

GRUPO II – CLASSE I – Segunda Câmara

TC 033.513/2016-3 [Apenso: TC 011.161/2015-9]

Natureza: Embargos de declaração (Recurso de reconsideração em Tomada de Contas Especial)

Órgão/Entidade: Fundação Universidade do Amazonas.

Responsáveis: Almir Liberato da Silva (034.255.092-68); Fundação de Apoio Institucional Rio Solimões (02.806.229/0001-43); José de Castro Correia (052.444.712-87); Luiz Irapuan Pinheiro (000.896.722-91); Miguel Ângelo da Silva (024.687.002-87); Márcia Perales Mendes Silva (214.861.902-00).

Representação legal: Lívia Rocha Brito (6474/OAB-AM) e outros, representando Almir Liberato da Silva; Ana Luiza Moraes Rebouças (5891/OAB-AM) e outros, representando José de Castro Correia e Fundação de Apoio Institucional Rio Solimões; Dinair Faria Albernaz (5.077/OAB-AM) e outros, representando Miguel Ângelo da Silva.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE DE DESPESAS DECORRENTES DE CONVÊNIO. CONTAS REGULARES COM RESSALVA DE UM DOS GESTORES E IRREGULARES DOS DEMAIS. DÉBITO. MULTA. RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. ELEMENTOS INCAPAZES DE MODIFICAR O JUÍZO FORMADO. NÃO PROVIMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. REJEIÇÃO.

## RELATÓRIO

Cuidam os autos, originariamente, de Tomada de Contas Especial, instaurada em cumprimento ao Acórdão 11.841/2016-TCU-2ª Câmara, decorrente de representação da Secretaria de Controle Externo no Estado do Amazonas - Secex/AM acerca de irregularidades na comprovação de despesas de convênios firmados entre a Fundação Universidade do Amazonas - Ufam e a Fundação de Apoio Institucional Rio Solimões - Unisol.

2. Por meio do Acórdão 7.182/2018-TCU-2ª Câmara, de relatoria da Ministra Ana Arraes, este Tribunal, dentre outras medidas, julgou irregulares as contas da Fundação de Apoio Institucional Rio Solimões e de seus ex-dirigentes, os Srs. Almir Liberato da Silva, Luiz Irapuan Pinheiro e José de Castro Correia, condenou-os em débito solidário e lhes aplicou multas individuais.

3. A fundação de apoio Unisol e o Sr. Almir Liberato da Silva interpuseram embargos de declaração contra a decisão proferida, os quais foram conhecidos e, no mérito, rejeitados mediante Acórdão 9.543/2018-TCU-2ª Câmara, de mesma relatoria.

4. Irresignados, os Srs. Luiz Irapuan Pinheiro, José de Castro Correia e Almir Liberato da Silva recorreram do acórdão condenatório, tendo seus recursos de reconsideração sido conhecidos, porém, no mérito, rejeitados, por meio do Acórdão 4.053/2020-TCU-2ª Câmara, de minha relatoria.

5. Insatisfeito, o Sr. Almir Liberato da Silva apresentou embargos de declaração contra o último **decisum**, com efeitos infringentes (peça 170), cuja essência transcrevo a seguir, com ajustes de forma (destaques originais):

#### **“4. O MÉRITO**

##### **4.1. DA OMISSÃO**

*A omissão constitui negativa de entrega do pronunciamento ao fato julgado e, de acordo com o Código de Processo Civil, é omissa a decisão que deixa de se manifestar nos casos em que determinada questão ou ponto contravertido deveria ser apreciado pelo órgão julgador.*

*Leciona Didier sobre o tema:*

[...]

*Importa lembrar ao eminente julgador que a relação específica entre **ratio decidendi** e decisão é de suma importância, uma vez que é essa relação que permite à defesa o exercício efetivo da ampla defesa e contraditório, bem como possibilita ao gestor a revisão e otimização de seus atos.*

*A relevância da explanação inequívoca dessa relação é tanta que o Código de Processo Civil considera a decisão que não a esclarece como não fundamentada e, portanto, nula, conforme se observa nos artigos 489, §1º e incisos c/c art. 11 do mesmo diploma legal.*

*Assim, em observância aos Princípios da Ampla Defesa e Contraditório, requer-se, de logo, para o fiel cumprimento dos referidos mandamentos constitucionais, assim como dos artigos 11 e 489, §1º do CPC/2015, o saneamento da omissão a seguir descrita.*

*Excelência, não há no voto ora rebatido elementos suficientes capazes de aferir ao embargante a existência de dano ao erário e de culpa grave, capaz de justificar o julgamento irregular das contas e, especialmente, a imputação de alcance ao gestor. Senão vejamos:*

*Em sede recursal, o Embargante deixou o mais claro possível 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.*

*Uma vez que os recursos recebidos foram devidamente utilizados pelo gestor em programas que beneficiassem a Universidade, não é razoável presumir a ocorrência de dano ao erário, 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.*

*Sendo assim, pode-se inferir que o Voto que ensejou o acórdão recorrido incorreu em grave omissão ao não ter analisado todos os argumentos de defesa apresentados, especialmente no que cerne a suposta existência de dano ao erário, razão pela qual faz jus ao saneamento, sob pena de prejudicar a parte ao cercear sua defesa.*

*Ademais, vale ressaltar que de acordo com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, recentemente alterada pela Lei 13.655/2018:*

*Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.*

Nesse sentido, de acordo com as disposições do Acórdão 2.391/2018 – TCU, que estabeleceu importantes preceitos acerca da responsabilidade de agentes públicos com base nas alterações da LINDB, o erro grosseiro é o que decorreu de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave, **não sendo este o caso dos presentes autos**.

Além disso, o próprio art. 22, §2º é claro ao dispor acerca da necessidade de se ponderar a natureza e gravidade das infrações cometidas na aplicação de sanções, senão vejamos:

[...]

No presente caso, não resta demonstrada a existência de culpa grave atribuível ao embargante, cujas alegações de defesa evidenciam sua atuação pautada em estrita observância à competência a ele atribuída, e especialmente, seu compromisso em entregar o objeto do contrato ora questionado.

Ainda, tem-se que em sede recursal o ora embargante pontuou a necessidade de aplicação do conteúdo do art. 2º da Lei nº 9.784/1999, **in verbis**:

[...]

Como é sabido, a razoabilidade é um postulado normativo que estrutura a aplicação de outras normas, especialmente as regras. Sob a ótica do princípio da razoabilidade, o julgador, ao proferir sua decisão, utiliza-se dos meios adequados, agindo com razoabilidade, ao evocar o bom senso e a prudência em seus atos, de modo que sejam moderados, aceitáveis e desprovidos de excessos.

O postulado da proporcionalidade, por sua vez, exige uma relação de causalidade entre o meio escolhido e fim almejado. Ao valorar os conceitos inseridos no princípio da proporcionalidade, impõe-se ao órgão julgador o dever de uma avaliação criteriosa e comparativa do ato censurado com a pena a ser aplicada, de forma a encontrar quantidades proporcionas em si, de modo a alcançar uma relação de harmonia e justiça.

A este respeito, vale citar ensinamento do ilustre doutrinador Humberto Ávila, **in verbis**:

[...]

Reitera-se, Excelência, que a função fiscalizadora deste Tribunal não se resume à análise da legalidade formal do ato administrativo. Para o pleno e eficaz exercício de sua jurisdição constitucional, os Tribunais de Contas também devem observar outros fatores que compõem esse ato, fundamentados em princípios consagrados na Constituição Federal e nas legislações aplicáveis ao caso.

**É preciso sopesar as irregularidades remanescente com o conjunto de condutas perpetradas em uma gestão, entendida como uma série de atos necessários ao funcionamento de um órgão, verificados dentro de padrões aceitáveis de legalidade, legitimidade e economicidade.**

O fato é que a manutenção das irregularidades aqui mencionadas viola sobremaneira o teor contido no art. 2º da Lei nº 9.784/1999, mormente porque estão sendo flagrantemente desrespeitados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Resta claro que não houve a prática de qualquer ação dolosa por parte do embargante, que utilizou dos recursos recebidos de forma responsável, sempre em prol da Universidade Federal do Amazonas, sem qualquer indício de malversação ou desvio de finalidade na aplicação dos recursos públicos, não tendo ocorrido apropriação indevida de qualquer valor, não existindo portanto falta grave suficiente que justifique a aplicação de multa.

Diante do exposto, Excelência, faz-se necessário que todos os elementos sejam alvo de detida análise, a fim de suprir as omissões apontadas pelo embargante, a fim de que a prestação jurisdicional seja dada de forma integral, de modo que não restem pendentes de discussão quaisquer argumentos trazidos aos autos.

#### **4.2. A NECESSÁRIA UTILIZAÇÃO DA LINDB**

*Ainda, em observância aos Princípios da Ampla Defesa e Contraditório, requer-se, de logo, para o fiel cumprimento dos referidos mandamentos constitucionais, assim como dos artigos 11 e 489, §1º do CPC/2015, o saneamento da omissão constante da não utilização da LINDB no julgamento pela procedência da Representação, e em especial, na aplicação de multa.*

*Antes de adentrar no cerne da questão, cumpre ressaltar que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro sofreu alterações provenientes da Lei 13.655 a partir de 25 de abril de 2018, com o objetivo precípuo de garantir maior segurança jurídica e eficiência à atuação da Administração Pública, impondo aos órgãos de controle a efetiva ponderação e razoabilidade em sua atividade julgadora, a fim de que sejam tomadas decisões mais justas e condizentes com a realidade fática da gestão pública.*

*Esses novos dispositivos legais refletem a necessidade de se levar em conta a real situação em que se encontra o gestor e os motivos pelos quais as supostas irregularidades aconteceram — o que é, muitas vezes, negligenciado nos processos que tramitam nos tribunais de controle e nas ações de improbidade.*

*As referidas alterações na LINDB representam um verdadeiro leading case no que tange aos novos parâmetros e balizamentos para o controle da atividade administrativa e a eventual apuração de responsabilidade dos agentes públicos.*

*Em seu art. 22, §2º, dispõe-se acerca da necessidade de se ponderar a natureza e gravidade das infrações cometidas na aplicação de sanções, senão vejamos:*

*[...]*

*A atuação do gestor, no caso em tela, foi pautada em observância ao **PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA**, elencado no art. 37, caput da CRFB/88 e no art. 2º da Lei nº 9.784/99, que exige do agente público um **DESEMPENHO RÁPIDO E SATISFATÓRIO AOS INTERESSES SOCIAIS**, visando assegurar que os serviços públicos não restem comprometidos e sejam realizados em conformidade.*

*Diante da realidade fática vivida pela entidade, coube ao jurisdicionado adotar medidas que fugiam da perfeição técnica e jurídica, mas que visavam sobretudo garantir a manutenção das atividades da entidade, como forma de garantir a **MÁXIMA EFETIVIDADE AO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO**.*

*Cabe ao Órgão Julgador, conforme os ditames legais estabelecidos pela LINDB e destacados acima, levar em consideração, através de **REAL PONDERAÇÃO**, os fatos que ensejaram a flexibilização das normas e adoção de medidas alternativas.*

*Dessa forma, Excelência, pugna-se pela aplicação dos dispositivos trazidos à baila pelo recorrente para fins de adequação da decisão aos princípios que regem a administração pública para que se leve em consideração a necessidade real das ações adotadas pelo jurisdicionado, motivo pelo qual, após sanada a omissão, a decisão deve ser reformada para o reconhecimento da **improcedência** da demanda.*

## **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**:

[...]

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:

Identificando a efetiva ocorrência dos vícios acima apontados, 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.

No caso em tela, os vícios apontados, uma vez sanados, podem reverter o julgamento em questão. Isso porque, ao rebater devidamente os argumentos trazidos pelo gestor em sede de alegações de defesa quanto ao limite de sua responsabilidade na função que exercia, esta Egrégia Corte de Contas certamente se deparará com outro cenário do que foi visionado inicialmente, considerando sua conduta como regular e afastando sua culpabilidade.

O saneamento do erro material também pode alterar o resultado da decisão, considerando que a ausência de má-fé interfere na responsabilidade aplicada ao embargante, o que requererá o a improcedência de denúncia.

Assim, aclarados os vícios da decisão rechaçada, requer sejam impressos os efeitos infringentes aos presentes embargos de declaração, a fim de que se reforme a decisão embargada no sentido de julgar **REGULAR COM RESSALVAS a Tomada de Contas Especial em epígrafe**, com consequente afastamento da multa aplicada ao embargante.

## **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 a omissão apontada por este instrumento recursal.

c) **Sejam aplicados os efeitos infringentes aos presentes embargos a fim de que seja reformado o Acórdão nº 7.182/2018 – TCU – Segunda Câmara, com a exclusão das penalidades de ressarcimento e multa aplicadas ao gestor, e 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.**”

É o relatório.