

GRUPO II – CLASSE I – SEGUNDA CÂMARA  
TC 020.313/2009-6

Natureza: Embargos de Declaração.

Unidade: Município de Campo Novo do Parecis/MT.

Embargante: Jesur José Cassol (CPF 282.090.870-53).

Advogados: Darlã Martins Vargas (OAB/MT 5.300-B), Murillo Barros da Silva Freire (OAB/MT 8.942) e Thaísa Fernanda Figueiredo Lenzi (OAB/MT 12.859) – peças 29/31.

SUMÁRIO: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONTRA ACÓRDÃO QUE NEGOU PROVIMENTO A RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL JULGADA IRREGULAR, COM CONDENAÇÃO EM DÉBITO E APLICAÇÃO DE MULTA. CONHECIMENTO. TENTATIVA DE REDISCUSSÃO DE MÉRITO. CONTRADIÇÃO E OMISSÃO NÃO CONFIGURADAS. NEGATIVA DE PROVIMENTO.

1. Os embargos de declaração não se prestam à discussão de questões de mérito devidamente apreciadas pelo acórdão embargado.

2. O vício sanável por meio de embargos deve ser aquele presente entre as premissas utilizadas pelo julgador e a conclusão a que chegou, e não entre o acórdão recorrido e outras deliberações.

## RELATÓRIO

Trata-se nesta oportunidade de embargos de declaração apresentados por Jesur José Cassol contra o acórdão 838/2014 – 2ª Câmara, que, ao apreciar recurso de reconsideração contra o acórdão 1.084/2013 – 2ª Câmara, deliberou:

“9.1. conhecer do recurso de reconsideração e negar-lhe provimento; e

9.2. dar ciência desta deliberação ao recorrente, aos demais responsáveis arrolados no processo, ao procurador-chefe da Procuradoria da República no Estado do Mato Grosso, ao Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso, ao Ministério Público do Estado do Mato Grosso, ao Fundo Nacional de Saúde, ao Departamento Nacional de Auditoria do SUS e à Secretaria Executiva da Controladoria-Geral da União da Presidência da República.”

2. Após considerações iniciais e transcrição de parte do voto condutor do acórdão embargado, de deliberações judiciais (recurso especial 878506, do Superior Tribunal de Justiça, e apelação cível 70007042427, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul) e deste Tribunal (acórdão 401/2006-Plenário), os presentes embargos foram redigidos nos seguintes termos:

“Pois bem, douta julgadora, evidencia-se da r. acórdão embargado que não há qualquer dúvida de que o veículo marca VW/16.180 CO, chassi 9BWYTARB9TRB00532, ano/modelo 1996/1997, potência 184 CV, foi devidamente entregue à municipalidade e encontra-se até hoje prestando os serviços para os quais ele foi adquirido. Neste sentido todos os documentos e provas materiais juntadas aos autos. Tal assertiva, aliás, consta das constatações da Controladoria Geral da União (CGU), fls. 22.

Do mesmo modo, as provas são unânimes em afirmar que os recursos utilizados para aquisição deste veículo foram aqueles advindos do Convênio nº. 1911/2002, firmado entre o Fundo Nacional de Saúde (FNS) e a Prefeitura de Campo Novo do Parecis/MT, uma vez que, inclusive, nenhum outro foi firmado no Município durante aquele período, bem como nenhum outro veículo com esta finalidade foi adquirido pelo ente público, não havendo por isso, qualquer dúvida com relação a utilização destes recursos para aquisição deste bem.

Por outro lado, conforme demonstrado nos autos e pelos documentos ora juntados, o embargante depositou junto a Justiça Federal, nos autos da Ação Civil Pública nº. 2009.36.00.003281-3, que tramita junto a 3ª Vara Federal do Estado de Mato Grosso, o valor de R\$ 138.650,25 (cento e trinta e oito mil, seiscentos e cinquenta reais e vinte e cinco centavos), que nas palavras do eminente magistrado que oficia naquela Vara Federal, *‘correspondente ao valor do dano, tendo a autora UNIÃO FEDERAL concordado às fls. 1.323/1.332 com o cancelamento da restrição judicial.*

As provas já juntadas aos autos demonstram suficientemente que os fatos analisados naquela Ação judicial, são idênticos aos aqui julgados. Inegável, por igual, a independência das instâncias administrativa, civil e penal para tal análise, todavia, é também indubitável a vedação de locupletamento ilícito do Estado, considerando-se, principalmente o princípio do *‘non bis in idem’*.

Neste aspecto, importante se ressaltar, que o princípio de vedação ao *bis in idem* não possui previsão constitucional expressa, embora seja reconhecido, de modo implícito, como decorrência direta dos princípios da legalidade, da tipicidade e do devido processo legal no texto da Constituição Federal de 1988.

Consoante ressaltou Fábio Medina Osório, esse princípio *‘está constitucionalmente conectado às garantias da legalidade, proporcionalidade e, fundamentalmente, devido processo legal, implicitamente presente, portanto, no texto da CF/88’*.

Nesse particular, o mesmo autor pontua que se trata *‘de um problema de legalidade e, mais especialmente, de definir a aplicabilidade de uma norma em detrimento de outra, de uma punição que, uma vez incidente, afasta outra possível sanção’*.

Quanto ao conteúdo do princípio do *‘non bis in idem’*, Medina (2010, p. 274) postulou, basicamente, que *‘ninguém pode ser condenado ou processado duas ou mais vezes por um mesmo fato’*.

Na mesma linha, Rafael Munhoz de Mello aponta que tal princípio *‘impede a Administração Pública de impor uma segunda sanção administrativa a quem já sofreu, pela prática da mesma conduta, uma primeira [sanção].’* Não é possível, portanto, a imposição de nova sanção pelo mesmo fato.

Mello (2007, p. 211) registra, ainda, que a sanção *‘prevista na lei pressupõe uma única aplicação para cada conduta delituosa, não diversas’*.

No mesmo sentido, Nucci pontua que a garantia do *non bis in idem* significa que *‘ninguém deve ser processado e punido duas vezes pela prática da mesma infração penal’*, ainda que surjam novas provas.

Aliás, vale ressaltar, que, para esse autor, tal garantia está prevista de modo implícito pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cuja redação é a seguinte:

*‘Artigo 80. Garantias judiciais.*

*[...].*

*4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos’*.

No entanto, não se pode afirmar que a garantia do *non bis in idem* impossibilite o legislador, ou quem lhe faça as vezes, de atribuir mais de uma sanção, administrativa ou não, a uma mesma conduta.

Para Mello (2007, p. 212),

*‘[...] o princípio do non bis in idem, por outro lado, não veda ao legislador a possibilidade de atribuir mais de uma sanção administrativa a uma mesma conduta. Foi afirmado acima que a sanção que atende ao princípio da proporcionalidade é a prevista no ordenamento jurídico: o legislador, observadas as normas constitucionais, define as medidas sancionadoras adequadas e proporcionais para cada situação de fato. Se estabelece a lei formal múltiplas sanções para uma mesma conduta, são elas as sanções adequadas e proporcionais, não sendo sua aplicação ofensiva ao princípio do non bis in idem’*.

Da mesma forma, Daniel Ferreira registra que não existe proibição constitucional ou legal de se impor, cumulativamente, *‘consequências restritivas de direitos a um administrado através de uma pena (criminal) e uma sanção administrativa, bastando para tanto que seu comportamento tenha configurado uma conduta reprovável para essas duas ordens normativas’*.

Nada obsta, então, que ato normativo estipule a acumulação de sanções administrativas ou de sanções administrativas com outras consequências, como sanções penais e compensações civis, por exemplo (VIDA, 2003, p. 115).

Assim é que o princípio do *non bis in idem* também não impede a cumulação de sanções administrativas, de sanções penais ou de sanções civis, ou de qualquer delas entre si, desde que haja proporcionalidade entre o ato praticado e suas consequências (MELLO, 2007, p. 213), proporcionalidade, esta, a ser aferida pelo legislador ou por quem lhe faça as vezes.

Por outro lado, é certo que a doutrina administrativa, evidencia que a Administração Pública não pode deixar de aplicar a punição, desde que identificada a ocorrência de infração administrativa. Nesse caso existe um dever de sancionar, não havendo, a princípio, margem de discricionariedade.

Todavia, deve-se enfatizar que, no exercício do mister sancionatório, a Administração deve observar o panorama constitucional, respeitando-se a legalidade estrita, a tipicidade, o devido processo legal, a proporcionalidade e a razoabilidade.

Sendo assim, na aplicação das penalidades administrativas, o Poder Público deve respeitar os direitos e garantias dos administrados, a fim de que os princípios consagrados no corpo da Constituição Federal de 1988 sejam devidamente respeitados. A propósito, aduz Fabrício Motta que:

*‘Com o êxito do constitucionalismo, em que os direitos e garantias individuais restaram positivados no corpo das Constituições modernas, a atuação do Estado em face dos indivíduos foi limitada, tornando-se imprescindível o respeito a determinados princípios para se restringir a liberdade individual. Com isso, para a Administração aplicar sanções por infrações administrativas, deve-se respeito à legalidade estrita, à tipicidade, ao devido processo legal e à razoabilidade’.*

No sistema pátrio, o princípio da proporcionalidade, embora não de modo expreso, tem fundamento na atual Constituição, mais especificamente no § 2º do art. 5º, que se refere à parte não-escrita dos direitos e garantias constitucionais, assim como na essência do Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF), cujo fundamento é a dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º da CF) e como objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Com efeito, ainda que não haja previsão explícita do princípio no texto da Constituição republicana, é inegável que se deve reconhecer o status constitucional conferido ao princípio da proporcionalidade, considerando-se a própria essência da Constituição Cidadã, o qual impõe ao legislador e ao administrador o dever de considerar a harmonia entre os meios e os fins colimados na função estatal cujo exercício lhes é imputado.

Aliás, embora não esteja positivado na Carta da República, tal princípio é vetor do processo administrativo federal, previsto expressamente no art. 2º, *caput*, da Lei nº. 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

O princípio da proporcionalidade é faceta da razoabilidade e permite ao intérprete aferir a compatibilidade entre meios e fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal já assentou que o princípio do devido processo legal possui uma dupla dimensão: procedimental (*procedural due process*) e substantiva (*substantive due process*). A razoabilidade é uma dimensão do *‘substantive due process of law’*. Nesse diapasão:

*‘A atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade. Como se sabe, a exigência de razoabilidade traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. O exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade, exatamente por viabilizar o controle de sua razoabilidade, com fundamento no art. 5º, LIV, da Carta Política, inclusive, por isso mesmo, no âmbito da própria fiscalização de constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do Poder Público. Esse entendimento é prestigiado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...) A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, bem por isso, tem censurado a validade jurídica de atos estatais, que, desconsiderando as limitações que incidem sobre o poder normativo do Estado, veiculam prescrições que ofendem os padrões de razoabilidade e que se revelam destituídas de causa legítima, exteriorizando abusos inaceitáveis e*

*institucionalizando agravos inúteis e nocivos aos direitos das pessoas* (HC 92525 MC RJ - RIO DE JANEIRO, Rel. Min. Celso de Mello).

Na esteira assentada pelo Pretório Excelso, o princípio da proporcionalidade deve ser encarado como inibidor do abuso do Poder Público no exercício das funções que lhes são inerentes, notadamente a legislativa e a regulamentar, e, não poderia ser diferente, a sancionatória.

Dentro dessa perspectiva, o postulado em tela, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, atua como verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. Segundo a doutrina de Humberto Ávila:

*‘O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais (...)*

*A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim (...)*

*Ocorre que a razoabilidade, de acordo com a reconstrução aqui proposta, não faz referência a uma relação de causalidade entre um meio e um fim, tal como o faz o postulado da proporcionalidade’.*

Dessa forma, vislumbra-se, claramente, a relevância que o princípio da proporcionalidade assumiu, e vem assumindo, na seara do Direito Administrativo Punitivo, norteando as definições das sanções administrativas cabíveis e nas suas gradações, considerando-se a gravidade das infrações cometidas em cada caso. Fica claro, pois, que o *jus puniendi* do Estado está obrigado a observar esse relevante princípio.

Por outro lado, é inegável que as punições aplicadas devem ser proporcionais à infração cometida, sob pena de se incorrer no vício de legalidade, na medida em que atos desproporcionais são ilegais. *‘Uma providência desarrazoada não pode ser havida como comportada pela lei. Logo, é ilegal; é desbordante dos limites nela admitidos’.*

Os órgãos encarregados da aplicação do Direito devem observar a necessidade de as penas serem individualizadas, haja vista que a norma prevista no inciso XLVI do art. 5º da Constituição Federal também é aplicável ao Direito Administrativo punitivo. Nessa tarefa, deve ficar claro que *‘a individualização da pena significa adaptá-la ao condenado, consideradas as características do agente e do delito’.*

De tudo o que aqui se expõe, evidencia-se que o princípio da proporcionalidade, faceta da razoabilidade, tem sido utilizado, com eficiência, como um dos parâmetros limitadores da discricionariedade política e administrativa, funcionando como um vetor de que resulta a exigência de congruência e adequação da atuação estatal. Impede, portanto, o desequilíbrio no exercício das competências públicas e afasta eventual arbitrariedade instabilizadora no exercício das relações sociais.

Cumprido, ademais, registrar que, nessa mesma linha de pensamento, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou no sentido de que no campo sancionatório, é imprescindível o respeito ao princípio da proporcionalidade:

**‘ADMINISTRATIVO. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR NA APLICAÇÃO DAS PENALIDADES. REEXAME DE MATERIA FÁTICA. SUMULA Nº 07/STJ.**

**1. As sanções do art. 12, da Lei nº 8.429/92 não são necessariamente cumulativas, cabendo ao magistrado a sua dosimetria; aliás, como deixa claro o Parágrafo Único do mesmo dispositivo.**

**2. No campo sancionatório, a interpretação deve conduzir à dosimetria relacionada à exemplariedade e à correlação da sanção, critérios que compõem a razoabilidade da punição, sempre prestigiada pela jurisprudência do E. STJ.**

**(Precedentes)**

**3. Deveras, é diversa a situação da empresa que, apesar de não participar de licitação, empreende obra de asfaltamento às suas expensas no afã de ‘dar em pagamento’ em face de suas dívidas tributárias municipais de ISS, daquela que sem passar pelo certame, locupletar-se, tout court, do erário público.**

**4. A necessária observância da lesividade e reprovabilidade da conduta do agente, do elemento volitivo da conduta e da consecução do interesse público, para a dosimetria da sanção por ato de**

*improbidade, adequando-a à finalidade da norma, demanda o reexame de matéria fática, insindivável, por esta Corte, em sede de recurso especial, ante a incidência do verbete sumular nº 07/STJ.*

5. *Recurso especial não conhecido.* (Resp. 505068/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, Data do julgamento: 09/09/2003, DJ 29/09/2003 p. 164).

Corroborando, o mesmo STJ, decidindo acerca de aplicação de penalidade a servidor público, reitera o seu posicionamento em respeito ao princípio da proporcionalidade:

‘(...)

*2 - No mérito, deve a autoridade competente, na aplicação da penalidade, em respeito ao princípio da proporcionalidade (devida correlação na qualidade e quantidade da sanção, com a grandeza da falta e o grau de responsabilidade do servidor), observar as normas contidas no ordenamento jurídico próprio, verificando a natureza da infração, os danos para o serviço público, as circunstâncias atenuantes ou agravantes e os antecedentes funcionais do servidor (...).*

*3 - Ademais (...), a afronta ao princípio supracitado constitui desvio de finalidade por parte da Administração, tornando a sanção aplicada ilegal, sujeita a revisão pelo Poder Judiciário. Deve a dosagem da pena, também, atender ao princípio da individualização inserto na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XLVI), traduzindo-se na adequação da punição disciplinar à falta cometida.’ (Mandado de Segurança nº 7.260-DF, Relator Ministro Jorge Scartezini, 3ª Seção, DJ de 26/08/2002, p. 158).*

Com o devido respeito e com a vênia devida, insurge-se o embargante contra a contradição existente naquele v. acórdão, uma vez que, ao tempo em que reconhece a entrega de um veículo com os equipamentos inerentes ao convênio firmado, e frise-se, devidamente comprovado tratar-se de veículo referente aquele convênio, condena o embargante a fazer a devolução: do valor total do convênio devidamente atualizado, desconsiderando, por certo, o locupletamento ilícito da Administração Pública, eis que, não considerou apenas o valor do pseudo ‘sobrepço’.

Tal fato, douta julgadora, contraria os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na aplicação da penalidade imposta, sem sombra de qualquer dúvida, pois, além de já ter indisponível o valor de R\$ 138.650,25 (cento e trinta e oito mil, seiscentos e cinquenta reais e vinte e cinco centavos) eis que depositado em conta judicial da Justiça Federal, em razão dos mesmos fatos aqui narrados, ainda foi condenado ao recolhimento de R\$ 467.672,30 (quatrocentos e sessenta e sete mil, seiscentos e setenta e dois reais e trinta centavos), por esse e. Tribunal de Contas da União, caracterizando, sem sombra de dúvidas, o *bis in idem* na aplicação da pena de ressarcimento, com o locupletamento ilícito da Administração Pública, na medida em que foi desconsiderado (omissão) o valor do veículo VW/modelo 16.180, Placa LAY 8790, entregue para o Município de Campo Novo do Parecis-MT.

## **7. PEDIDO:**

**PELO EXPOSTO, requer** o embargante:

a) primeiramente, sejam os presentes embargos recebidos e acolhidos, inclusive no seu efeito modificativo (§ 7º, art. 287 do RITCU), para que, a partir da adequada apreciação do caso em tela, seja afastada a contradição e omissão existente e, via de consequência, reformada a decisão que negou provimento ao Recurso de Reconsideração;

b) por via de consequência, sejam aplicados os princípios do *non bis in idem*, garantindo-se a restituição ao erário com os valores já depositados junto a Conta da Justiça Federal em razão do *pseudo* dano causado, ou ainda, subsidiariamente, se Vossa Excelência entender diferentemente, a aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, considerando-se, para fins de ‘glosa’ que o veículo foi entregue e permanece até o presente momento prestando os serviços para os quais foi adquirido, nos moldes da decisão havida no processo 010.177/1999-0, antes relatado, por ser essa a medida da mais inteira, lúdima e salutar JUSTIÇA.” (excluídas as notas de rodapé)

É o relatório.