



II – RAZÕES DO VOTO

Consoante acima relatado, tratam-se de Pedido de Rescisão interposto pelo Sr. Juarez Alves da Costa, Prefeito Municipal de Sinop, em face do Acórdão nº 652/2012-TP, publicado em 25/10/2012, exarado no processo nº 13.931-9/2011, que foi parcialmente modificado por recurso ordinário e resultou no Acórdão nº 786/2014-TP, publicado em 28/04/2014.

Em suas razões, o Sr. Juarez Alves da Costa busca a desconstituição do Acórdão nº 652/2012-TP, nos termos já elencados no relatório deste voto.

A equipe técnica acatou os argumentos apresentados pelo Recorrente, considerando haver razão nas razões recursais apresentadas.

Em sede de preliminar o Ministério Público de Contas opina pelo não conhecimento do pedido de rescisão, pois entende que não foram cumpridos os requisitos necessários a sua propositura, principalmente o disposto no inciso I do artigo 254 do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso.

Rejeito a preliminar arguida pelo Parquet de Contas, haja vista proferimento de Juízo positivo de admissibilidade, onde foi observado o cumprimento de todos os requisitos necessários para interposição do presente recurso (Doc. n.º 230198/2015).

NO MÉRITO.

No mérito analisarei individualmente os pontos atacado pelo autor.

Item 2.1 do Acórdão: IV - "Determinar ao senhor Juarez Alves da Costa, que faça o ressarcimento ao erário no montante de R\$ 19.577,96, correspondente a 543,37 UPFs-MT", sendo: a) R\$ 16.821,76 correspondente a 466,88 UPFs-MT, em face do pagamento indevido para a empresa Dura-Lex



Sistemas de Gestão Pública Ltda., EPP, conforme fundamentação exposta no item 7.2. b) R\$ 2.756,20, correspondente a 76,49 UPFs- MT, em face de irregularidade na execução do Convênio nº 003/2011, firmado com a Associação dos Agentes Comunitários de Saúde de Sinop - ASS), conforme fundamentação exposta no item 14.1".

Sustenta o autor que "com relação às determinações supra indicadas, insta salientar que aquela contida no item 7.2 foi sanada por meio do ACORDAO N° 786/2014 – TP".

Quanto ao item 14.1 das Contas Anuais de Gestão da Sinop/MT, Exercício de 2014, justifica o defendente que:

" ..., a responsabilidade pela eventual restituição foi dividida entre ao Gestor, ora Requerente, e ao responsável pelo Departamento de Convênios, sendo que com relação ao primeiro, o foi de maneira objetiva.

No Acórdão rescindendo, porém, foi atribuída tal responsabilidade somente ao Sr. Juarez Alves da Costa, em total contraversão com os termos do voto.

Entretanto, faz-se necessário salientar prima face, que o Requerente nomeou a responsável pelo Departamento de Convênios para o desenvolvimento de ações análogas a de fiscal de contrato, já que no Município de Sinop/MT não possuía a época nenhuma norma que tratasse especificamente de "convênios", seguindo-se por analogia o que dispunha a Lei de Licitações.

Desta feita, em sendo a Chefe do Departamento de Convênios a responsável por fiscalizar o cumprimento do pacto, competia e compete a Ela responsabilizar-se diretamente pelas eventuais irregularidades, não podendo atribuir-se responsabilidade a Gestor, ora Requerente, pelo simples fato de ser Ele o Chefe do Poder Executivo Municipal.

Desta feita, se comprovado, de fato, a existência de dano, deverá ser imputada responsabilidade direta a quem de direito e não ao Requerente, cujo reconhecimento de ilegitimidade para responder pelos termos do processo, desde já se requer"..

A equipe técnica ao analisar a manifestação apresentada sustentou que:



“Esse quesito refere-se apenas ao item 2.1 – b, desse relatório, haja vista que o item 2.1 – a, já foi sanado por meio do Acórdão de nº 786/2014 – TP”.

Versa esse questionamento sobre irregularidade detectada na execução do convênio de nº 003/2011 (Associação dos Agentes de Saúde de Sinop – ASS).

O objetivo da prestação de contas é demonstrar a correta aplicação dos recursos transferidos. Para isso, é necessário que o setor competente observe os procedimentos descritos na legislação referentes às fases de proposição, celebração e execução dos convênios.

Especificamente na fase de execução, o analista da prestação de contas e o responsável pelo convênio deve atentar para a necessidade de incluir, tempestivamente, no controle sobre os convênios firmados pela Instituição, todas as informações relativas aos pagamentos realizados.

Além disso, o responsável deve providenciar a prestação de contas do convênio, encaminhando ela para um analista, ou fazendo ele mesmo a análise, em caso de município com falta de pessoal.

Concluídos os exames, a prestação de contas após sanada todas as irregularidades, receberá parecer favorável ou não pelo responsável pelo setor de convênios do órgão, quanto à regularidade da aplicação dos valores.

Sabe-se que em municípios de pequeno porte, o gestor é quem profere parecer sobre a prestação de contas, mas em se tratando de municípios maiores, como o caso de Sinop, cujo orçamento é superior a R\$ 170.000.000,00, o parecer cabe ao responsável pelo setor de contratos e convênios.

Nessa situação a responsável pelo departamento de convênios é a sra. Elizabete Cilião Guilherme, logo cabe a ela responder pela execução dos recursos liberados para a (Associação dos Agentes de Saúde de Sinop – ASS).

Sustentou o Ministério Público de Contas que os argumentos apresentados pelo autor não afastam a obrigação imposta pelo acórdão recorrido, pois o gestor tem o dever de zelar pela fiel aplicação dos recursos conveniados e pela correta execução dos serviços prestados pela associação contratada.

Entende ainda o procurador que era exigível, que o Prefeito assegurasse que os procedimentos realizados estivessem sendo conduzidos dentro dos parâmetros legais, e que, em decorrência desta falta de supervisão, advém a



responsabilização por culpa *in vigilando*, e, em função dos atos viciados praticados pelos seus subordinados, decorre a responsabilização por culpa *in eligendo*, já que ao gestor cabe a escolha daqueles que desempenham suas funções.

Quanto a tese apresentada pelo Ministério Público de Contas de que o gestor deve responder por culpa *in vigilando*, até entendo como cabível, desde que no relatório técnico preliminar a equipe de auditoria abra um item específico para imputar a irregularidade da culpa ao gestor, fato que não ocorreu no caso em concreto. Assim imputar ao gestor a culpa *in vigilando* somente no momento da condenação, sem a oportunização de contraditório a defesa, contaminaria o processo de uma nulidade absoluta, razão pela qual não acolho a manifestação ministerial.

Assim, no caso utilizo como fundamentação, trecho do relatório técnico, onde é citado que “que em relação ao sr. Juarez Alves da Costa, prefeito da cidade de Sinop, cidade esta que é uma das maiores do Estado de Mato Grosso, cuja população está em torno de 116.000 habitantes e que teve no ano de 2011 um orçamento municipal superior a R\$ 170.000.000,00, é complicado para o gestor ficar no cotidiano da prefeitura verificando os atos rotineiros de seus secretários”.

Neste caso, concordo com o entendimento da equipe técnica de que quando o gestor transfere aos seus subordinados, mediante ato específico, atribuições próprias, ele está visando dar maior celeridade ao funcionamento da máquina pública, isso não significa que ele deve revisar tudo aquilo que os secretários estão fazendo, caso contrário deixaria de administrar a cidade e passaria a ficar somente despachando os atos rotineiros de seus subordinados.

Em face do exposto entendo pela procedência dos argumentos do autor, devendo este ser retirado da determinação de restituição, impondo-se a obrigação de restituição, no valor de R\$ 2.756,20, correspondente a 76,49 UPFs- MT, em face de irregularidade na execução do Convênio nº 003/2011, firmado com a Associação dos Agentes Comunitários de Saúde de Sinop – ASS, à responsável pelo departamento de convênios a Sra. Elizabete Cilião Guilherme, uma vez que coube a ela a responsabilidade pela execução dos recursos liberados.



Item 2.2 do Acórdão: V – Determinar ao senhor Juarez Alves da Costa - Prefeito com a solidariedade do senhor Jhoni Elen Crestani - Secretário Municipal de Administração, que façam o ressarcimento ao erário no montante de R\$ 1.891,15, correspondente a 52,48 UPFs-MT, conforme fundamentação exposta no item 1.1 (processo nº 8.954-0/2012).

VI – Determinar ao senhor Juarez Alves da Costa - Prefeito com a solidariedade do senhor Silvano Ferreira do Amaral – Secretário Municipal de Finanças, que façam o ressarcimento ao erário no montante de R\$ 247,03, correspondente a 6,85 UPFs-MT, conforme fundamentação exposta no item 1.1 (processo nº 8.954-0/2012).

VII – Determinar ao senhor Juarez Alves da Costa - Prefeito com a solidariedade do senhor Júlio Cesar Timóteo - Secretário Municipal de Trânsito, que façam o ressarcimento ao erário no montante de R\$ 2.359,95, correspondente a 65,50 UPFs-MT, conforme fundamentação exposta no item 1.1 (processo nº 8.954- 0/2012).

Em sua fundamentação aduz o autor que o pagamento de horas extraordinária aos servidores comissionados das Secretarias de Administração, de Finanças e de Obras, foram autorizadas pelos respectivos Secretários(as), sem qualquer participação e/ou influência do Requerente do processo de realização da despesa.

E continúa o autor:

“para consecução de tal medida, seria no mínimo necessário que o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso demonstrasse sua efetiva participação, não podendo somente presumi-la.

A responsabilização de gestor público por dano causado ao erário, portanto, somente tem lugar se restar comprovado um aspecto subjetivo da atuação do gestor, ou seja, se restar evidenciado que o gestor agiu com culpa, considerando-se este conceito jurídico em seu sentido amplo, o qual compreende a culpa strictu sensu, caracterizada por negligência, imprudência ou imperícia, e o dolo.



O que acima se expôs permite concluir que, ocorrendo o prejuízo ao erário, mas sem culpa daquele a quem se confiou à gestão pública, não cabe subsumir o caso à hipótese normativa prevista no artigo 71, inciso II, parte final, da Constituição Federal. Ou seja, a aferição da conduta do gestor público constitui a verdadeira pedra de toque da responsabilização por dano ao erário em sede de tomada de contas especial.

Outrossim, o artigo 71, inciso II, parte final, da Constituição Federal, estabelece, como se viu, que a responsabilização de gestor público por dano ao erário depende de que reste comprovado que foi ele que deu causa àquele dano. E de se perceber, no entanto, que esse dispositivo constitucional não esclarece se é do Estado o ônus de provar a irregularidade, ou se, de modo inverso, recai sobre o gestor público o ônus de apresentar prova de que não deu causa ao dano.

Contudo, a solução para essa questão pode ser encontrada no já referido artigo 70, parágrafo único, da Constituição Federal. Esse dispositivo, ao preconizar, de forma ampla, a obrigação de prestar contas da gestão de recursos que de qualquer modo interessam ao patrimônio público, serve a veicular a cristalina mensagem normativa de que é aquele - pessoa física ou jurídica, pública ou privada - a quem se atribui aquela gestão que deve provar a devida aplicação dos recursos que lhe foram confiados.

Não há o mínimo espaço para se dispensar a esse dispositivo constitucional uma interpretação que pudesse lhe inverter o sentido, quanto ao ônus da prova, isto é, que levasse à conclusão de que caberia ao Estado a iniciativa e o esforço de buscar provas de que os recursos foram ou não empregados nos fins a que se destinavam.

A mensagem contida no parágrafo único do artigo 70 da CF é tão clara que prescinde de norma infraconstitucional lhe esclareça o sentido. Mas, ainda que assim não fosse, os dizeres do artigo 93 do Decreto-Lei n°. 200, de 25/02/1967, serviriam - e na verdade servem, pois se trata de uma norma recepcionada pela CF/1988 - a espancar quaisquer dúvidas sobre o assunto:

‘Quem quer que utilize dinheiros públicos terá de justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes’.

A conclusão acima exposta reforça o entendimento de que os dispositivos da Constituição com base nos quais vem-se discorrendo até aqui - parágrafo único do artigo 70 e artigo 71, inciso II, parte final - são verdadeiramente complementares e interdependentes, pelo que devem ser interpretados em conjunto, sempre com a consideração da estreita e recíproca relação normativa com que foram erguidos pelo constituinte.

Porém, faz-se necessário observar que, no exercício da interpretação desses dois dispositivos, é preciso ter o cuidado de não confundir as mensagens normativas que são próprias e distintas de cada um deles.



Faz-se essa observação com o intuito de denunciar o equívoco que representa a responsabilização de um gestor por prejuízo experimentado pelo erário tão somente em função de recair sobre aquele gestor a obrigação de prestar contas.

Conforme o que acima se expôs, por força do que é estabelecido no artigo 71, inciso II, parte final, da Constituição Federal, não há que se falar em responsabilidade objetiva daquele a quem se confiou a gestão pública. Ou seja, para a responsabilização do gestor, é preciso que este tenha dado causa ao dano, culposamente.

Assim, sendo de responsabilidade da equipe técnica a emissão de pareceres e execução de atos administrativos, não há falar-se em culpa do Defendente Juarez Alves da Costa pelos fatos supostamente irregulares.

Isso, porque, a solidariedade em processos envolvendo vários réus é pertinente quando não é possível aferir o grau de participação de cada parte na consecução de eventuais condutas ímprobas ou análogas as estas.

No mérito. Na mais remota hipótese de se restar ultrapassada a preliminar arguida, seja no mérito reconhecido que a imputação de responsabilidade pela restituição de valores se deu em razão do pagamento de horas extras a servidores comissionados, e não pelo recebimento das verbas sem a efetiva realização, sendo esta razão pela qual deve ser rescindida a decisão objurgada.

Isto, pois, independentemente da legalidade ou não da despesa, se os serviços extraordinários foram, de fato, executados para atendimento do interesse público, e não tendo havido dolo e/ou má-fé na conduta, os que sequer foi aventado nos autos, imperiosa a desnecessidade de restituição dos valores ao erário.”

A Secex Em relatório técnico, informa que o motivo que levou o Acórdão de nº 652/2012 – TP, a determinar ao Sr. Juarez Alves da Costa, com a solidariedade do Sr. Silvano Ferreira do Amaral, que restituam ao erário o montante de R\$ 247,03, correspondente a 6,85 UPFs/MT, já teve a reparação do dano, conforme cópia do Documento de Arrecadação – DAM de nº 1746984 com data do dia 16/10/2015, no valor de R\$ 376,34, pág. 34 do doc. dig. de nº 208834/2015 do processo de nº 254841/2015, cujo histórico: "Refere-se a Restituição TCE/MT Processo nº 8954-0/2012 Julgado em Conjunto com o Processo de nº 139319/2011 Acórdão nº 652/2012 – TP".

E ainda que:



“Tendo em vista que o valor foi restituído pela pessoa que recebeu o recurso, o valor recebido a título de horas extras pela Sra. Cléia dos Reis Monteiro, valor esse superior ao determinado no Acórdão de nº 652/2012 – TP.

O valor devolvido foi de R\$ 376,34, supõem que seja esse o valor total recebido pela servidora a título de horas extras.

Entende-se que o objetivo da Responsabilidade civil é reparar o dano causado que tenha levado a diminuição do bem jurídico da vítima, nesse caso da Administração Pública, sendo que sem dano não há reparação, só podendo existir a obrigação de indenização quando existir dano, que pode ser de ordem material ou imaterial.

A reparação do dano por sua vez traria na verdade um equilíbrio, o qual a parte lesada voltaria ao seu estado anterior como se nada tivesse acontecido, em se tratando de dano material, situação essa verificada neste Pedido de Rescisão.

Logo, se inexistente o dano, não há razão para discutir eventual ressarcimento.

Em relação a determinação para que o sr. Juarez Alves da Costa faça a devolução em solidariedade ao sr. Jhoni Elen Crestani e em solidariedade ao sr. Júlio Cesar Timóteo, o gestor procurou embasar sua justificativa no sentido de que a culpa tem lugar se comprovado um aspecto subjetivo, ou seja, deve restar evidenciado que ele agiu com culpa.

Nesse sentido, necessário se faz apresentar algumas considerações sobre a responsabilidade objetiva e subjetiva.

É salutar lembrar que a responsabilidade civil poderá ser subjetiva, quando necessária a comprovação de culpa do agente causador do dano, ou objetiva, quando importante comprovar somente a ocorrência do dano e o nexo causal. A responsabilidade será subjetiva quando o dever de indenizar surgir em razão do comportamento do sujeito que causa danos a terceiros, por dolo ou culpa. Já na responsabilidade objetiva, basta que haja o dano e o nexo de causalidade para surgir o dever de indenizar, sendo irrelevante a conduta culposa ou não do agente causador.

Na responsabilidade subjetiva o ilícito é o fato gerador, sendo que o imputado deverá ressarcir o prejuízo, se ficar provado que houve dolo ou culpa na ação. Já na responsabilidade objetiva a atividade que gerou o dano é lícita, mas causou perigo a outrem, de modo que aquele que a exerce, por ter a obrigação de velar para que dela não resulte prejuízo, terá o dever ressarcitório, pelo simples implemento do nexo causal. Neste caso, a vítima deverá demonstrar pura e simplesmente o nexo de causalidade entre o dano e a ação que o produziu.



É evidente que para a responsabilidade subjetiva é necessária a comprovação de quatro pressupostos caracterizadores, quais sejam: ação ou omissão; dano; nexos de causalidade entre a ação ou omissão e o dano; dolo ou culpa do causador do dano. Já para a responsabilidade objetiva só é necessário comprovar a ação ou omissão, o dano e o nexos de causalidade.

Para Sérgio Cavalieri Filho (1996) a ideia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva. Por outro lado, na busca de um fundamento para a responsabilidade objetiva, afirma o doutrinador que os juristas, principalmente na França, conceberam a Teoria do Risco, justamente no final do século XIX, quando o desenvolvimento industrial agitava o problema da reparação dos acidentes de trabalho. Risco é perigo, é probabilidade de dano, importando, isso, dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dele decorrente.

Cabe destacar que a essência da responsabilidade subjetiva vai assentar, fundamentalmente, na pesquisa ou indagação de como o comportamento contribui para o prejuízo sofrido pela vítima. Assim procedendo, não considera apto a gerar o efeito ressarcitório um fato humano qualquer. Somente será gerador daquele efeito uma determinada conduta, que a ordem jurídica reveste de certos requisitos ou de certas características. Assim considerando, a teoria da responsabilidade subjetiva erige em pressuposto da obrigação de indenizar, ou de reparar o dano, o comportamento culposos do agente, ou simplesmente a culpa, abrangendo no seu contexto a culpa propriamente dita e o dolo do agente.

Entende-se que em relação ao sr. Juarez Alves da Costa, prefeito da cidade de Sinop, cidade esta que é uma das maiores do Estado de Mato Grosso, cuja população está em torno de 116.000 habitantes e que teve no ano de 2011 um orçamento municipal superior a R\$ 170.000.000,00, é complicado para o gestor ficar no cotidiano da prefeitura verificando os atos rotineiros de seus secretários.

Quando o gestor transfere aos seus subordinados, mediante ato específico, atribuições próprias, ele está visando dar maior celeridade ao funcionamento da máquina pública, isso não significa que ele deve revisar tudo aquilo que os secretários estão fazendo, caso contrário ele deixaria de administrar a cidade e passaria a ficar somente despachando os atos rotineiros de seus subordinados.

Ainda que o prefeito fosse ficar apenas despachando com os seus secretários, ele deve dar prioridade aos assuntos de maior interesse da coletividade. No caso de pagamento de horas extras, em se tratando de período esporádico, e de pequeno valor, acredita-se que o secretário da pasta tinha liberdade para deferir ou não tal pedido, não necessitando de aval do gestor, logo, entende-se desnecessário imputar ao prefeito tal irregularidade.



Por outro lado a função dos órgãos de controle externo, e nesse caso do Tribunal de Contas, é mostrar para o Administrador Público que eles estão sujeitos a legislação, e em caso de descumprimento caberá ao mesmo a pena da lei.

O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, conforme acórdão abaixo tem o seguinte posicionamento:

Acórdão nº 2.101/2005. Pessoal. Remuneração. Horas extras. Vedação ao pagamento a comissionados.

O desempenho de atividades de direção, chefia e assessoramento não comporta a subordinação ao regime fixo de horas, pelo caráter de confiança existente nesse tipo de relação. Podem tais servidores ser convocados a qualquer momento, no interesse da Administração, sem que daí surja obrigação de remunerar as horas excedentes às trabalhadas habitualmente.

Veja que o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso aprovou, conforme Acórdão de nº 2.101/2005 em sessão plenária, o entendimento sobre a inadmissibilidade do pagamento de horas extras a servidores públicos que exercem cargo em comissão. Tal procedimento configura ser incompatível com as características desses cargos, a natureza das funções exercidas e o regime jurídico adotado.

Conclui-se que o referido pagamento configura despesa ilegítima, não obstante, cabe ao responsável pela pasta de cada secretaria, responder pelos atos dos servidores ali lotados, até porque foram eles quem deferiram o pagamento de horas extras a servidores comissionados.”

O Ministério Público de Contas, repete os argumentos lançados no item anterior, referente a responsabilidade do gestor, e ainda, que não merece acolhida as argumentações apresentadas pelo rescindente, opinando pelo improvimento do pedido rescisório quanto ao item ora apreciado.

Conforme judicioso parecer elaborado pela equipe técnica, e sobre o qual adoto integralmente como razões de decidir, em face do princípio da fundamentação “*per relationem*”, no caso de pagamento de horas extras, entendo que o secretario da pasta tem liberdade para deferir ou não tal pedido, não necessitando de aval do gestor, logo, é descabido imputar ao prefeito tal irregularidade.

Conforme entendimento já pacificado por esta Corte de Contas, através do Acórdão n.º 2.101/2005, o pagamento de horas extras a servidores públicos que exerçam cargo em comissão, é incompatível com as características desses cargos.



Sendo assim, em razão da ilegitimidade do pagamento das mencionadas horas extras aos servidores ocupantes de cargos em comissão, a imputação da irregularidade deve recair aos responsáveis da pasta de cada secretaria, para que respondam pelos atos dos servidores ali lotados, até porque foram eles quem deferiram o pagamento de horas extras aos servidores comissionados.

Em face do exposto concluiu-se pela procedência do pedido, devendo o gestor ser excluído da responsabilidade solidária, contidas no item 2.2 do Acórdão, e determinar ao senhor Jhoni Elen Crestani - Secretário Municipal de Administração, que faça o ressarcimento ao erário municipal no montante de R\$ 1.891,15, correspondente a 52,48 UPFs-MT, (processo nº 8.954-0/2012); ao senhor Silvano Ferreira do Amaral – Secretário Municipal de Finanças, que faça o ressarcimento ao erário municipal no montante de R\$ 247,03, correspondente a 6,85 UPFs-MT (processo nº 8.954-0/2012); ao senhor Júlio Cesar Timóteo - Secretário Municipal de Trânsito, que faça o ressarcimento ao erário municipal no montante de R\$ 2.359,95, correspondente a 65,50 UPFs-MT, (processo nº 8.954- 0/2012).

item 2.3 do Acórdão: VIII - Determinar ao senhor Juarez Alves da Costa e ao senhor Alberto K. Kinoshita - Secretário Municipal de Saúde - período de 1/1/2011 a 29/8/2011, que façam o ressarcimento solidariamente ao erário no montante de R\$ 46.027,00, correspondente a 1.277,46 UPFs-MT, em face do pagamento de despesas com aquisição de alimentação para servidores do Pronto Atendimento sem a regular liquidação consideradas irregulares e lesivas ao patrimônio público, conforme fundamentação exposta no item 16.8.

Em sua peça inicial sustenta o autor que:

“no Acórdão restou concluído por "(...) III - Afastar as irregularidades descritas nos itens 1.1, 3.1, 3.2, 14.2, 16.1, 16.2, 16.3, 16.4, 16.5, 16.6, 16.7, 16.7.1, 16.8.1, 16.9, 17.1, 18.1, 18.2, tendo em vista que as mesmas serão apuradas na sindicância instaurada por meio da Portaria nº 617/2012, conforme consta da fundamentação do voto (...) XVI – Determinar ao gestor:

a) que encaminhe a este Tribunal no prazo de 60 (sessenta) dias, o resultado da sindicância instaurada por meio da Portaria nº 617/2012,



publicada do Jornal Oficial dos Municípios do Estado de Mato Grosso do dia 18 de outubro de 2012, que constituiu Comissão de Sindicância destinada a apurar apontamentos descritos no Relatório de Auditoria deste Tribunal.... (...)"

Assim, imperioso concluir que a cobrança de tais valores não merece prosperar, ao mesmo por hora, tendo em vista sua inserção para apuração na sindicância instaurada Portaria n°. 617/2012, cujo resultado é matéria de análise por Esta Egrégia Corte de Contas nos autos do Processo n°. 183393/2012. protocolado no dia 18 de outubro de 2012 (doc. em anexo).

O art. 156 do CPP aduz que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, assim, provar a culpabilidade do réu é ônus do órgão acusador, no caso de alegação por parte da defesa de qualquer causa excludente da ilicitude, de culpabilidade ou extinção da punibilidade, pela inteligência do artigo acima mencionado, deveria caber ao acusado provar tais alegações, porém, como uma das consequências do princípio da presunção de inocência é que cabe ao acusador provar a culpa do réu, é aquele que deverá demonstrar, no processo, que não há causas que excluam ou isentem o réu da pena.

Assim, entende-se que não há inversão do ônus da prova para o Ministério Público ou Comissão Processante, mas, que cabe a estes provar que o acusado cometeu o delito ou transgressão a que lhe foi imputado, em todos os termos. O que parece é que o princípio, ora em comento, significa que o réu não poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado, devendo ser considerado e tratado como se inocente fosse. Esse significado é iuris tantum, pois caberá prova em contrário.

A equipe técnica informa que:

"Em relação a esse quesito, foi feita leitura da conclusão do relatório da Portaria de nº 617/2012, doc. dig. de nº 849/2013 pág. 160 a 167, apenso ao processo de nº 139319/2011, cujo objeto foi apurar entre outras coisas, irregularidades apontadas no relatório de auditoria descritas nos itens 1.1, 3.1, 3.2, 14.2, 16.1, 16.2, 16.3, 16.4, 16.5, 16.6, 16.7, 16.7.1, 16.8.1, 16.9, 17.1, 18.1 e 18.2.

Nota-se que o item 16.8, não consta na relação, porém como ele está ligado ao item 16.8.1, a Comissão acrescentou o mesmo juntamente com os demais. Sendo o item 16.8 o que ensejou determinação por parte desse Tribunal na devolução do valor de R\$ 46.027,00.

A Portaria de nº 617/2012 de 16/10/2012 foi publicada no Diário Oficial de Sinop, edição de nº 1578 de 18/10/2012 pág. 106, tendo os seguintes componentes: Servidores Presidente Sylvia Marques Amorim; Secretária Jaqueline Conceição de Faria; Membro Selma de Oliveira Silva.



A conclusão do relatório da Portaria de nº 617/2012 apurou que apesar das falhas ocorridas nos procedimentos de despesa, a qual foi apontado por este Tribunal e resultou em determinação no Acórdão de nº 652/2012, tais medidas foram realizadas para atender a demanda e o interesse da coletividade, conforme segue: *"Desta feita, por mais que seja possível reconhecer a ocorrência de falhas nos procedimentos de despesa indicados no voto condutor do Acórdão nº. 652/2012 do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso - TCE/MT, incontestável o fato de que agiram integralmente com boa-fé administrativa, política e social, eis que todos os dias procuraram atender a demanda com honestidade para atendimento ao interesse público municipal"*.

Conforme relatório, não houve improbidade administrativa, dolo ou má fé por parte da Administração Municipal de Sinop, pois as despesas foram realizadas, logo não houve dano ao erário, cuja redação transcreve-se:

"Ademais, é cediço que para determinar-se a restituição de valores ao erário público, é necessário reconhecer-se a prática de ato de improbidade administrativa praticada com dolo, má-fé e que tenha ocasionado em prejuízo ao erário ou gerado enriquecimento ilícito por parte do gestor.

Uma vez que restou demonstrado que nenhum procedimento de despesa constantes do presente processo foi realizado com tais requisitos taxativos, toma-se impossível reconhecer a existência de improbidade administrativa, uma vez que a Lei nº. 8.429/1.992, tem o condão único e exclusivo de punir o agente desonesto, devendo, que agiu visando a um resultado ilegal.

Se o agente, ao praticar uma conduta omissiva ou comissiva, não tem a vontade explícita de causar dano ao erário, não há que se falar em improbidade administrativa e nem em penalidades impostas por esta Lei".

Em relação ao dano, cujo significado é o de lesão a qualquer direito; sendo, pois, em nosso entendimento, o fato caracterizador da responsabilização, já que somente se poderá falar em reparação, se ocorrer o prejuízo a um interesse subjetivo.

Nesse sentido, o dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento - risco profissional, risco proveito, risco criado, etc., o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa.

Face as explicações da defesa e da conclusão da apuração da Portaria de nº 617/2012 – documento digital de nº 849/2013, processo de nº 139319/2011, opina-se pelo seguinte:



a) tendo em vista o mesmo entendimento do item 2.2 desse Pedido de Rescisão, que seja desconsiderada a determinação ao sr. Juarez Alves da Costa, para devolver aos cofres públicos o valor de R\$ 46.027,00, tendo em vista que as despesas foram realizadas;
b) que a determinação seja convertida em aplicação de multa, porém apenas ao responsável pela pasta, o sr. Alberto K. Kinoshita - Secretário Municipal de Saúde - período de 1/1/2011 a 29/8/2011, tendo em vista a realização de despesa sem procedimento licitatório, contrariando o art. 37, XXI, da CF/88 e arts. 2º, caput, e 89 da Lei nº 8.666/1993.

Para o Procurador de Contas o Conselheiro Relator concluiu que restava incontroverso o pagamento indevido no valor de R\$ 46.027,00 (quarenta e seis mil e vinte e sete reais) naqueles autos e por esta razão manteve a irregularidade e determinou a restituição deste montante ao Erário Municipal. Desta forma, entende pelo não provimento do pedido rescisório no que tange a este ponto.

Após análise do relatório da Portaria de nº 617/2012, a qual apurou que apesar das falhas ocorridas nos procedimentos de despesa, apontadas por este Tribunal e resultando em determinação no Acórdão de nº 652/2012, restou evidente que as medidas foram realizadas para atender a demanda e o interesse da coletividade, assim no mesmo sentido da equipe técnica entendo em considerar sanada a irregularidade.

Todavia, divirjo da equipe técnica quanto a aplicação de multa ao Sr. Alberto K. Kinoshita - Secretário Municipal de Saúde, por conta do pagamento de despesas com aquisição de alimentação para servidores do Pronto Atendimento sem a regular liquidação, em face da impossibilidade nestes autos, uma vez que não houve contraditório.

Item 2.4 do Acórdão: 17. EB 05. Controle Interno_Grave_05. Ineficiência dos procedimentos de controle dos sistemas administrativos (art. 74 da Constituição Federal; art. 76 da Lei nº 4.320/1964; e Resolução Normativa TCE- MT nº 01/2007).



17.5 Pagamento de despesas com exames radiológicos de pacientes indígenas, encaminhados pela CASAI - Sinop, sem a regular liquidação. (Art. 62 e 63, § 2º da Lei 4.320/64, artigos 4º, 10 e 11 da Lei 8.429/92) - item 35 do Relatório TCE-MT e 5.7 do Relatório Final da Unidade de Controle Interno.

Em sua defesa, o gestor alega que os documentos encaminhados em anexo demonstram que a despesas liquidadas em benefício da Empresa O. P. da Silva, em razão da prestação de serviços concernentes a realização de exames radiológicos para o povo indígena de Sinop/MT (CASAI), foram realizados depois de cumpridos os Requisitos da Lei nº4.320/1964.

Acrescenta ainda a defesa que:

“A contrário sensu, estando às despesas públicas acompanhadas de nota de empenho, de nota fiscal quitada ou documento equivalente - como ocorreu no caso dos autos - são regulares.

Por essas e por outras razões é que a presente defesa merece ser acatada, eis que não se restou demonstrado qualquer elemento capaz de associar o Postulante à prática de atos supostamente irregulares.

Não bastasse isso, deve ser mencionado que ainda que tais despesas sejam irregulares, tendo sua liquidação sido precedida de observância dos requisitos legais, nesse caso a emissão de atesto nas notas e nos relatórios pelo então Secretário Municipal de Saúde, deve ser reconhecida a total ausência de responsabilidade do Requerente na consolidação do fato.

Ademais, no caso sub examine, a execução das despesas supostamente irregulares não se deram (i) por vontade sua; (ii) com a sua participação consciente e/ou (iii) com indícios de dolo e/ou má-fé, pelo que deve ser reconhecida a ausência de elementos necessários para a sua responsabilização pela restituição de valores ao erário. Portanto, a discordância do Requerente reside no fato de que se não há possibilidade de incursioná-lo a prática de ato análogo ao de improbidade administrativa, não se pode penalizá-lo com a aplicação da penalidade objurgada por ausência de má-fé em sua conduta.

(...) Por esta razão, alternativa não há senão reconhecer que não existem provas suficientes para verificação do efetivo dano ao erário, mas tão somente do evidente erro no controle dos exames radiológicos, situação que justificaria tão somente a aplicação de multa, devendo-se concluir pela inexistência fática de elementos que comprovem o



enriquecimento ilícito do Gestor, ora Requerente, ou de que tenha Ele causado, por vontade própria e com o propósito de alcançar o objetivo vedado pelo direito, prejuízo ao erário público, afastando-se integralmente o presente apontamento.”

A equipe técnica e o Ministério Público de Contas comungam do mesmo entendimento de que este ponto do pedido de rescisão não foi tratado nos autos do processo nº 139319/2011, razão pela qual manifestaram pelo não conhecimento do pedido rescisório neste ponto, posto que trata de matéria estranha ao Acórdão nº 652/2012-TP, ora impugnado.

Acolho a manifestação da equipe técnica e do Ministério Público de Contas, pois a matéria debatida na defesa é estranha ao Acórdão ora impugnado, razão pela qual deixo de analisá-la.

III - DISPOSITIVO

Pelo exposto, não acolho o Parecer do Ministério Público de Contas nº 3.413/2016, de lavra do Procurador Willian de Almeida Brito Júnior, e Voto pelo conhecimento, e no mérito, pela procedência parcial do Pedido de Rescisão interposto pelo Sr. Juarez Alves da Costa, neste ato representado por seu advogado, Dr. Rony de Abreu Munhoz, OAB/MT – 11.972, para os fins de realizar o juízo rescisório do Acórdão nº 652/2012 – TP, modificado pelo Acórdão n.º 786/2014, sobre os itens abaixo discriminados:

I – excluir a solidariedade imposta ao Sr. Juarez Alves da Costa, e determinar que a Sra. Elisabete Cilião Guilherme, responsável pelo departamento de contratos e convênios, restitua aos cofres públicos com recursos próprios a importância de R\$ 2.756,20, correspondente a 76,49 UPFs/ MT, em face de irregularidade na execução do Convênio nº 003/2011, firmado com a Associação dos Agentes Comunitários de Saúde de Sinop – ASS;

II - excluir a solidariedade imposta ao Sr. Juarez Alves da Costa, e determinar que o Sr. Jhoni Elen Crestani – Secretario Municipal de Administração,



restitua aos cofres públicos com recursos próprios a importância de R\$ 1.891,15, correspondente a 52,48 UPFs/MT. (processo nº 8.954-0/2012);

III - excluir a solidariedade imposta ao Sr. Juarez Alves da Costa, e determinar que o Sr. Júlio Cesar Timóteo - Secretário Municipal de Trânsito, restitua aos cofres públicos com recursos próprios a importância de R\$ 2.359,95, correspondente a 65,50 UPFs/MT. (processo nº 8.954-0/2012).

IV – afastar a irregularidade que determinou ao senhor Juarez Alves da Costa e ao senhor Alberto K. Kinoshita - Secretário Municipal de Saúde - período de 1/1/2011 a 29/8/2011, que façam o ressarcimento solidariamente ao erário no montante de R\$ 46.027,00, correspondente a 1.277,46 UPFs-MT, em face do pagamento de despesas com aquisição de alimentação para servidores do Pronto Atendimento sem a regular liquidação consideradas irregulares e lesivas ao patrimônio público, tendo em vista que as despesas foram realizadas.

Mantendo-se por seus próprios fundamentos todos os demais termos dos Acórdãos nº 652/2012 e nº 786/2014 – TP.

É como voto.

Cuiabá, 08 de setembro de 2016.

Conselheiro Sérgio Ricardo