

TC 016.249/2015-1

Tipo: Tomada de contas especial (recurso de reconsideração).

Unidade jurisdicionada: Prefeitura Municipal de Triunfo, Estado de Pernambuco.

Recorrente: José Hermano Alves de Lima (CPF 686.684.574-20).

Advogado: Napoleão Manoel Filho (OAB/PE 20.238; mandato à peça 10).

Sumário: Tomada de contas especial. Convênio. Evento artístico. Não comprovação da execução do objeto do convênio. Débito. Multa. Recurso de reconsideração. Adequada constituição do débito e caracterização da reprovabilidade da conduta do responsável. Conhecimento. Negativa de provimento.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recurso de reconsideração (instrumento acostado à peça 36 - e seus anexos, à peça 33 -, acrescido da petição juntada à peça 38) interposto por José Hermano Alves de Lima, à época dos fatos Prefeito Municipal de Triunfo, Estado de Pernambuco, contra o Acórdão 8052/2016 – 2ª Câmara (peça 19), infratranscrito integralmente:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da Segunda Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. rejeitar as alegações de defesa apresentadas pelo Sr. José Hermano Alves de Lima;

9.2. julgar irregulares as contas do Sr. José Hermano Alves de Lima, com fundamento no art. 16, inciso III, alíneas "b" e "c", e no art. 19, **caput**, da Lei nº 8.443, de 1992, para condená-lo ao pagamento da importância de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), atualizada monetariamente e acrescida de juros de mora, calculados desde 8/8/2008 até o efetivo recolhimento, fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias para que comprove, perante o Tribunal, o recolhimento da referida importância aos cofres do Tesouro Nacional, nos termos do art. 23, inciso III, alínea "a", da citada lei c/c o art. 214, inciso III, alínea "a", do Regimento Interno do TCU (RITCU);

9.3. aplicar ao Sr. José Hermano Alves de Lima a multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443, de 1992, no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprove, perante o Tribunal, o recolhimento da referida quantia aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente, na forma da legislação em vigor;

9.4. autorizar, desde já, com amparo no art. 26 da Lei nº 8.443, de 1992, e no art. 217 do RITCU, o parcelamento das dívidas constantes deste Acórdão em até 36 (trinta e seis) prestações mensais e sucessivas, caso requerido, esclarecendo ao responsável que a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor (art. 217, § 2º, do RITCU);

9.5. autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas constantes deste Acórdão, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei nº 8.443, de 1992, caso não atendidas as notificações; e

9.6. enviar cópia deste Acórdão, bem como do Relatório e da Proposta de Deliberação que o fundamenta, à Procuradoria da República no Estado de Pernambuco, nos termos do art. 16, § 3º, da Lei nº 8.443, de 1992, para o ajuizamento das ações civis e penais cabíveis.

HISTÓRICO

2. Cuida-se de tomada de contas especial instaurada no âmbito do Ministério do Turismo (MTur) em razão da detecção de irregularidades na execução do Convênio 655/2008, de objeto consistente na realização de evento denominado de "Festa de São João de Triunfo" no período de 20 a 29 de junho de 2008. Imputaram-se as ditas irregularidades a José Hermano Alves de Lima, prefeito do Município de Triunfo, Estado de Pernambuco, entre 2005 e 2008.

3. Os recursos federais repassados ao aludido Município para a execução física do convênio, em parcela única Ordem Bancária 20080B900813, de 8/8/2008, somaram R\$ 200.000,00. Fixou-se em R\$ 20.000,00 a contrapartida da referida entidade conveniente.

4. Pareceres emitidos no âmbito do Controle Interno indicaram que o ex-gestor, por ocasião da prestação de contas, deixou de apresentar os principais documentos comprobatórios das despesas vinculadas ao evento, tais como fotografias e filmagens do evento identificadas com a logomarca do MTur e reportagens ou matérias jornalísticas acerca do evento realizado.

5. Ouvido o responsável na esfera do Tribunal, a Corte reputou que as alegações de defesa apresentadas pelo responsável (instrumento de defesa acostado à peça 11) não se prestaram para elidir as irregularidades imputadas nos autos, máxime considerando-se que na oportunidade ele apresentou apenas alguns vídeos disponibilizados do sítio da rede mundial de computadores de endereço www.youtube.com relativos a apresentações artísticas de bandas musicais não previstas no plano de trabalho, mesmo depois de reiteradas notificações do MTur para que fornecesse os registros de mídia conforme o estabelecido no instrumento de convênio.

6. Diante disso, proferiu-se a decisão supratranscrita.

7. Irresignado, o responsável interpôs os embargos de declaração acostados à peça 25. A Corte os rejeitou mediante o Acórdão 9947/2016 – 2ª Câmara (peça 27). Desta feita, vem interpor o recurso ora examinado para pedir (peça 36, p. 6) à Corte que, no mérito, reforme a decisão de sorte a, sucessivamente, julgar as contas especiais regulares, com a consequente elisão tanto da condenação a ressarcir o erário como das aplicações de multa ou reduzir o valor pecuniário da multa aplicada.

ADMISSIBILIDADE

8. Perfilha-se o exame de admissibilidade juntado à peça 40, em que se propõe conhecer do recurso e suspender os subitens 9.2, 9.3 e 9.5 da decisão combatida, acolhido pelo relator do recurso, ministro João Augusto Ribeiro Nardes (peça 43).

MÉRITO

9. Delimitação

9.1. Quanto ao mérito do recurso, no essencial é de perquirir:

a) se os elementos probatórios trazidos aos autos na fase da instrução do processos e as declarações a eles ora acostadas fazem prova da execução de parte do objeto do convênio (nesta instrução, item 10);

b) se é acertado o juízo de que mídia apresentada como meio de prova, por si só, da realização do evento, não basta para reputar a última comprovada (*ibid.*, item 11);

c) se é cabida a condenação a ressarcir o erário e a multa dela acessória diante da falta de provas da execução do objeto do convênio, e não da prova cabal da sua inexecução (*ibid.*, item 12);

d) se, ante o valor da multa aplicada, não se observaram os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade informadores do direito brasileiro (*ibid.*, item 13).

10. Da pretensa execução de parte do objeto do convênio

Alegação

10.1. O recorrente assevera (peça 36, p. 2-5) que os subscritores do parecer emitido no âmbito da Unidade Técnica consistente na peça 14, endossado pelos trazidos às peças 15 e 16, haveriam reputado executadas sete apresentações previstas no plano de trabalho do convênio, o que se teria dado no curso de evento denominado de “Triunforró”. Juntaram-se aos autos carta de exclusividade, material jornalístico acerca da realização de tal evento e declarações nesse sentido de integrantes da Polícia Militar e da Câmara de Vereadores.

10.2. “Triunforró” se constituiria em nome diverso dado ao mesmo evento objeto do convênio, neste designado “Festa de São João de Triunfo”.

10.3. Em reforço a esse argumento, o recorrente ora junta aos autos os termos de declarações integrantes da peça 33, mediante os quais artistas asseveram haverem se apresentado no evento “Festa de São João de Triunfo-PE”.

10.4. Estabeleceria o convênio, mediante a cláusula nona, alínea o, de seu termo, que a comprovação da execução física de seu objeto se daria exclusivamente mediante apresentação na prestação de contas de duas declarações: uma do próprio conveniente e outra “por alguma autoridade local”. Anexaram-se essas duas declarações à prestação de contas do convênio.

10.5. Diante disso, seria descabido julgar, como fez o Tribunal, que não houve sequer execução de parte do convênio.

10.6. As declarações ora anexadas também se prestariam para provar a feitura do pagamento aos artistas, vale dizer, a execução financeira do convênio.

Análise

10.7. Não assiste razão ao recorrente.

10.8. Consta da alínea a do item 32 do relatório acostado à peça 14, acolhido pelo Tribunal, a denominação “Festa de São João de Triunfo/PE” entre parênteses explicativos da designação “Triunforró”, de maneira que seus autores claramente sabiam que ambos nomes se referem ao mesmo objeto.

10.9. Na alínea c do mesmo item, asserem que apenas seis dentre as bandas listadas da programação constante do material de divulgação trazido à peça 11, p. 20, tiveram suas apresentações previstas no plano de trabalho do convênio. Ao analisar tal fato no item 33, entenderam que tal alteração do programa não consiste em mera falha formal, mas antes em “desvinculação significativa do objeto original” a implicar pagamentos em valores distintos dos aprovados pelo Órgão Concedente, em patente infração ao disposto na cláusula terceira, inciso II, alínea a do termo de convênio (peça 1, p. 45).

10.10. Perfilha-se tal entendimento.

10.11. Quanto às declarações ora juntadas pelo recorrente, é de ver que não fazê-las, por si sós, prova do cumprimento do objeto do convênio na conforme o aprovado pelo Órgão Concedente, como se observou percurientemente no item 29 da mesma instrução.

11. Da pretensa falta de análise de meio de prova apresentado

Alegação

11.1. O recorrente assevera (peça 36, p. 6) que não se teria registrado na instrução elaborada pela Unidade Técnica análise das imagens juntadas aos autos por oportunidade da apresentação de suas alegações de defesa mediante mídia digital da espécie denominada de “CD”, abreviatura da expressão em língua inglesa “compact disc”.

11.2. As imagens fariam prova da feitura de catorze apresentações previstas no plano de trabalho do convênio. De cada uma delas constaria o nome dos respectivos artistas e em várias delas se poderia ver a edificação em que tiveram lugar as apresentações, denominada de “Cine Guarani” ou uma faixa pintada no palco montado para as apresentações em que se poderiam ver as logomarcas da Prefeitura de Triunfo na sua forma empregada no curso do mandato do responsável.

Análise

11.3. Não é de lhe dar razão.

11.4. Mídias como a objeto da alegação, como se disse nos itens 26 e 28 da instrução aposta à peça 14, não constituem prova cabal da consecução do objeto do convênio. O Tribunal firmou, mediante o subitem 9.2.2. do Acórdão 1459/2012 – Plenário, como registrado no item 28 da mesma instrução, a facultatividade da sua exigência, e portanto sua análise, para fatos havidos anteriormente a 2010 na hipótese de os documentos exigíveis por força da Instrução Normativa STN 1/97 e no art. 58 da então vigente Portaria Ministerial 127/2008 não bastem para comprovar a execução do objeto do convênio.

11.5. Como se observou no item 26 da mesma instrução, no curso da persecução de controle administrativo o responsável não trouxe aos autos material noticioso acerca do evento publicado posteriormente à sua realização, tal como reportagem sobre o evento depois de realizado da lavra de empresas de notícias.

12. Do ônus da prova

Alegação

12.1. O recorrente assevera (peça 36, p. 3) que consistiria em ilegalidade imputar-lhe débito relativo à não execução de “atrações artísticas para [as] quais existem elementos possíveis de prever a sua apresentação”. Não teria constado da análise técnica imputação de não realização do evento, mas antes que não há elementos bastantes para prová-la.

Análise

12.2. A alegação recursal não merece agasalho.

12.3. O recorrente parte da premissa de que a falta de elementos probatórios da realização do evento é insuficiente para fundar a sua condenação a ressarcir o erário e a sua punição pecuniária. Dito de outro modo, que o Estado-Juiz somente poderia fazê-lo diante de provas da não realização do evento.

12.4. A premissa é falsa porque o julgamento combatido não se funda em prova indiciária da não aplicação dos recursos em foco, mas antes, como está claro na fundamentação da decisão, na não

comprovação de tal aplicação. Não se trata apenas de questão semântica, como se poderá pensar à primeira vista, pelo que se passa a explicar.

12.5. Na hipótese de falta de elementos de comprovação da aplicação regular de recursos públicos pecuniários federais este Tribunal não carece de indícios ou provas de sua não-aplicação ou de sua aplicação irregular, pois em tal caso se presume a irregularidade. Trata-se de presunção relativa, portanto suscetível de elisão mediante apresentação de prova em contrário – consistente em elementos de comprovação da aplicação dos recursos, ônus do gestor destes.

12.6. Dito doutro modo, em matéria de gestão de recursos públicos, o ônus da prova é invertido. De conseguinte, para que sejam julgadas regulares suas contas deve o Responsável produzir e juntar aos autos elementos probatórios suficientemente robustos para fazer ver cabalmente não apenas as despesas realizadas, mas também o nexo causal entre estas e os recursos repassados para sua realização.

12.7. Pois estatui o parágrafo único do art. 70 da Constituição da República:

Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

12.8. A jurisprudência da Corte, em consonância também com o disposto no art. 93 do Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967, c.c. o art. 66, do Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986, é pacífica no sentido de que compete ao gestor comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos, conforme entendimento assentado nos seguintes julgados: Acórdãos 11/97 - Plenário; 87/97 - 2ª Câmara; 234/95 - 2ª Câmara; 291/96 - 2ª Câmara; 380/95 - 2ª Câmara; e Decisões 200/93 - Plenário; 225/95 - 2ª Câmara; 545/92 - Plenário.

12.9. O Supremo Tribunal Federal sempre se posicionou no sentido de que, em Direito Financeiro, cabe ao administrador público provar que não cometeu irregularidades a eles eventualmente imputadas:

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.” (MS 20.335/DF, Relator Min. MOREIRA ALVES, DJU 25/2/1983)

12.10. Vale citar elucidativo trecho da fundamentação da Decisão 225/2000 – 2ª Câmara, da lavra do Relator Ministro Adylson Motta:

A não-comprovação da lisura no trato de recursos públicos recebidos autoriza, a meu ver, a presunção de irregularidade na sua aplicação. Ressalto que o ônus da prova da idoneidade no emprego dos recursos, no âmbito administrativo, recai sobre o gestor, obrigando-se este a comprovar que os mesmos foram regularmente aplicados quando da realização do interesse público. (...)

Há que se destacar, ainda, que, além do dever legal e constitucional de prestar contas do bom e regular emprego dos recursos públicos recebidos, devem os gestores fazê-lo demonstrando o estabelecimento do nexo entre o desembolso dos referidos recursos e os comprovantes de despesas realizadas com vistas à consecução do objeto acordado. Assim, é imperioso que, com os documentos apresentados com vistas a comprovar o bom emprego dos valores públicos, seja possível constatar que eles foram efetivamente utilizados no objeto pactuado, de acordo com os normativos legais e regulamentares vigentes.

12.11. A falta da comprovação mencionada no parágrafo precedente reveste de presunção *juris tantum* (relativa, ou que admite prova em sentido contrário) de autenticidade e de veracidade da imputação de causação de prejuízo ao erário.

12.12. Noutras palavras, por força do disposto no art. 70 da Lei Maior, a não comprovação aludida faz prova presuntiva da imputação à ora recorrente da causação do prejuízo ao erário constatado. Colhe-se da lição de Plácido e Silva em sua obra *Vocabulário Jurídico* (28ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 1124):

PROVA PRESUNTIVA. É a que se firma numa determinação legal, que se constitui em prova por determinação legal.

E, neste caso, salvo para tornar desfeita ou para a anular, o que cabe à parte contrária, quando se trata de presunção relativa, a menção da presunção legal dispensa o encargo da prova, desde que ela própria a produza.

13. Da dosimetria da pena de multa aplicada

Alegação

13.1. O recorrente assevera (peça 36, p. 4-5) que teria sido excessivo o valor da punição pecuniária a ele aplicada. Haveria que considerar “a extensão do dano causado” em homenagem aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade relativamente à gravidade da conduta reprovável supostamente praticada, que a Corte não teria observado.

13.2. Ter-se-ia de considerar na dosimetria da pena o elemento subjetivo da

Análise

13.3. Não assiste razão ao recorrente.

13.4. As aplicações de multa previstas nos arts. 57 ou 58 da Lei 8.443, de 1992, como a fixação do seu valor até os limites nesses dispositivos estabelecidos, é atribuição desta Corte no exercício do poder discricionário da Administração, conforme tenha reputado maior ou menor a gravidade da conduta reprovável imputada. É o que se infere sem maior dificuldade da leitura atenta das expressões “poderá aplicar” multa em ambos os citados artigos e, respectivamente, “de até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao Erário” e “de até Cr\$ 42.000.000,00 [...] ou valor equivalente”.

13.5. Vale lembrar do conceito dado ao adjetivo discricionário por Plácido e Silva em sua consagrada obra *Vocabulário Jurídico* (28ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 484):

DISCRICIONÁRIO. Assim se diz de todo poder, que não está limitado, que se dirige pela própria vontade do agente, sem qualquer limitação exterior, segundo sua própria discricção ou entendimento.

13.6. O juízo de aplicação de sanção deve considerar não só a gravidade da infração em causa, mas também as circunstâncias envolvidas na conduta do administrador faltoso. E é possível que tais circunstâncias influam na convicção do Tribunal de modo a afastar a cominação das penalidades previstas sem que tal constitua precedente em face de infrações da mesma natureza.

13.7. O mesmo raciocínio se aplica à dosimetria da pena no Processo Penal brasileiro, procedimento a respeito do qual não se manifesta previamente o réu. Ensina Guilherme de Souza Nucci, festejado doutrinador – alinhado, como se vê, à corrente entendedora de que há discricionariedade judicial – em seu *Código Penal Comentado* (1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 393):

Conceito de fixação da pena: trata-se de um **processo judicial de discricionariedade juridicamente vinculada** visando à suficiência para prevenção e reprovação da infração penal. O juiz, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador (...), deve eleger o quantum ideal, **valendo-se do seu livre convencimento (discricionariedade), embora com fundamentada exposição de seu raciocínio (juridicamente vinculada)**. (...) [grifou-se]

13.8. A dosimetria da punição pecuniária resulta de sopesamento do conjunto de irregularidades praticadas e do juízo da reprovabilidade da conduta verificadas ante as circunstâncias do caso concreto.

13.9. Tal como se faz no processo criminal ao cumprir o disposto no art. 59, caput e inciso II, do Código Penal brasileiro. Dentre as mencionadas circunstâncias, a culpabilidade em sentido amplo – vale dizer, no sentido que abarca culpa e dolo –, a cujo respeito Fernando Capez leciona:

O grau de culpa e a intensidade do dolo importam na quantidade de pena que será atribuída ao acusado. Em outras palavras, todos que agem com dolo ou culpa cometem crime doloso ou culposos, mas, dependendo da intensidade dessa culpa ou desse dolo, a pena será mais ou menos branda. (Direito Penal. Vol. 1. 8ª edição. p. 418. São Paulo, 2005)

13.10. Tem-se no Direito Penal que na aplicação da pena o julgador, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador, deve eleger um *quantum* ideal, valendo-se de seu livre convencimento (discricionariedade), com fundamentação (juridicamente vinculada).

13.11. Aplica-se também tal conceito na fixação do valor da pena pecuniária levada a efeito pelo Tribunal, conquanto se trate de sanção punitiva de natureza civil, por acessória da consistente em condenação ao ressarcimento do erário.

13.12. O sopesamento do conjunto de irregularidades praticadas e a avaliação da gravidade da conduta de quem as tenha praticado consiste em delimitar o seu valor relativo perante as circunstâncias dadas à luz dos princípios de direito da razoabilidade e da proporcionalidade. Trata-se de um julgamento meramente subjetivo, pois o seu objeto consistirá exclusivamente na significância do dito conjunto e na gravidade das condutas reprováveis observadas.

13.13. No caso concreto, vê-se que o Tribunal fez uso do seu poder discricionário tanto para dizer o direito tanto quanto à justeza da aplicação da multa como, tendo decidido aplicá-la, quanto à fixação do seu valor, visto que se observou seu limite estabelecido no mencionado art. 57.

CONCLUSÃO

14. Das análises anteriores conclui-se que:

a) os elementos probatórios trazidos aos autos na fase da instrução dos processos e as declarações a eles ora acostadas não fazem prova da execução de parte do objeto do convênio;

b) é acertado o juízo de que mídia apresentada como meio de prova, por si só, da realização do evento, não basta para reputar a última comprovada;

c) é cabida a condenação a ressarcir o erário e a multa dela acessória diante da falta de provas da execução do objeto do convênio, e não da prova cabal da sua inexecução;

d) observaram-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade informadores do direito brasileiro no julgamento impugnado.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

15. Do exposto, propõe-se, com fundamento nos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443, de 16/6/1992:

- a) conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento;
- b) notificar da decisão sobrevinda o recorrente e os demais interessados notificados do Acórdão impugnado, sem deixar de anexar ao expediente de notificação cópia do relatório e da fundamentação da decisão.

À consideração superior, para posterior encaminhamento ao Ministério Público especializado e ao ministro-relator ministro João Augusto Ribeiro Nardes.

TCU, Secretaria de Recursos, 1ª Diretoria, em 7 de fevereiro de 2017.

[assinado eletronicamente]

FÁBIO LUIZ DOURADO BARRETO
Auditor Federal de Controle Externo – Matr. 3510-6