

## EMBARGOS DE DECLARAÇÃO N. 958.363

**Recorrente:** Dênio Marcos Simões  
**Processo Principal:** 738.397 (Tomada de Contas Especial)  
**Órgão/Entidade:** Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas  
**Procuradores:** Mauro Jorge de Paula Bomfim, OAB/MG 43.712, e João Francisco da Silva, OAB/MG 49.364

**RELATOR:** CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA

### EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – TOMADA DE CONTAS ESPECIAL – INABILITAÇÃO PARA EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO OU FUNÇÃO DE CONFIANÇA – I. PECULIARIDADES DA LEI N. 8.429/1992 E DO DECRETO-LEI N. 201/67 – APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA – IMPOSSIBILIDADE – EXISTÊNCIA DE NORMAS ESPECÍFICAS – OMISSÃO INEXISTENTE. II – OMISSÃO NO DEVER DE PRESTAR CONTAS – ILÍCITO CONSTITUCIONAL GRAVE – OUTRAS CONDUTAS GRAVES REITERADAS – PRESUNÇÃO DE DANO AO ERÁRIO – GESTÃO IRRESPONSÁVEL – DESNECESSIDADE DE EVIDENCIAÇÃO DE DOLO ESPECÍFICO OU MÁ-FÉ – TEORIA DA CULPA CONTRA A LEGALIDADE – III. DOSIMETRIA DA PENA – EXPLÍCITA NO VOTO REDATOR DO ACÓRDÃO – DOSIMETRIA OBJETIVA – INAPLICABILIDADE – ROL DE AGRAVANTES, ATENUANTES E SEUS IMPACTOS – INEXISTÊNCIA NO ÂMBITO DAS CORTES DE CONTAS – IV. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE – EFEITOS DA DECISÃO A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO – V. NOMEAÇÃO ANTERIOR AO TRÂNSITO EM JULGADO – ATO JURÍDICO PERFEITO – IMPOSSIBILIDADE – CARGO OU FUNÇÃO DEMISSÍVEL *AD NUTUM* – PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO – IMPERATIVIDADE DE EXONERAÇÃO OU DISPENSA – VI. *BIS IN IDEM* – INOCORRÊNCIA – PENA PREVISTA NA NORMA JURÍDICA – ANÁLISE HOLÍSTICA DA GESTÃO – VII. ADEQUAÇÃO – NECESSIDADE – PROPORCIONALIDADE *STRICTO SENSU* – SALVAGUARDA DOS RECURSOS PÚBLICOS – PENA PROPORCIONAL – VIII. CITAÇÃO VÁLIDA – INTIMAÇÃO DA DATA DA SESSÃO – PREJUÍZO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL – INOCORRÊNCIA. IX. – NÃO VERIFICAÇÃO DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO – EMBARGOS CONHECIDOS E REJEITADOS.

1. A Lei n. 8.429/1992 e o Decreto-Lei n. 201/1967 orientam a análise dos processos de contas, mas, em razão do princípio da especialidade, não podem ser aplicadas subsidiariamente quando haja norma específica que trate da matéria em análise.
2. A prática reiterada de falhas formais e materiais crassas e graves ao longo da vida pública do responsável configura gestão irresponsável, ensejando a aplicação da pena de inabilitação para o exercício de cargo de provimento em comissão ou função de confiança.
3. A inobservância reiterada de normas legais e constitucionais relevantes configura ato negligente do gestor, impondo o reconhecimento de seu descaso para com a coisa pública.
4. Conforme jurisprudência pacífica, não há previsão legal que possibilite às Cortes de Contas a realização de dosimetria objetiva pormenorizada de penas, com rol de atenuantes e agravantes afetos ao ilícito; basta que a sanção aplicada seja proporcional.
5. Uma vez que a pena aplicada está acorde com os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*, não há omissão quanto à consideração do princípio constitucional da proporcionalidade.
6. Não há omissão em acórdão que aplica pena sem definir o início de sua execução, porquanto a própria Constituição da República estabelece que as sanções somente podem ser executadas após o trânsito em julgado da decisão condenatória.

7. Não se justifica a manutenção de pessoa inabilitada em cargo comissionado ou função de confiança para o qual foi nomeado ou designado antes da inabilitação; a Administração Pública não pode jamais coadunar com a manutenção de inidôneos em cargos e funções cuja atribuição básica seja de direção, chefia ou assessoramento.
8. Conforme entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal (Mandado de Segurança n. 30.322), o Tribunal de Contas pode aplicar pena de inabilitação até mesmo sem instauração de contraditório, desde que sua decisão se baseie no reconhecimento da gravidade do conjunto de irregularidades pretéritas em que foi oportunizado o contraditório e a ampla defesa.
9. Não há que se falar em *bis in idem* quando o conjunto de fatos jurídicos pretéritos subsidia a aplicação de penalidade em processo cuja reincidência de irregularidades graves seja verificada.
10. Na hipótese de o responsável ter sido validamente citado para integrar a relação processual informando-lhe os fatos que lhe são imputados, bem como ter sido intimado da data da sessão de seu julgamento, não há lesão ao princípio do devido processo legal.
11. No caso de as questões suscitadas estarem elucidadas no acórdão recorrido ou no próprio ordenamento jurídico, não se verificando omissão, contradição ou obscuridade, rejeitam-se os embargos declaratórios.

### **Tribunal Pleno**

**25ª Sessão Ordinária – 16/09/2015**

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

#### **I – RELATÓRIO**

Cuidam os autos de Embargos de Declaração opostos por Dênio Marcos Simões em face de decisão proferida nos autos da Tomada de Contas Especial n. 738.397 pelo Pleno deste Tribunal, na sessão de 19/08/2015, oportunidade em que o referido gestor foi inabilitado para o exercício de cargo de provimento em comissão e função de confiança em toda a Administração Direta e Indireta do Estado de Minas Gerais e de todos os seus municípios.

Os embargos foram opostos em 02/09/2015, consoante se verifica do registro de protocolo.

Em seguida, vieram os autos conclusos.

#### **II – FUNDAMENTAÇÃO**

##### **II.1 Preliminar**

Conheço do presente recurso, uma vez que foram atendidos os pressupostos de sua admissibilidade, pois o apelo é próprio, tempestivo e atende ao disposto no art. 325 c/c art. 343 da Resolução n. 12/2008 - RITCMG.

##### **II.2 Mérito**

O recorrente alega, em embargos de declaração, o reconhecimento de obscuridade, contradição e omissão constante no *decisum* da Tomada de Contas Especial n. 738.397.

No recurso apresentado, o recorrente aponta “pontos omissos e contraditórios”: (i) impossibilidade de execução imediata do acórdão recorrido, porquanto há no ordenamento jurídico norma mais benéfica em favor do embargante, qual seja, art. 20 da Lei n. 8.429/92; (ii) impossibilidade de execução da decisão antes de seu trânsito em julgado, em razão de seu “caráter extra-penal”; (iii) ausência de demonstração de dolo específico e má-fé do agente público, no caso de omissão no dever de prestar contas, para a declaração de inabilitação; (iv) ausência de demonstração de dolo específico e demonstração inequívoca de lesão ao erário; (v) ocorrência de prescrição quinquenal da pretensão punitiva da Corte; (vi) determinação de ressarcimento de R\$ 9.079,26 e a aplicação de multa de R\$ 2.723,78 não guardam

proporcionalidade com a aplicabilidade da pena de inabilitação; (vii) dosimetria da pena deve levar em consideração apenas o caso concreto; (viii) existência de Recurso Extraordinário com Agravo n. 643.672, no qual se definiu que a pena de inabilitação deve estar condicionada à condenação definitiva e se submeter ao prazo prescricional do processo principal; (ix) prejuízo ao contraditório e à ampla defesa, uma vez que esta não foi oportunizada em todas as fases processuais; (x) ante a inexistência de dolo, a inabilitação é antagônica aos princípios da proporcionalidade, satisfação e dosimetria das penas; (xi) a referência a outros processos em que o gestor tenha participado na Corte acarretaria *bis in idem*; (xii) aplicação de penalidades sem motivação válida; (xiii) natureza processual contraditória – Tomada de Contas Especial ou Julgamento Irregulares de Contas.

Passa-se a analisar, uma a uma, as diferentes argumentações apresentadas que ensejaram a interposição dos embargos de declaração.

### ***II.2.1 Mediaticidade da execução de pena análoga à descrita no art. 20 da Lei n. 8.429/1992 – alegações i e ii***

Conquanto a Lei n. 8.429/1992 seja relevante para orientação das decisões dos órgãos de controle externo, estes estão submetidos a regimento jurídico próprio oriundo do texto da Constituição da República, da Constituição do Estado, da Lei Orgânica bem como da legislação extravagante afeta à matéria. As penas disciplinadas na Lei n. 8.429/1992 somente podem ser aplicadas pelo Poder Judiciário, e não pelas Cortes de Contas.

A pena de inabilitação para exercício de cargo de provimento em comissão e função de confiança está descrita no art. 92 da Lei Orgânica desta Casa, não se lhe sendo aplicáveis as disposições da Lei Federal n. 8.429/1992. Até mesmo porque há clara independência de instâncias entre as decisões do Poder Judiciário e as dos Órgãos Constitucionais de Controle Externo.

O Tribunal de Contas constitui órgão constitucional autônomo, porquanto suas competências são extraídas diretamente da Constituição, sendo até mesmo dotado de estrutura multidisciplinar. Nessa linha de raciocínio, destaca-se a decisão do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança n. 25.880/DF. *Vide*:

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA. ART.71, II, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E ART. 5º, II E VIII, DA LEI N. 8.443/92. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 148 A 182 DA LEI 8.112/90. INOCORRÊNCIA. PROCEDIMENTO DISCIPLINADO NA LEI N. 8.443/92. AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PREJUDICIALIDADE DA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS CIVIL, PENAL E ADMINISTRATIVA. QUESTÃO FÁTICA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SEGURANÇA DENEGADA.

1 – A competência do Tribunal de Contas da União para julgar contas abrange todos quantos derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário, devendo ser aplicadas aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, lei que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado aos cofres públicos [art. 71,II, da CR/88 e art. 5º, II e VIII, da Lei n.º 8.443/92].

2 – A tomada de contas especial não consubstancia procedimento administrativo disciplinar. Tem por escopo a defesa da coisa pública, buscando o ressarcimento do dano causado ao erário. Precedente [MS n.º 24.961, Relator o Ministro CARLOS VELLOSO, DJ 04.03.2005].

3 – Não se impõe a observância, pelo TCU, do disposto nos artigos 148 a 182 da Lei n.º 8.112/90, já que o procedimento da tomada de contas especial está disciplinado na Lei n.º 8.443/92.

**4 – O ajuizamento de ação civil pública não retira a competência do Tribunal de Contas da União para instaurar a tomada de contas especial e condenar o responsável a ressarcir ao**

**erário os valores indevidamente percebidos. Independência entre as instâncias civil, administrativa e penal.**

5 – A comprovação da efetiva prestação de serviços de assessoria jurídica durante o período em que a impetrante ocupou cargo em comissão no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região exige dilação probatória incompatível com o rito mandamental. Precedente [MS n.º 23.625, Relator o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 27.03.2003].

6- Segurança denegada, cassando-se a medida liminar anteriormente concedida, ressalvado à impetrante o uso das vias ordinárias. (grifo nosso)

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Segurança n. 25.880/DF. Relator: min. Eros Grau. Julgado em: 7 fev. 2007. **DJ**, 16 mar. 2007.)

Por fim, cumpre salientar que, por óbvio, quanto à produção de efeitos do acórdão que declara a inabilitação para o exercício de cargo de provimento em comissão e função de confiança, estes devem acontecer – *ex vi* do art. 5º, LVII, da Constituição da República, e não do art. 20 da Lei n. 8.429/1992 – **com o trânsito em julgado da decisão condenatória.**

### ***II.2.2 Teoria da Culpa contra Legalidade – alegações ii e iii***

*Ex vi* do princípio da indisponibilidade do interesse público, a infração à determinação legal-constitucional objetiva que cause dano ao erário, independentemente da verificação, ou não, de qualquer elemento subjetivo, implica o dever de restaurar o patrimônio público ao seu *status quo ante*. Nos processos de contas, a fim de atrair o poder punitivo das cortes que os julgam, é desnecessário avaliar se do ato irregular se infere qualquer traço de voluntariedade para a desobediência à lei ou geração de dano.

Além disso, em razão da objetividade que informa as sanções administrativas dos tribunais de contas – embora em algumas hipóteses, como ocorre quando constatado o erro escusável de interpretação, seja possível cogitar-se do afastamento da cominação de sanção –, a simples inobservância à norma objetiva já seria motivo suficiente para sancionar o infrator.

De qualquer forma, no caso dos autos, houve descumprimento de norma legal expressa, não havendo que se falar em dúvida interpretativa alguma.

Sobre a matéria, vale menção ao seguinte excerto doutrinário<sup>1</sup>:

Não se exige, para configuração da infração administrativa, a existência de dolo ou culpa do infrator, a não ser que o dispositivo legal assim o exija expressamente. Basta a conduta do agente fazendo existir no mundo dos fatos a situação prevista como reprovável e digna de sanção. É o comportamento da pessoa física ou jurídica causando a existência da situação prevista na lei como a hipótese, para que seja aplicável a sanção.

Ao contrário do que ocorre na área penal, na qual a existência do crime pressupõe a segura demonstração do dolo do agente, que se mostra como elemento do tipo penal, não se exige o elemento subjetivo para a configuração do tipo administrativo. Conforme disserta Hely Lopes Meirelles, ‘a multa administrativa é de natureza objetiva e se torna devida independentemente da ocorrência de culpa ou dolo do infrator. [...] Menciona Edmundo Oliveira que “diversamente da multa de direito penal, a multa em direito administrativo é objetiva, independe de dolo ou de culpa.’

Ao caso ainda se aplicaria a Teoria da Culpa contra a Legalidade, segundo a qual o mero descumprimento de norma explícita em texto legal corresponde a uma negligência do

---

<sup>1</sup> RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. As infrações administrativas e seus princípios. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 40, abr. / jun. 2011, p. 159

responsável. *Id est*, a culpa adviria do próprio descumprimento da norma vigente, porquanto a conduta do infrator estaria maculada com o que a doutrina convencionou chamar de culpa contra a legalidade.

Sobre a aplicabilidade da Teoria da Culpa contra a Legalidade nos processos de contas, cumpre citar especialmente o acórdão do Tribunal de Contas da União n. 0795-10/14 (Plenário; julgado em 02/04/2014) cuja ementa e trecho se transcrevem a seguir:

O TCU não realiza dosimetria objetiva da multa, comum à aplicação de normas do Direito Penal. Não há um rol de agravantes e atenuantes legalmente reconhecido, de modo a possibilitar a alteração objetiva da pena prevista *in abstracto*. Assim, um histórico de bons antecedentes funcionais não tem relevância para a apuração do valor da multa, pois a incidência desta sanção tem por fim repreender uma conduta específica do gestor, tendo como balizadores a isonomia de tratamento de casos análogos e a valoração das circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas, visando uma maior adequação punitiva. A imposição de multa com base no art. 58, II, da Lei 8.443/1992 **independe de dano ao erário ou dolo nas ações dos responsáveis, bastando a chamada ‘culpa contra a legalidade’ na prática de ato com grave infração à norma legal ou regulamentar.**

[...]

12. Nesse ponto, enfatizo que a imposição de multa com base no art. 58, II, da Lei 8.443/1992 independe de dano ao erário ou dolo nas ações dos responsáveis. Para tanto, basta a chamada ‘culpa contra a legalidade’ na prática de ato com grave infração à norma legal ou regulamentar, consoante pacífica jurisprudência deste Tribunal, a exemplo dos acórdãos **87/2003**, **44/2006**, **1.132/2007**, **23**, **91** e **2.070/2008**, **2.303/2010** e **676/2011**, do Plenário. (grifo nosso).

### ***II.2.2.1 Teoria da Culpa contra a Legalidade e a pena de inabilitação para exercício de cargo de provimento em comissão ou função de confiança***

É pacífico na doutrina e na jurisprudência que a pena de inabilitação para exercício de cargo de provimento em comissão ou função de confiança pode decorrer da prática reiterada de atos lesivos à Administração Pública.

Tal entendimento chega a ser óbvio em qualquer legislação administrativista. Não seria aceitável entregar cargos ou funções com poder decisório ou que possam influir na tomada de decisão de autoridades a pessoas que recorrentemente lesaram o Poder Público, descumprindo a legislação e ignorando a própria Constituição da República. Não se poderia aceitar que um gestor irresponsável – conforme ficou demonstrado nas decisões da Segunda Câmara e do Tribunal Pleno que levaram à sua inabilitação – pudesse continuar gerindo direta ou indiretamente a coisa pública conforme bem entendesse.

Conforme lição de Jorge Ulisses Jacoby sobre a aplicabilidade da pena *sub examine*: “Pode ocorrer que o interesse em coibir de forma efetiva a reiteração da prática de atos lesivos ao erário imponha a conveniência da aplicação dessa penalidade [inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança]”<sup>2</sup>

No Tribunal de Contas da União, há jurisprudência reiterada sobre a matéria. Exemplificativamente transcrevem-se ementas de acórdãos do TCU sobre a inabilitação para o exercício de cargo de provimento em comissão e função de confiança.

---

<sup>2</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tomada de contas especial**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 267.

A pena de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da administração pública federal é graduada em função do envolvimento do responsável na fraude apurada e da gravidade dos atos ilícitos por ele praticados no caso concreto.

(BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão n. 0772-11/12. Relator: min. Walmir Campelo. Data do julgamento: 4 abr. 2012).

\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*

A inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança somente é reservada pelo TCU para a conduta, ou conjunto de condutas, cuja gravidade é considerada extrema.

(BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão n. 1974-29/12. Relator: min. Walton Alencar Rodrigues. Data do julgamento: 1º ago. 2012).

\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*

Quando o agente público vale-se do poder de sua posição hierárquica para cometimento de irregularidades graves, pune-se o responsável com a inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança na Administração Pública.

(BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão n. 2829-41/12. Relator: min. José Lúcio Monteiro. Data do julgamento: 17 out. 2012).

\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*

A pena de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública (art. 60 da Lei 8.443/92), cujo prazo mínimo de aplicação é de cinco anos, guarda estreita correlação com a gravidade da infração praticada. O TCU não pode fixar referida pena com prazo inferior a esse. Quando o Tribunal se deparar com casos em que a pena de inabilitação, pelo prazo de cinco anos, se mostre excessiva, deve considerar que a falha correspondente não se reveste de gravidade suficiente, deixando de aplicá-la.

(BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão n. 2143-32/32. Relator: min. André de Carvalho. Data do julgamento: 22 ago. 2014).

### **II.2.3 Gravidade da (reiterada) omissão no dever de prestar contas e outras falhas graves – alegações iii, vii, x, xi e xii**

A relevância do dever de prestar contas subsiste desde o fim do *L'Ancien Régime*: o detentor do poder não encontra legitimidade em si próprio ou em algum ser transcendental, e sim no Parlamento e/ou diretamente no próprio povo. Na verdade, a mudança gradual de paradigma de regimes totalitários para sistemas mais democráticos levou a um processo de ressignificação da origem do Poder Estatal: esta não mais poderia ser fundada numa infalibilidade dogmática e unitária, mas sim numa lógica racional-jurídica. A legitimação externa daquele que exerce o Poder é o principal mecanismo para controlá-lo. Tal *legitimatío ad imperium* implica, pois, a obrigação de o gestor da coisa pública prestar contas e torná-las públicas.

Condescender com uma gestão que regularmente não presta contas dos recursos que lhe são confiados para atendimento da finalidade pública atentaria não apenas contra a Constituição da República, mas também contra princípios éticos mínimos depreendidos do Direito Administrativo transtemporal e da sua própria historicidade.

Do contrário, estar-se-ia retornando a uma Administração medieval, divorciada da racionalidade, ensimesmada e autolegitimada.

Na Administração contemporânea, num regime democrático, não é permitido àquele que gere a *res publica* dispor dela como bem entender. O povo, real detentor do Poder Estatal, confiou aos representantes por ele eleitos a gestão dos bens da coletividade. Por essa mesma razão, todo aquele que gerencia recursos públicos, independentemente de sua natureza, tem a

obrigação de prestar contas, comprovando a boa e regular guarda e aplicação, conforme o caso.

Considerando a obrigação de prestar contas, os mecanismos de *accountability* visam, entre outros objetivos, reduzir a “opacidade” de poder. Consoante Andreas Schedler e Bert Hoffmann<sup>3</sup>, o poder tende naturalmente a formar opacidade para qualquer um que deseje observá-lo, propiciando a formação de ilhas de autoritarismo. Por óbvio, o ambiente incapaz de dar informações claras sobre a forma como o poder é executado tende a torná-lo ainda mais opaco, facilitando o surgimento de disfunções típicas da relação opacidade-autoritarismo, quais sejam: ocultamento de dados, mascaramento de responsabilidades e distorção de informações.

Ressalte-se que o ônus de comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos recai sobre quem os gere, ao qual compete demonstrar o liame entre os montantes conveniados e as despesas efetuadas. Inexistindo comprovação dos valores geridos, impõe-se a obrigação de ressarcimento.

Com base nesse entendimento, este Tribunal bem como o Tribunal de Contas da União julgam irregulares as contas tomadas de gestor que não comprovou a aplicação de valores repassados mediante convênio. *In litteris*:

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. NÃO COMPROVAÇÃO DA BOA E REGULAR APLICAÇÃO DOS RECURSOS REPASSADOS PELA FUNASA MEDIANTE CONVÊNIO. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO E MULTA.

1. O ônus de comprovar a regularidade na aplicação dos recursos públicos compete ao gestor, por meio de documentação consistente, que demonstre cabalmente a regularidade dos gastos efetuados com os objetivos pactuados, bem assim o nexo de causalidade entre estes e as verbas federais repassadas.
2. Julgam-se irregulares as contas, com a imposição de débito e multa, quando o gestor não comprova o correto emprego dos dinheiros públicos na finalidade para o qual se destinavam.

(BRASIL. Tribunal de Contas da União. Primeira Câmara. Acórdão n. 0973-04/11-1. Relator: min. Marcos Bemquerer Costa. Julgado em: 15 fev. 2011. Disponível em: <[www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br)>. Acesso em: 24 jun. 2015).

Hostil à regra do *accountability* é a opacidade de poder, que envolve “blindagens” e falta de transparência com a aplicação de recursos públicos mediante instâncias de autoritarismo, restringindo o acesso à informação. É o que acontece quando o gestor de recursos públicos não presta contas ou presta inadequadamente, sem relação com a realidade. Nesses casos não há que se falar em dolo ou culpa, porque a não prestação de contas, antes de ser um ato omissivo, é um fato jurídico incontestado. Cabe àquele que é responsabilizado pela omissão ou intempestividade no dever de prestar contas justificar a ocorrência de tal fato.

Conforme entendimento pacificado nesta Corte, a inversão do ônus da prova na comprovação da regular aplicação dos recursos é a regra no âmbito dos órgãos de controle externo. Exemplificativamente, citem-se acórdãos do Tribunal de Contas da União e do Tribunal de Contas mineiro, *in litteris*:

[...], por força constitucional há **inversão do ônus da prova**, assim, cabe aos gestores a obrigação de comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos a eles confiados (Enunciado de Decisão/TCU 176). [...]

---

<sup>3</sup> SCHEDLER, Andreas; HOFFMANN, Bert. The dramaturgy of authoritarian elite cohesion. **Annual Meeting Paper**, [s.l.], ago. 2012. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2108768](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2108768)>. Acesso em: 24 jun. 2015.

(BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Processo n. 004.664/2011-6. Acórdão n. 1885/2014. Relator: min. Augusto Sherman. Julgado de 16/07/2014. grifo nosso).

\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*

A propósito, a **inversão do ônus da prova** na comprovação da regular aplicação dos recursos é matéria pacífica no âmbito dos Tribunais de Contas.

(MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Segunda Câmara. Tomada de Contas Especial n. 777.021. Relator: cons. subst. Licurgo Mourão. Julgado em: 9 abr. 2015. grifo nosso).

\*\*\* \*\*\*\*\* \*\*\*

Ressalto que a prestação de contas é dever insculpido no art. 70, parágrafo único, da Constituição da República. Assim, compete ao gestor prestar contas da integralidade dos recursos públicos geridos, **cabendo-lhe o ônus da prova quanto à sua regular aplicação**, o que não se verificou no caso em tela.

(MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Segunda Câmara. Tomada de Contas Especial n. 862.274. Relator: cons. subst. Hamilton Coelho. Julgado em 14 abr. 2015. grifo nosso).

Por essa razão, inexistindo prestação de contas ou havendo apresentação precária das contas sem saneamento, **presume-se a ocorrência de dano ao erário**. *Vide*: o Acórdão TCU n. 3.254 (relator: min. Raimundo Carreiro. Sessão de 29/06/2010); a TCE n. 794.924 (TCEMG. Relator: cons. subst. Licurgo Mourão. Sessão de 23/06/2015); a TCE n. 728.770 (TCEMG. Relator: cons. José Alves Viana. Sessão de 04/08/2015).

Como já salientado no voto da Segunda Câmara que levou ao julgamento das contas tomadas do Sr. Dênio Marcos Simões como irregulares, não havia nos autos nenhuma prestação de contas, mesmo que intempestiva, por parte do conveniente. Ademais, também não constavam dos autos prova alguma de que os recursos tenham sido utilizados para a finalidade pactuada, nem que sequer tenham sido empregados na própria entidade conveniente. **Saliente-se, ainda, que na TCE n. 723.471 (apensos n. 723.525 e 723.528), considerada no voto que inabilitou o responsável para exercício de cargo em comissão ou função de confiança, julgada em 28/05/2015, verificou-se que o responsável prestou contas intempestivamente, de forma precária, sendo condenado a ressarcir mais de R\$ 100.000,00, com determinação de arresto de bens.**

Conforme demonstrado no acórdão embargado, em outras oportunidades, o mesmo responsável teve contas julgadas irregulares ou foi condenado a pagar multa por fatos graves: crédito suplementares sem amparo legal; não aplicação do mínimo constitucional nas ações e serviços públicos de saúde e na manutenção e desenvolvimento do ensino<sup>4</sup>; contratações públicas sem licitação; pagamento antecipado de despesas; pagamentos em duplicidade; etc.

Não resta dúvida – como já demonstrado nos acórdãos proferidos nos autos do processo principal (738.397) – sobre a conduta irresponsável e descuidada para com a gestão da coisa pública por parte do Sr. Dênio Marcos Simões.

---

<sup>4</sup> Contas julgadas irregulares pela Câmara Municipal de São Romão, levando à declaração de inelegibilidade do Sr. Dênio Marcos Simões pelo TRE-MG.

#### ***II.2.4 Inaplicabilidade da prescrição quinquenal em feitos autuados antes de 15/12/2011 – alegação v***

Tal fato foi extensivamente analisado no voto-relator quando do afastamento da prejudicial de mérito suscitada pelo Ministério Público de Contas. Restrinjo-me a replicar trecho do acórdão da Segunda Câmara proferido nos autos do processo principal:

No caso dos autos, o fato gerador de sanção ocorreu em 02/04/2005, ou seja, quando ficou configurada a omissão do gestor em prestar contas dos recursos de convênio. Pela análise da tramitação do presente processo, verifica-se que o primeiro marco interruptivo ocorreu em 03/09/2007 (fl. 126) quando o processo foi autuado e distribuído neste Tribunal, atraindo a incidência do próprio art. 118-A – “Para os processos que tenham sido autuados até **15 de dezembro de 2011** [...]” (grifo nosso).

Segundo o inciso II do art. 118-A, aplicar-se-á a prescrição às sanções dos processos que não tenham decisão definitiva em até oito anos da ocorrência da primeira causa interruptiva, o que corresponde à data de **03/09/2015**. (grifo nosso)

Cumpra salientar que o acórdão que decidiu pela inabilitação do embargante foi publicado no *Diário Oficial de Contas*, de 28/08/2015, ou seja, anterior à data em que aconteceria a prescrição da pretensão punitiva desta Corte (03/09/2015).

#### ***II.2.5 Proporcionalidade e dosimetria da pena – alegações vi, vii e x***

Nos órgãos de controle externo, há elementos balizadores de dosimetria de pena (gravidade dos fatos, nível de instrução do responsável, reincidência, etc.), e não elementos para a realização de dosimetria com cálculos pormenorizados, extremamente objetivada, comum no Direito Penal. Além disso, não há nenhuma norma legal que determine o cálculo dessa dosimetria objetiva, com agravantes e atenuantes e suas proporções. Não cabe ao Tribunal estabelecer regras detalhadas sobre dosimetria quando o próprio legislador não o fez.

Nesse sentido, destaca-se enunciado de Acórdão do TCU n. 0123-02/14-P, *in litteris*:

A dosimetria da pena, no âmbito do TCU, tem como balizadores o nível de gravidade dos ilícitos apurados, com a valoração das circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas, e a isonomia de tratamento com casos análogos. **O Tribunal não realiza dosimetria objetiva** da multa, comum à aplicação de normas do Direito Penal. Não há um rol de agravantes e atenuantes legalmente reconhecido. Histórico de bons antecedentes funcionais não tem relevância para a apuração do valor da multa. (grifo nosso).

(BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão n. 0123/02/14-P. Relator: min. Raimundo Carreiro. Sessão de 29 jan. 2014).

Obviamente isso não quer dizer que a decisão não precise se mostrar proporcional nem que esta se trate de mera subjetiva do julgador.

A decisão de inabilitar o Sr. Dênio Marcos Simões para o exercício de cargo em provimento em comissão e função de confiança funda-se em norma positivada que tipifica a conduta do responsável e mostra-se (a) adequada, (b) necessária e (c) proporcional *stricto sensu* porquanto: (a) fomenta o alcance do fim visado pela decisão, qual seja, o de obstar ao responsável o acesso a cargos comissionados e funções de confiança destinadas à tomada de decisões ou que possa sobre ela influenciar; (b) inexistente, neste Corte, outra medida legal apta a alcançar o mesmo objetivo da decisão de forma menos gravosa; (c) há falhas formais e materiais graves reiteradas – algumas, inclusive malsinando a Constituição da República – cometidas pelo responsável ao longo de sua carreira como gestor público, aptas a limitar-lhe o acesso a cargos e funções públicas (*vide* quadro anexo ao acórdão embargado).

### **II.2.6 Recurso Extraordinário com Agravo n. 643.672 – alegação viii**

Primeiramente cumpre informar que o embargante invoca decisão em recurso extraordinário que foi **inadmitido** liminarmente pelo Supremo Tribunal Federal (STF). E, ainda que o recurso tivesse sido conhecido, as decisões das cortes superiores não vinculam as dos demais tribunais nem dos demais poderes do Estado, ressalvadas as exceções comportadas pelo ordenamento jurídico, como é o caso das súmulas vinculantes, dos julgamentos de ações de controle abstrato de constitucionalidade e dos recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida.

Frise-se novamente que a pena de inabilitação para exercício de cargo de provimento em comissão e função de confiança decorre de normativo próprio, e não da Lei 8.429/1992 ou do Decreto-Lei n. 201/67, embora eles, em outra análise, possam ser subsidiárias ao texto legal afeta à matéria no âmbito do controle externo.

Além disso, o argumento nele contido invocado pelo embargante (execução da condenação após o trânsito em julgado) já foi discutido no item II.2.1, afastando a alegação de contradição.

Quanto à alegação de que o julgado do STF entendeu pela submissão da pena de inabilitação para exercício de cargo de provimento em comissão ou função de confiança ao prazo prescricional do processo principal – embora não seja relevante para o caso *sub examine*, pois a pretensão punitiva desta Corte não está prescrita –, tal fato não condiz com a realidade.

O embargante pinçou trecho da decisão do STF, separando-a de seu contexto. No caso suscitado, o relator e redator do acórdão, ministro Gilmar Mendes, entendeu que as penas distintas são **autônomas**, podendo se submeter a prazos prescricionais diferentes. Cite-se, *in litteris*, a ementa do referido acórdão:

Agravo regimental em agravo nos próprios autos do recurso extraordinário. 2. Decisão recorrida que se assenta em precedentes do Supremo Tribunal Federal. 3. Desde o julgamento do AI-QO 379392 (DJ 16.8.2002), a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido de que, pela sistemática do Decreto-Lei n. 201/67, a pena privativa de liberdade e a restritiva de direitos – consistente na inabilitação para exercício de cargo e função pública – são autônomas. 4. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 643.672. Relator: min. Gilmar Mendes. Julgado em: 11 set. 2012.)

### **II.2.7 Respeito ao julgamento justo e ao non bis in idem – alegação ix**

Não há que se falar sobre lesão ao princípio do devido processo legal, quanto à oportunização do contraditório, uma vez que tal fato já foi amplamente discutido nos acórdãos que integram o feito.

Nos três incisos do art. 83 da Lei Orgânica estão descritas as sanções que esta Corte pode aplicar, quais sejam: multa, inabilitação para o exercício de cargo de provimento em comissão ou função de confiança e declaração de inidoneidade para licitar e contratar com o Poder Público. Não houve nos autos nenhum elemento ou fato novo não comunicado ao responsável que lhe tornasse a sanção ora em análise uma surpresa. Caso fosse válido esse raciocínio do embargante, haveria um risco de soçobrar a sistemática penal desta Corte, porquanto as partes não são citadas especificamente quanto à possibilidade de aplicação de multa, por exemplo; esta, tal como a inabilitação *sub examine*, é apenas uma das possíveis sanções a serem aplicadas ao responsável.

Frise-se que o embargante foi validamente citado para integrar a relação processual informando-lhe os fatos que lhe são imputados bem como ter sido intimado da data da sessão de seu julgamento, inexistindo lesão ao princípio do devido processo legal.

Quanto à alegação sobre a ocorrência de *bis in idem*, cumpre ressaltar que o próprio Supremo Tribunal Federal já analisou matéria similar no Mandado de Segurança n. 30.322, de relatoria da ministra Cármen Lúcia. A ação constitucional foi proposta contra o TCU por este ter inabilitado gestor público para ocupar cargo comissionado ou função de confiança num processo de contas em que o responsável sequer havia sido citado. Neste caso, o TCU havia considerado o conjunto de condenações pretéritas do responsável – tal como se verifica no caso da tomada de contas especial *sub examine* – e aplicou-lhe a referida sanção. **O STF denegou a segurança por entender que a sanção decorreu do reconhecimento da gravidade do conjunto de irregularidades praticadas ao longo de um período, e que a inabilitação teve suporte em fatos antigos, apurados no curso de processos pretéritos ou concomitantes nos quais o responsável exerceu contraditório.** *Vide* a ementa do acórdão na íntegra:

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. IMPOSIÇÃO DE MULTAS. PRESTAÇÃO DE CONTAS DE EXERCÍCIO FINANCEIRO. INABILITAÇÃO DE EX-GESTORES DE EMPRESA PÚBLICA PARA O EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO OU FUNÇÃO DE CONFIANÇA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

1. A inabilitação do Impetrante não teve suporte em fatos ou imputações novas e sobre as quais não exerceu as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.
2. Sanção que decorre do reconhecimento da gravidade do conjunto de irregularidades praticadas ao longo do exercício financeiro.
3. Segurança denegada.

### ***II.2.8 Motivação das decisões – alegação xii***

O embargante alega que a decisão não foi baseada em motivação válida sem explicitar o que ou qual ponto da decisão não foi fundamentado ou que foi fundamentado invalidamente. Considero, pois, prejudicada a alegação em análise.

### ***II.2.9 Natureza processual contraditória – alegação xiii***

Alegou-se também que a natureza processual do feito é contraditória “em razão da dualidade e da necessidade de distinção – Tomada de Contas Especial e Julgamento Irregulares de Contas” (fl. 5, *sic*).

Não há como analisar as razões do embargante, pois **não existe** o fundamento de seu argumento, qual seja, a natureza processual “Julgamento Irregulares de Contas”. O julgamento das contas tomadas como irregulares é um dos possíveis resultados do processo de Tomada de Contas Especial bem como a imputação das sanções legais cabíveis. Não existe uma natureza processual nominada “Julgamento Irregulares de Contas”.

### ***II.2.10 Dos embargos declaratórios e seus efeitos***

Os embargos de declaração são um remédio voluntário que concedem a oportunidade de o juiz ou relator reapreciar o ato jurídico prolatado com vício, sanando possível obscuridade, contradição ou omissão. Ou seja: tal instituto processual deve ser utilizado para esclarecer pedidos constantes na peça inicial e não tratados no voto, elidir impropriedades que possam

constar na sentença, e adaptar ou eliminar alguma das preposições da parte decisória, caso haja incoerência.

Em que pese a possibilidade, amplamente admitida na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de se dar efeitos atípicos (modificativos ou infringentes) aos aclaratórios, esta deve ser uma **consequência** do provimento do pedido do embargante, e **não a causa de pedir**. Não se pode rediscutir, mediante embargos declaratórios, o mérito da decisão recorrida, como propõe o Sr. Dênio Marcos Simões.

Nas palavras de Fredie Didier Jr,

Se o embargante somente pode alegar omissão, obscuridade e contradição, **o juízo que apreciar os embargos não deve desbordar tais limites, restringindo-se a suprir uma omissão, eliminar uma contradição ou esclarecer uma obscuridade. Ultrapassados tais limites, haverá ofensa ao disposto no art. 535 do CPC, a caracterizar um *error in procedendo* que deve provocar a anulação da decisão, mediante interposição de apelação ou, se se tratar de acórdão, de recurso especial.**

No julgamento do REsp 970.190/SPm rel. Min. Nancy Andrighi, o STJ, invocando o quanto decidido no REsp 802.497/MG, enfrentou um caso digno de registro: o tribunal local, ao julgar embargos de declaração, alterou o acórdão embargado para ajustá-lo ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Daí se interpôs recurso especial por ofensa ao art. 535 do CPC, justamente porque não há previsão de embargos de declaração para modificar decisão que não esteja de conformidade com o entendimento de tribunal superior. Ao apreciar tal recurso, o STJ entendeu que, rigorosamente, o art. 535 do CPC teria sido violado, mas seria um exercício de inutilidade anular o julgamento, pois, restaurado o acórdão anterior do tribunal de justiça, a questão seria, inevitavelmente, erigida, uma vez mais, ao seu crivo, resultando, certamente, no provimento de novo recurso especial para ajustar o entendimento da Corte de origem à jurisprudência da Corte Superior. Assim, faltaria finalidade prática a um resultado como esse, conspirando contra a economia processual, contra o princípio da efetividade, contra o princípio da duração razoável do processo, e, até mesmo, contra a dignidade da pessoa humana, fazendo prevalecer o rigor processual para submeter a parte a um longo caminho que desaguardaria na mesma conclusão já obtida.

Tal decisão é um alento e deve ser posta em destaque, por fazer prevalecer a finalidade sob o rigor formal, garantindo a aplicação do princípio da efetividade e deixando de anular quando da invalidade não se extrai qualquer utilidade. Reconheceu-se a existência do vício, mas se deixou de anular o acórdão recorrido, mercê da evidente inutilidade da anulação. Não custa lembrar que a invalidade é uma sanção. Constatada a existência de vício, pode ser aplicada a sanção de invalidade, desconstituindo-se o ato viciado. Tal sanção pode, contudo, deixar de ser aplicada em prol de valores, princípios ou regras que mereçam prevalecer, tal como o STJ fez no citado caso<sup>5</sup>.

### III – CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, verifica-se que toda a decisão que levou ao julgamento pela inabilitação para exercício de cargo de provimento em comissão ou função de confiança expôs com clareza seus fundamentos em sintonia com a juridicidade de que devem se revestir os acórdãos da Casa. Após simples leitura do acórdão embargado e análise das alegações do embargante, percebe-se não haver nenhuma obscuridade, contradição ou omissão na decisão do Tribunal Pleno. Todas as questões suscitadas nestes embargos estavam elucidadas no voto-relator ou eram meramente consectários do ordenamento jurídico.

Assim, **rejeito os embargos de declaração** opostos em face da decisão proferida nos autos da Tomada de Contas Especial n. 738.397, por não reconhecer, nas razões recursais, argumentos

---

<sup>5</sup> DIDIER Jr, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 7. ed. Salvador: Jus Podivm. v. 3, p. 189-190.

que evidenciem omissão, obscuridade ou contradição no acórdão impugnado, mantendo, na integralidade, a decisão embargada.

Promovidas as medidas legais cabíveis à espécie, arquivem-se os autos.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas no voto do Relator, preliminarmente, em conhecer do presente recurso; e, no mérito: 1) em rejeitar os embargos de declaração opostos em face da decisão proferida nos autos da Tomada de Contas Especial n. 738.397, por não reconhecer, nas razões recursais, argumentos que evidenciem omissão, obscuridade ou contradição no acórdão impugnado, mantendo, na integralidade, a decisão embargada; 2) em determinar, promovidas as medidas legais cabíveis à espécie, o arquivamento dos autos.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Gilberto Diniz, a Conselheira Adriene Andrade, o Conselheiro em Substituição Licurgo Mourão e o Conselheiro Mauri Torres. Declarada a suspeição do Conselheiro Wanderley Ávila.

Presente à Sessão o Procurador-Geral Daniel de Carvalho Guimarães.

Plenário Governador Milton Campos, 16 de setembro de 2015.

SEBASTIÃO HELVECIO  
Presidente

JOSÉ ALVES VIANA  
Relator

*(assinado eletronicamente)*

RP/MGM/AHW/

### CERTIDÃO

Certifico que a **Súmula** desse **Acórdão** foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas de \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_, para ciência das partes.

Tribunal de Contas, \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_.

\_\_\_\_\_  
**Coordenadoria de Taquigrafia e Acórdão**