

## PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Em exame os Embargos de Declaração opostos pelo Sr. Paulo Leniman Barbosa Silva contra o Acórdão 4.698/2015 – 2ª Câmara, prolatado na sessão do dia 28/7/2015, e ao Acórdão 9.700/2015 – 2ª Câmara, que retificou por inexatidão material aquela deliberação.

2. Antes de adentrar o exame deste feito, cumpre traçar breve histórico dos fatos pelos quais o recorrente foi sancionado com a penalidade insculpida no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992.

3. A Tomada de Contas Especial de que cuidou estes autos originou-se da conversão do TC-015.798/2011-9 (apenso), que tratou de Representação do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins – TCE/TO noticiando a ocorrência de possíveis irregularidades na execução dos Contratos de Repasses 0197650-11/2006 e 128118-07/2001 cujos objetos eram, respectivamente, a construção de quadra poliesportiva e de 100 casas populares no Município de Formoso do Araguaia/TO.

4. Durante o curso da instrução processual, foi apurado que, em relação ao Contrato de Repasse 0197650-11/2006, não havia irregularidades passíveis de apuração por parte deste Tribunal.

5. Relativamente ao Contrato de Repasse 128118-07/2001, foi constatado que o ajuste havia sido celebrado em 31/12/2001 entre a União e o Estado do Tocantins, por intermédio da Caixa Econômica Federal – CAIXA, tendo como interveniente executor a Agência de Habitação e Desenvolvimento Urbano do Tocantins, no âmbito do Programa Morar Melhor. O objeto da avença era a construção de 100 unidades habitacionais (com 31,62 m<sup>2</sup> cada) em Formoso do Araguaia/TO, no valor total de R\$ 700.164,74, sem contrapartida, com vigência até 31/10/2002.

6. No ano de 2002, a Secretaria de Infraestrutura do Estado do Tocantins promoveu a Concorrência 345/2002, para construção de 1.214 unidades habitacionais divididas em três lotes, englobando outros contratos de repasses firmados com a União, beneficiando diversos municípios no Estado. Formoso do Araguaia ficou inserido no lote 2, cujo contrato com a empresa vencedora do certame – Engec Construções Ltda. – previa a construção das referidas casas, no valor de R\$ 780.000,00.

7. O contrato com a Engec Construções Ltda. foi rescindido em 16/12/2005 e, em 11/05/2006, a Agência de Habitação e Desenvolvimento Urbano do Estado do Tocantins encaminhou novo Plano de Trabalho à CAIXA, elaborado em 3/4/2006, no total de R\$ 848.238,83, permanecendo, contudo, R\$ 700.164,74 a verba federal consignada no ajuste.

8. No ano de 2007, a Secretaria de Habitação e Desenvolvimento Urbano, com o fito de concluir a construção das unidades habitacionais que ainda não haviam sido executadas, resolveu firmar convênios com os municípios beneficiados pelo Programa Morar Melhor.

9. Desse modo, o Município de Formoso do Araguaia assinou, em 11/7/2007, o Convênio 18/2007, com o mesmo objeto (construção de 100 casas), no valor total de R\$ 382.817,26, sendo R\$ 275.939,56 de recursos federais.

10. Conforme ficou assente no voto que embasou o Acórdão 4.698/2015 – 2ª Câmara, restou comprovada a existência de débito no valor de R\$ 66.807,03, imputado de forma solidária ao Sr. Pedro Rezende Tavares (ex-Prefeito) e à firma Josp Construtora Ltda., decorrente da não comprovação da execução de serviços por aquela firma.

11. Especificamente no que tange ao ora embargante, tem-se que ele foi instado a apresentar razões de justificativa por ter emitido Parecer Jurídico aprovando a minuta do Edital da Tomada de Preços 5/2007, a despeito das seguintes exigências e condições: i) comprovação de capital social ou patrimônio líquido desconforme com o art. 31, § 3º, da Lei 8.666/1993; ii) fixação de prazo para realização de visita ou vistoria dos locais de realização das obras, a um só dia e um só horário; e iii) ausência de projeto básico como anexo do ato convocatório, afrontando o art. 7º, § 2º, inciso I, da Lei 8.666/1993.

12. Como destaquei por ocasião da prolação do primeiro Acórdão embargado, este Tribunal possui entendimento de que é possível a responsabilização de parecerista quando emite parecer

jurídico vinculante, isto é, nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993 – aprovação de minuta de edital –, como retratava o caso em análise.

13. Nesse sentido, corroborei o exame levado a efeito pela unidade técnica na defesa apresentada pelo responsável e considerei que a aprovação da minuta do edital da Tomada de Preços 5/2007 com as irregularidades descritas no item 11 **supra** – ensejaria a aplicação da sanção pecuniária prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992.

14. Corroborando o que havia proposto, a Segunda Câmara desta Corte prolatou o Acórdão 4.698/2015 contra o qual o recorrente se insurge.

15. Aquele **decisum** fora retificado por inexatidão material mediante o Acórdão 9.700/2015 – 2ª Câmara porquanto, embora o nome do Sr. Paulo Leniman Barbosa Silva tenha constado no subitem 9.1 do Acórdão 4.698/2015 – 2ª Câmara, o qual excluía alguns responsáveis do rol desta TCE, ele fora apenado mediante o subitem 9.4 daquela deliberação.

16. Desse modo, o multicitado Acórdão 9.700/2015 – 2ª Câmara apenas retirou o nome do Sr. Paulo Leniman Barbosa Silva do subitem que determinava a exclusão de responsáveis da TCE, tendo em vista que a menção a seu nome ali constituía-se erro material.

17. Feito este histórico, inicio destacando que os presentes Embargos de Declaração foram opostos de forma tempestiva, conforme evidenciam os documentos constantes das peças 199 e 222.

18. Quanto ao mérito, como tenho sustentado, os Embargos de Declaração são, em regra, recurso integrativo, que objetivam extirpar da decisão embargada o vício da omissão, entendida como “(...) aquela advinda do próprio julgado e prejudicial à compreensão de causa, e não aquela que entenda o embargante, ainda mais como meio transversal a impugnar os fundamentos da decisão recorrida.” (STJ, Edcl Resp 351490, DJ 23/9/2002).

19. Elpídio Donizetti, in Curso Didático de Direito Processual Civil, Del Rey, 6ª Ed., Belo Horizonte, 2005, pág. 319, assevera que os “Embargos de Declaração podem ser conceituados como o recurso que visa ao esclarecimento ou à integração de uma sentença ou Acórdão.”, destacando, ainda, que: “Três são as hipóteses de cabimento dos embargos de declaração: obscuridade, contradição ou omissão.” (pág. 320).

20. No presente caso, embora o recorrente aduza, de forma genérica, no início de sua peça vestibular a existência de omissão, contradição e obscuridade nos acórdãos recorridos (peça 222, p. 3), não sustentou a existência de tais vícios nas razões que fundamentam o seu recurso.

21. Quanto ao Acórdão 4.698/2015 – 2ª Câmara, o recorrente afirma que o **decisum** é: “injusto, desarrazoado e truculento”, não afirmando porém, em que ponto ou de que modo, ele seria contraditório, omissivo ou obscuro.

22. Conforme se colhe das razões recursais apresentadas pelo Sr. Paulo Leniman Barbosa Silva, o que é asseverado são questões que dizem, de forma intrínseca, com o mérito da deliberação guerreada. O embargante aduz que: i) todas as 100 Unidades Habitacionais contratadas pelo Contrato de Repasse 128118-07/2001 foram entregues, tendo o ajuste cumprido seu objeto; ii) os recursos transferidos pela União ao Estado e ao Município eram insuficientes para construção das 100 casas, o que teria prejudicado o município e os servidores que contribuíram com vistas à execução do Contrato de Repasse em retromencionado; e iii) este Tribunal não teria levado em consideração as condições, o tempo, a ausência de informações da época dos fatos, a simplicidade da administração municipal para tratar de um Contrato de Repasse da União.

23. Como se vê, as questões acima, levantadas pelo recorrente, têm a ver com o mérito da decisão adotada mediante o Acórdão 4.698/2015 – 2ª Câmara, de modo que, na via eleita, ou seja a dos Embargos de Declaração, não há como revisitar o cerne do quanto já decidido, tendo em vista, como já dito, que tal espécie recursal visa somente a **integração** de dada deliberação mediante o saneamento de obscuridade, contradição ou omissão.

24. O recorrente prossegue manejando argumentos de que as três cláusulas que foram consideradas abusivas por esta Corte e teriam fundamentado sua apenação, haviam sido devidamente esclarecidas em suas razões de justificativa, tendo a unidade técnica as refutado “de maneira genérica”

(peça 222, p. 9).

25. Aponta que a exigência de capital social ou patrimônio líquido no valor de R\$ 20.000,00 não era desproporcional, fato que deveria ter sido levado em conta por este Tribunal. Prossegue asseverando que a Tomada de Preços 5/2007 ocorreu em data pretérita ao entendimento do TCU acerca da impossibilidade de fixação de visitas técnicas em um só dia, não havendo, portanto, como considerar tal cláusula restritiva. Finaliza afirmando que o certame, de fato, contava com Projeto Básico, sendo descabido afirmar a ausência de tal documento naquele certame.

26. Sobre tais pontos, a despeito de o recorrente não apontar suposta omissão, contradição ou obscuridade no Acórdão 4.698/205 – 2ª Câmara, esclareço que a Secex/TO se manifestou de forma expressa sobre eles, cabendo destacar o seguinte excerto da instrução transcrita no Relatório do Acórdão 4.698/2015 – 2ª Câmara:

“48. A morosidade e a burocracia, a insuficiência de recursos e as fiscalizações empreendidas por órgãos de controle a que alude o responsável não são argumentos aceitáveis para justificar o descumprimento das normas que regem as licitações. No caso em exame, o § 3º do art. 31 da Lei 8.666/93, que estabelece o percentual máximo de 10% do valor da contratação a ser exigido do licitante de capital social ou patrimônio líquido.

(...)

50. Sobre a Lei Complementar 123/2006, referida pelo responsável, ela trata no artigo mencionado e seus incisos, dos valores auferidos pela empresa em cada ano-calendário, o que não deve ser confundido com capital social ou patrimônio líquido.

51. Assim, o argumento de que não houve afronta ao art. 31, § 3º, da Lei n. 8.666/93 considerando que o valor global da contratação era de R\$ 400.000,00, não deve prosperar, tendo em vista que o objeto do convênio foi dividido em dois lotes: Lote 1 – aquisição de material e, Lote 2 – contratação de mão de obra para construção de casas populares. Frise-se que o valor contratado da mão de obra foi de R\$ 103.357,82. Dessa forma, o valor exigido de R\$ 20.000,00 representa 19,35%, ou seja, muito acima do percentual máximo (10%) admitido pela referida norma.

52. Se houvesse a relação do valor do capital social com a efetividade de execução da obra, a empresa Josp teria concluído a contento o objeto do contrato, pois o capital social apresentado à época foi R\$ 100.000,00 (peça 1, p. 91), correspondendo a 96,7% do valor contratado, portanto, com todas as condições de esperar o trâmite do processo conforme arguiu o responsável. Assim, somos por não aceitar as razões de justificativa do Sr. Pedro Rezende Tavares.

(...)

58. De fato, a lei não estipula prazo ou período para visita técnica das obras a serem licitadas. Entretanto, a fixação de um só dia e horário para vistoriar diversas obras é um contrassenso. O edital assim especifica (peça 1, p. 96): ‘a.1) a visita que se refere o item anterior, fica marcada para 10:00h do dia 28/11/2007, nos locais de realização das obras, na presença de um servidor da Prefeitura.’ Dessa forma, acreditando não ser possível cumprir essa exigência, algumas empresas podem ter desistido do certame.

59. Como vimos acima, não se trata de um servidor especializado para acompanhar o licitante. Ainda mais considerando que a visita não é importante e poderia ser alterada sem aviso prévio, conforme argumenta o responsável. Se apenas as planilhas de preços eram importantes, não havia necessidade de se estabelecer um único dia e horário para tal visita.

60. Também é pouco provável que uma empresa assine contrato com a Administração Pública sem conhecer seu objeto, baseado apenas em planilhas, mesmo que se trate de pequenas construções, como é o caso. Afinal, são cem casas populares a serem concluídas. Por mais que a cidade seja considerada plana e não necessite de movimentação de terras, a empresa quer se certificar, por meio de vistoria, sobre as condições físicas das obras. Se não no total, mas por amostragem numa quantidade suficiente, capaz de dar segurança ao empreiteiro (...).

61. Por último, convém frisar que a irregularidade está caracterizada pela restrição injustificada de vistoria dos locais de realização das obras a um só dia e um só horário e não dos efeitos dela advindos, como a ocorrência de reclamações ou recursos. Dessa forma, as justificativas apresentadas não podem ser acatadas.”
27. Acerca da falha consubstanciada na ausência de Projeto Básico, acolhi entendimento do **Parquet** especializado no sentido de que ela deveria ser desconsiderada, porquanto, como dito pela Subprocuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva, os projetos originais do Contrato de Repasse estavam à disposição de eventuais licitantes. Desse modo, assim me manifestei no voto condutor do Acórdão ora combatido:
- “48. Já no que tange aos Srs. Idelvam Alves da Silva e Paulo Leniman Barbosa Silva, Assessor Jurídico do Município, **à exceção da irregularidade consubstanciada na ausência de projeto básico como anexo do ato convocatório**, entendo que a defesa daquele gestor e do representante do órgão jurídico da municipalidade não logrou êxito em justificar as exigências editalícias inquinadas pela Secex/TO.” (grifo acrescido)
28. Noutro giro, quanto ao Acórdão 9.700/2015 – 2ª Câmara, o recorrente, mais uma vez sem aduzir a existência de suposta contradição, obscuridade ou omissão, assevera que tal **decisum** consubstanciou **reformatio in pejus**, motivo pelo qual entende que deveria ter sido chamado aos autos para se defender da mudança por ele perpetrada.
29. A argumentação, que careceria de todo sentido e plausibilidade jurídica se houvesse sido lançada na via recursal adequada, ganha ares de completo descabimento quando manejada em sede de Embargos de Declaração em que não são apontados os requisitos essenciais a tal via recursal.
30. O indigitado Acórdão 9.700/2015 – 2ª Câmara apenas e tão-somente corrigiu erro material do Acórdão 4.698/2015 – 2ª Câmara consubstanciado na inclusão indevida do nome do embargante em subitem que havia excluído do rol de responsáveis os nomes de gestores que, de acordo com o que delineado no voto condutor deste último **decisum**, não integravam o polo passivo do processo.
31. O embargante, ao revés, teve aplicada penalidade pecuniária pelo motivo declinado no item 48 do voto condutor do Acórdão 4.698/2015 – 2ª Câmara (acima transcrito), o que indica, a toda evidência que o lançamento de seu nome em rol de exclusão do polo passivo da TCE configurou erro material, sanável, portanto, nos termos do Enunciado 145 da Súmula de Jurisprudência do TCU.
32. Insta destacar que este Tribunal não considera **reformatio in pejus** a situação consubstanciada no lançamento do nome de responsável no rol dos que tiveram suas contas julgadas irregulares quando o mérito das contas do agente estiver claramente delimitado no Relatório e no Voto (Acórdão 2.724/2015 – Plenário).
33. Como se colhe da deliberação acima, uma vez descrito no Relatório e no Voto os fundamentos que embasaram a apenação do responsável, ou a sua condenação em débito, ou, ainda, o julgamento irregular de suas contas, o fato de não ter constado, de forma expressa, o seu nome no respectivo item do dispositivo é erro material que não configura **reformatio in pejus**.
34. Insisto que este é exatamente o caso de que ora se cuida, pois, tanto o Relatório como o Voto condutor do Acórdão 4.698/2015 – 2ª Câmara delinearam que o Sr. Paulo Leniman Barbosa Silva deveria ser apenado com a multa do art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, o que foi levado a efeito mediante o subitem 9.4 daquele **decisum**, constituindo-se erro material, portanto, a sua exclusão do rol de responsáveis da Tomada de Contas Especial, sendo a falha sanada mediante o Acórdão 9.700/2015 daquele mesmo colegiado.
35. À guisa de conclusão, embora o embargante não tenha apontado, de forma específica, a existência de obscuridade, contradição ou omissão nos Acórdãos 4.698/2015 e 9.700/2015, depreende-se que ele aventou a hipótese de suposta contradição entre aqueles **decisa**.
36. Como descrevi acima, inexistente qualquer contradição naquelas deliberações, sendo certo que a segunda retificou, por inexatidão material, a primeira em função de erro sanável nos termos do já mencionado Enunciado 145 da Súmula de Jurisprudência do TCU.

37. Cumpre afirmar que, mesmo que houvesse contradição entre os Acórdãos embargados, hipótese que se aventa apenas a título de argumentação, esta não seria sanável pela via dos Embargos de Declaração, consoante deliberou este Tribunal no Acórdão 2.768/2012 – Plenário.

38. Desse modo, cumpre conhecer dos presentes Embargos de Declaração, para no mérito, negar-lhes provimento, ante a ausência dos vícios da omissão, obscuridade ou contradição nos Acórdãos 4.698/2015 e 9.700/2015, ambos da Segunda Câmara.

39. Por fim, cabe encaminhar este processo à Serur para a adoção das providências de sua alçada em relação aos Recursos constantes das peças 218/221, 223, 227 e 257.

Com essas considerações, manifesto-me por que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à elevada apreciação deste Colegiado.

T.C.U., Sala das Sessões, em 31 de maio de 2016.

**MARCOS BEMQUERER COSTA**

Relator