que se viu não se pode Imputar ao Ex-Prefeito conduta criminosa culposa (na forma de negligência) ou mesmo desidiosa, não se podendo lhe impingir no caso em exame qualquer modalidade de condenação. Mesmo porque não há qualquer comprovação nos autos.

Aliás, é neste sentido que tem se posicionado os nossos Tribunais, ao vedarem pretensões punitivas como a que vislumbramos nesta sede:

"Prova - Dúvidas acerca da efetiva participação do agente na prática do crime - Absolvição - Necessidade. "A absolvição é a melhor e mais justa solução que se apresenta se persistem dúvidas acerca da efetiva participação do agente na prática do crime, pois tais dúvidas devem ser interpretadas em seu favor, em atenção ao princípio in dubio pro reo". (TACRIM- SP - 10' c - AP- 109.1637/4 - ReI. Breno Guimarães. 1158/309).

"Não comprovado o engano, a maquinação, enfim, a fraude atribuídos a este para a prática do estelionato, é de rigor a absolvição, em face da incidência do princípio in dubio pro reo" - (TACRIM -SP -AP- ReI. Ribeiro dos Santos- RT -655/301).

Não se pode partir da premissa de culpabilidade do indivíduo para que só então o mesmo venha a tentar desconstituir a referida pecha. Na realidade precisaria existir constatação de irregularidades documentais, o que de fato não aconteceu. Os atos administrativos guardam a presunção de validade até que se prove em contrário.

Assim, inexistente na espécie lastro capaz de sustentar a condenação do Embargante, em que pese os entendimentos desta Corte terem conduzido a que o ex-prefeito tivesse suas contas julgadas irregulares, com aplicação de multa, o que se mostra deveras excessivo para que não praticou qualquer ilicitude.

Dessa forma, prejudicada está a responsabilização imputada ao ex-prefeito para pagamento dos valores descritos no Acórdão, pois, como já afirmado, não houve comprovação de irregularidades na execução do referido convênio. Pelo contrário, caso seja mantida a condenação nesse sentido, poderá configurar por parte da União enriquecimento ilícito, pois ao final de tudo foi o objeto do convenio efetuado/entregue.

DA AUSÊNCIA DOS ELEMENTOS QUE CARACTERIZAM A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A NECESSIDADE DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO.

Para alicerçar a possível condenação administrativa, necessário se faz que a imputação de tal ato se faça acompanhar das provas que demonstram ter agido o agente público, com vontade livre e consciente de buscar o resultado sabidamente ilícito, ou seja, é necessário que a acusação venha acompanhada da prova de existência de dolo na ação ou omissão do agente.

Pedro da Silva Dinamarco (DINAMARCO, Pedro da Silva. Ação Civil Pública. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 291), afirma que

“Ato lesivo é todo aquele portador de dano efetivo e concreto ao patrimônio de alguém. É preciso examinar o ato tal como ocorrido, tratando em seguida de saber se dele decorreu dano. Para se ter um ato lesivo e, portanto, indenizável, é necessário que ele já tenha causado dano. Logo, há que se deixar de lado exercício de futurologia. Aliás, em toda a disciplina da nulidade dos atos jurídicos em geral (privados ou públicos), o prejuízo concreto é que justifica a anulação (pás de nulité sans grieg). Daí o motivo para só caber a invalidação do ato ou o pedido de ressarcimento quando algum efetivo prejuízo existir. Se o ato se realizou e não causou prejuízo algum, ou se prejuízo algum foi provado (o que traz o mesmo resultado prático, pois quod non este in actis non est in mundo), a proclamação de eventual nulidade ou a procedência do pleito ressarcitório não tem lugar.”

Evidencia-se, sobremaneira, que não se pode generalizar toda conduta como passiva de condenação e imputação de multa e cobrança, sob pena de dar-se uma exegese por demais extensiva, e por vezes injusta. A TCE instaurada em face do Embargante é integralmente frágil.

Interessante trazer à baila as colocações da Dr^a. Alice Gonzalez Borges, Juíza de Direito da 7ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, analisando o processo nº. 760.507-8, a respeito da improbidade administrativa, que sabiamente asseverou:

“A boa fé, a inocência, a probidade, se presumem. A máfé, o dolo, a desonestidade, a imoralidade, o enriquecimento ilícito, estes sim, exigem prova cabal e inquestionável quanto a sua configuração. E, não estando demonstrado nos autos o comportamento, ilegal, imoral e ilícito da acionada, descabe qualquer aplicação de penalidade por improbidade administrativa.” (Informativo de Licitações e Contratos, ano VII, nº. 88, junho de 2001, p. 454). (grifo nosso)

Não se deve presumir a má-fé, tampouco a existência de irregularidades por parte do ex-gestor. Neste sentido, segue a jurisprudência pátria:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AJUIZADA CONTRA EXPREFEITO. LEI 8.429/92. APLICABILIDADE. IRREGULARIDADES COMETIDAS NA APLICAÇÃO DE VERBAS DO FUNDEF. DESTINAÇÃO DIVERSA DA ESPECIFICADA EM LEI. AUSÊNCIA DE DOLO OU CULPA. APELAÇÃO PROVIDA. 1. Não há se falar em inépcia da inicial quando os atos ímprobos estão devidamente descritos na inicial, de forma a assegurar o exercício do contraditório. 2. As sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa aplicam-se aos prefeitos e ex-prefeitos. Precedentes do STJ e desta Corte. 3. Configura improbidade administrativa toda ação ou omissão dolosa praticada por agente público ou por quem concorra para tal prática, ou ainda dela se beneficie, qualificada pela deslealdade, desonestidade ou má-fé, que acarrete enriquecimento ilícito (art. 9º); lesão ao erário (art. 10); ou afronte os princípios da Administração Pública (art. 11). 4. O Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Pará ao analisar as contas do município de Brejo Grande do Araguaia/PA verificou que, nos anos de 1998 e 2001, o percentual dos recursos do FUNDEF destinados à remuneração dos professores foi, respectivamente, de 44,70% e 43,80% (fls. 237/238 e 136), sendo que grande parte do restante foi utilizado para outras despesas ligadas à educação (fls. 237/238 e 136). 5. Não há se falar em ato de improbidade ou em pena de ressarcimento dos supostos danos causados ao erário referente ao percentual que deixou de ser aplicado na remuneração dos professores, tendo em vista que ele foi efetivamente usado, ainda que com desvio de finalidade, em benefício do Município, não havendo prova de apropriação ou desvio por parte do requerido. 6. Inexistindo prova de dolo ou culpa no remanejamento das verbas, utilizadas em prol do próprio Município, e que **não resultaram em enriquecimento indevido ou ilícito do ora apelante, não pode ser o mesmo apenado de forma objetiva, visto que o dolo ou a má-fé não podem ser presumidos**. 7. Apelação provida. (TRF-1 - AC: 200939010019729 PA 2009.39.01.001972-9, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL MONICA SIFUENTES, Data de Julgamento: 08/10/2013, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: eDJF1 p.187 de 18/10/2013)

APELAÇÃO CÍVEL. Ação de improbidade administrativa julgada improcedente Equipamentos de informática adquiridos com recursos do FUNDEF, porém destinados a instituições não afetas à finalidade de educação - Recurso postulando a condenação do ex-Prefeito em razão da violação do art. 10, XI da Lei n. 8.429/92, aplicando-lhe as sanções do art. 12 da referida lei. Insuficiência das provas a demonstrar dolo ou má-fé do ex-chefe do Executivo. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJ-SP - APL: 00000047420078260072 SP 0000004- 74.2007.8.26.0072, Relator: Eduardo Gouvêa, Data de Julgamento: 11/08/2014, 7ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 12/08/2014)

Portanto, a condenação imputada ao Embargante encontra-se eivada de obscuridade, vez que inexistindo comprovação documental de qualquer irregularidade não há que se falar em automaticamente em inexistência de boa-fé e existência de atos irregulares, sendo descabida a condenação ao pagamento de valores, bem como a aplicação de multa. Assim agindo, estará Vossa Excelência prestando elevado serviço ao Direito e à Justiça.

DOS PEDIDOS.

Pelo exposto, requer o ora Embargante se digne Vossa Excelência de:

- A) Conhecer os presentes embargos de declaração, vez que tempestivos e cabíveis;
- B) Dar provimento no sentido de sanar a obscuridade quanto a relação entre a firmada ausência de boa-fé do ex-prefeito em detrimento da ausência de qualquer documento que comprove irregularidade por parte do mesmo na execução física do Convênio 0988/2010 – Siafi/Siconv 739393 do Ministério do Turismo.

C) Requer-se ainda, como medida de direito, a concessão de efeito suspensivo ao presente recurso conforme art. 34, §2º da Lei nº 8.443/1992 c/c art. 287, §3º do Regimento Interno - TCU, ficando obstada a decisão negativa do Acórdão ora embargado.

Diante do que se expôs, vislumbra-se que não há nos fatos apontados qualquer comprovação (real) de existência de ato ilícito ou irregularidade a ser imputado ao Embargante, porquanto, na sua condição de ex-prefeito de Solânea, só cuidou de agir como de direito, razão pela qual deve o Acórdão embargando, padecendo de obscuridade, deve ser integralmente modificado (efeito modificativo) para isentá-lo da aplicação da multa imposta, devolução de valores e cobrança judicial, devendo ser julgada no todo regulares as suas contas, com ou sem ressalvas, ante a ausência de comprovação de qualquer irregularidade, por ser medida de Direito e Reclame da Justiça! [...]”.

É o Relatório.