

VOTO

Trata-se, no presente momento processual, de embargos de declaração opostos em face do Acórdão 4.370/2016-TCU-2ª Câmara, que rejeitou o recurso de reconsideração interposto contra o Acórdão 1.267/2015-2ª Câmara, proferido no julgamento da tomada de contas especial instaurada pelo Ministério do Trabalho e Emprego – MTE, diante de irregularidades na aplicação dos recursos atinentes ao Convênio nº 3/2001.

2. Preliminarmente, entendo que os presentes embargos devem ser conhecidos pelo TCU, por preencherem os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 32, II, e 34 da Lei nº 8.443/1992.

3. A título de esclarecimento, lembro que os embargos de declaração servem, em regra, como recurso integrativo, para expungir da decisão embargada, os vícios de omissão, contradição ou obscuridade. Vicente Greco Filho bem define esses vícios da deliberação, *in* Direito Processual Civil Brasileiro 11ª edição, 2º Volume, Editora Saraiva, p. 259/260, quando afirma que:

“(...) obscuridade: defeito consistente na difícil compreensão do texto da sentença e pode decorrer de simples defeito redacional ou mesmo de má formulação de conceitos, havendo obscuridade quando a sentença está incompreensível no comando que impõe e na manifestação de conhecimento e vontade do juiz.

contradição: afirmação conflitante, quer na fundamentação, quer entre a fundamentação e a conclusão, sendo que, nesses casos, a correção da sentença, em princípio, não levaria a uma verdadeira modificação da sentença, mas apenas a um esclarecimento de seu conteúdo.

omissão: caso em que a sentença é complementar, passando a resolver questão não solucionada, ganhando substância, portanto, sendo que as questões que devem ser resolvidas pelo juiz são todas as relevantes postas pelas partes para a solução do litígio, bem como as questões de ordem pública que o juiz deve resolver de ofício, como, por exemplo, a coisa julgada.”

4. Nesse mesmo sentido é a jurisprudência dos tribunais no Judiciário, a exemplo do voto condutor do EDcl REsp 351490 (DJ 23/09/2002), quando, no STJ, fez registrar que:

“(...) objetivam expungir 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.”

5. Por essa linha, verifica-se, no mérito, que inexistente o vício suscitado pelos ora embargantes.

6. Ocorre que, nos presentes embargos, os interessados suscitam a existência de omissão sobre questão que sequer foi ventilada na fase anterior do feito, alusiva ao cômputo, na quantificação do débito apurado nos autos, do valor da contrapartida devida e não aplicada pelo conveniente, razão pela qual não poderia o acórdão embargado ser omisso em relação a essa questão.

7. Para que não parem dúvidas sobre isso, destaco os argumentos apresentados na fase anterior deste feito, quando a instrução da unidade técnica (transcrita no relatório do referido acórdão) registrou que:

“Da impossibilidade de quantificação adequada do débito

5.11. Os recorrentes argumentam que ainda que o TCU julgue irregulares as contas, não deveria imputar débito aos responsáveis, pois a metodologia de cálculo não atenderia às exigências do art. 210, § 1º, do RI/TCU, o qual prevê que valor do débito pode ser calculado por estimativa, por meios confiáveis (peça 167, p. 11-9):

a) Sustentam sua tese mencionando o Acórdão 1.582/2007-TCU-1ª Câmara, segundo o qual a metodologia de cálculo deve ser precisa e coesa, não podendo carecer de rigor técnico (p. 11-12).

b) Afirma que a metodologia utilizada pela Secex Previdência não seria segura o suficiente para caracterizar a presença de dano, haja vista diversas falhas existentes no âmbito do Plansine (p. 12).

c) Destaca que a decisão recorrida reconheceu a relação contratual entre a Contradasp e a SDS, o que motivou o abatimento do valor por parte do Ministro Relator, superando entendimento da unidade técnica, uma vez que bastaria a demonstração da execução das atividades. Menciona o Acórdão 5.238/2014-TCU-2ª Câmara, da Relatoria do Ministro José Jorge, para sustentar sua tese (p. 12).

d) Assere que a ausência de parâmetros que possam ser utilizados para estimativa do débito, tornaria inviável a quantificação do dano ao erário, motivo pelo qual as contas deveriam ser trancadas e consideradas ilíquidáveis, nos termos do art. 210, § 1º, c/c o art. 211, § 1º, do RI/TCU (p. 13)”.
 8. Nessa esteira, por configurar inovação argumentativa, é descabida a apreciação em sede de embargos de declaração do argumento ora apresentado, em respeito à jurisprudência deste Tribunal, a exemplo do Acórdão 1.355/2010, da 1ª Câmara, e dos do Acórdãos 180/2010 e 1.246/2010, do Plenário.

9. De todo modo, ressalto que essa questão foi devidamente esclarecida na instrução da unidade técnica, ao tratar da citação dos responsáveis (Peça 42), nos seguintes termos:

De todo modo, ressalto que essa questão foi devidamente esclarecida na instrução da unidade técnica, ao tratar da citação dos responsáveis (Peça 42), nos seguintes termos:

“Aplicação da Contrapartida

53. No que tange à aplicação da contrapartida, o convênio estabelecia que a conveniente deveria aportar 20% dos recursos repassados pelo concedente, totalizando R\$ 947.360,00.

54. De acordo com o relatório de execução da receita e da despesa (peça 21, p. 19), a contrapartida foi aplicada em despesas com pessoal. A entidade, entretanto, não apresentou qualquer documento que comprove o aporte da contrapartida.

55. Ainda que não se considere efetivamente comprovado o aporte integral da contrapartida pactuada, entende-se que não se aplica, ao caso em análise, a devolução desses recursos. No que tange à devolução de recursos de contrapartida, deve-se esclarecer que a jurisprudência do Tribunal é no sentido de que a devolução de recursos não aplicados no objeto se refere àqueles repassados pelo concedente. Portanto, não há que se falar em devolver à União recursos da contrapartida, pois, se assim o fosse, haveria enriquecimento sem causa por parte da União.

56. O que ocorre é a condenação do conveniente a devolver os recursos federais indevidamente aplicados em substituição à contrapartida. Nesse sentido são os Acórdãos 3453/2006-TCU-1ª Câmara, 1543/2008-TCU-2ª Câmara e 439/205-TCU-Plenário. Neste último, o Ministro-Relator, em seu voto, esclarece que:

Vê-se, de forma clara, que a IN STN nº 2/2002 aperfeiçoou a redação do inciso XIII do art. 7º. Com efeito, o que se objetiva obter a título de devolução são, como já dito, os recursos federais aplicados em desconformidade com os percentuais de aplicação firmados no convênio, e não a contrapartida municipal. A interpretação ao texto original do inciso XIII, estou certo, é a mesma que se deva dar à sua versão modificada pela IN STN nº 2/2002. Este inciso XIII, é de notar, deve ser interpretado conjuntamente com o inciso XII.

57. Tendo em vista que se considerou como comprovada a aplicação de R\$ 305.132,65 (parágrafo **Erro! Fonte de referência não encontrada.**), a contrapartida a ser exigida corresponde a 20% desse valor, ou seja, R\$ 61.026,53.

58. O quadro a seguir apresenta o detalhamento do débito apurado:

	Descrição	Valor (R\$)
A	Valor repassado pelo MTE	(4.736.800,00)
B	Valor das receitas de aplicação	(38.108,49)
C	Valor das despesas a comprovar (A+B)	(4.774.908,49)
D	Valor das despesas comprovadas	305.132,65
E	Valor do débito referente à contrapartida não aplicada (20% de D)	(61.026,53)
F	Saldo do convênio restituído pela SDS	273,81
	Valor do débito (C-D+E-F)	(4.530.528,56)

10. Destaco, ainda, que, na instrução da unidade técnica ensejadora do acórdão condenatório (Peça 124), foi proposta uma nova composição para o débito apurado nos autos, em face da aceitação de comprovantes de despesas no valor de R\$ 2.518.222,85, tendo ficado registrado que:

“Análise

58. Em relação à comprovação das despesas realizadas no âmbito do Convênio MTE/SE/DES/Codefat 03/2001 – SDS, o débito objeto de citação correspondeu ao montante de R\$ 4.530.528,56, conforme especificado na tabela extraída da instrução na peça 42, a seguir reproduzida:

	Descrição	Valor (R\$)
A	Valor repassado pelo MTE	(4.736.800,00)
B	Valor das receitas de aplicação	(38.108,49)
C	Valor das despesas a comprovar (A+B)	(4.774.908,49)
D	Valor das despesas comprovadas (análise da instrução na peça 42)	305.132,65
E	Valor do débito referente à contrapartida não aplicada (20% de D)	(61.026,53)
F	Saldo do convênio restituído pela SDS	273,81
	Valor do débito (C-D+E-F)	(4.530.528,56)

59. Os documentos apresentados na defesa conjunta, elencados na tabela elaborada pelos responsáveis (peça 77, p. 26-48), foram examinados para conferência e novamente catalogados, resultando no quadro anexado na peça 122.

60. Ao longo da análise, percebeu-se que, de modo geral, a documentação comprobatória das despesas era constituída, pelo menos, da nota fiscal e da cópia do cheque correspondente.

61. Frequentemente, também estavam presentes um formulário de solicitação de aquisição e um de autorização de pagamento.

62. Nos casos em que somente constavam as notas fiscais, procedeu-se à conferência com a relação de pagamentos na peça 2, p. 409-491, a fim de identificar o número do cheque mediante o qual foi feito o pagamento e a conferência com o extrato bancário na peça 1, p. 1-78 e na peça 2, p. 507-508.

63. Eventualmente, foram detectadas divergências entre os valores nas cópias dos cheques juntadas na defesa e aqueles efetivamente descontados na conta corrente. As observações encontram-se registradas no quadro na peça 122. A despeito disso, sempre que a nota fiscal apresentava a identificação do convênio e a despesa estava listada na relação de pagamento, optou-se por acatar o pagamento correspondente.

64. Com base nessa metodologia, foram desconsideradas as notas fiscais em que não consta a identificação do convênio e, ao mesmo tempo, não foi possível identificar o cheque utilizado para pagamento, com base na relação juntada à prestação de contas. Nesses casos, não foi possível identificar o nexo de causalidade entre os documentos apresentados e os recursos transferidos por meio da avença ora em exame.

65. Os casos enquadrados nesses requisitos encontram-se listados no quadro na peça 123.

66. Registre-se que foram considerados os valores efetivamente pagos pela SDS, os quais em alguns casos não correspondiam àqueles constantes das notas fiscais. A diferença advém, quase sempre, do abatimento de impostos pela Associação, cujos comprovantes de recolhimento, quando apresentados, foram considerados para fins de abatimento no montante do débito.

67. Feitas essas ponderações, conclui-se que podem ser aceitos os comprovantes relativos a despesas da ordem de R\$ 2.518.222,85, de modo que o débito passaria a ter a seguinte composição, em valores históricos:

	Descrição	Valor (R\$)
A	Valor repassado pelo MTE	(4.736.800,00)
B	Valor das receitas de aplicação	(38.108,49)
C	Valor das despesas a comprovar (A+B)	(4.774.908,49)

D	Valor das despesas comprovadas (análise da instrução na peça 42)	305.132,65
E	Valor das despesas comprovadas (documentos peças 77 a 84)	2.518.222,85
F	Valor do débito referente à contrapartida não aplicada (20% de D+E)*	(564.671,10)
G	Saldo do convênio restituído pela SDS	273,81
	Valor do débito {C-(D+E)+F-G}	(2.516.224,09)

*Valor do débito da contrapartida calculado de acordo com Ac. 133/2008-TCU-Plenário

68. Nesse sentido, propõe-se julgar irregulares as presentes contas, imputando-se ao Sr. Enilson Simões Moura e à SDS, solidariamente, débito no valor histórico de R\$ 2.516.224,09, com aplicação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/92”.

11. Por essa linha, no acórdão condenatório, o valor do débito restou definido em R\$ 1.515.113,70, após a aceitação de outras despesas e o recálculo do montante relativo aos recursos federais indevidamente aplicados em razão da contrapartida não implementada, tendo o Relator a **quo** bem explicitado essa situação, no seu voto condutor, quando registrou que:

“(…) 10. Acolho a proposta de mérito da unidade técnica, endossando sua análise em relação às preliminares levantadas pelos responsáveis. Dissinto, entretanto, do **quantum** do débito por ela apontado, por entender que deva ser (a) abatido, do valor do débito, o montante pago à Cotradasp (R\$ 1.631,355,81), informado na relação de pagamento e (b) recalculado o montante relativo aos recursos federais indevidamente aplicados, em razão da contrapartida não implementada.

10.1 No tocante às entidades contratadas pela conveniente (Qualivida e Cotradasp), a natureza contratual (e não convenial) de suas relações com a SDS as compelem tão somente a executar o objeto contratado, sendo irrelevante se para essa execução foram utilizados os recursos a elas pagos pela contratante ou de outras fontes. A persecução do nexo de causalidade entre os recursos públicos e as despesas realizadas na execução de determinado objeto, pretendida pelo órgão instrutivo, é intrínseca apenas aos convênios.

10.2 Nessas condições, comprovado o pagamento pela SDS às entidades contratadas, fica estabelecido o necessário liame causal com os recursos do convênio.

10.2.1 No caso da Cotradasp, vários são os indícios nesse sentido, como a coerência entre as informações constantes na relação de pagamento (409/491-p.2), no extrato bancário (fls. 1/78-p.1) e nos documentos encaminhados (cópia de cheques e notas fiscais - 309/419-p.77), embora não tenha sido possível remeter documentos relativos a todos os pagamentos. Essa coerência documental aliada à efetiva execução dos serviços pela entidade, uma vez que não há notícia nos autos de que, durante o período contratual, a CAT tenha deixado de funcionar ou tenha funcionado de maneira operacionalmente insatisfatória (veja-se que o contrato visava o fornecimento de mão de obra), comprovam adequadamente, a meu ver, o nexo causal pretendido e a regularidade da execução contratual.

10.2.2 O mesmo não se pode afirmar em relação à Qualivida, pois, o cotejo entre os dados constantes na relação de pagamento (fls. 1/78-p.1), no extrato bancário (fls. 409/491-p.2) e nas cópias dos cheques e nas notas fiscais encaminhadas (fls. 3/105, 282/5, 290, 301/2-p.78; fls. 18/34-p.80) mostra que os valores indicados na primeira, como afetos à entidade, referem-se, na verdade, a pagamentos feitos a outros fornecedores, como Arquivid, Arte Gráficas, Almeidas Papelaria e etc. Assim, o pagamento indicado como a ela pago em 2001 não deve ser aceito, por ausência de comprovação do necessário nexo de causalidade com os recursos do convênio.

10.3 Dessa forma, do total de recursos federais aplicados (**R\$ 4.774.634,68**), que engloba aqueles repassados (R\$ 4.736.800,00), acrescido dos rendimentos da aplicação financeira (R\$ 38.108,49) e subtraído do saldo restituído (R\$ 273,81), **deve ser abatido** o montante relativo às despesas comprovadas (**R\$ 2.295.777,90**) e o valor pago à Cotradasp (**R\$ 1.631,355,81**), o que **resulta** em um débito de **R\$ 847.500,97**.

10.4 Quanto à contrapartida, verifico que a proporção pactuada no termo do convênio (R\$ 5.684.160,00) foi de 83% de participação federal (R\$ 4.736.800,00) e 17% da entidade (R\$ 947,360,00). Assim, do total das despesas aceitas (R\$ 3.927.133,71), os recursos federais deveriam ter suportado R\$ 3.259.520,98. Constata-se, assim, o aporte a maior de dinheiro federal no montante de R\$ 667.612,73, em decorrência da não aplicação da contrapartida. Logo, tal valor, relativo a recursos federais indevidamente aportados, deve ser acrescido ao débito acima indicado, que passa a ser R\$ 1.515.113,70.” (grifou-se)

12. No que concerne ao precedente deste Tribunal suscitado pelos embargantes, verifica-se que ele não se aplica ao presente caso, por tratar de situação distinta, em que os responsáveis foram condenados a ressarcir a totalidade dos recursos públicos federais que lhe foram repassados, haja vista não terem comprovado a regular aplicação desses recursos. Não se tratou, portanto, da condenação do conveniente à devolução de recursos federais aplicados em desconpasso com os percentuais de aplicação firmados no convênio, ou seja, em substituição à contrapartida, como apreciado nestes autos.

13. Vê-se, então, que não há omissão, tampouco contradição ou obscuridade, no acórdão embargado, nem mesmo quanto ao cômputo do valor da contrapartida devida e não aplicada na quantificação do débito imputado aos ora embargantes, vez que isso se deu em conformidade com a legislação pertinente e a jurisprudência deste Tribunal.

14. Entendo, portanto, que, no mérito, o TCU deve rejeitar os presentes embargos.

15. De toda sorte, o TCU deve, de ofício, tornar sem efeito a multa então aplicada aos ora embargantes pelo item 9.2 do Acórdão nº 1.267/2015-TCU-2ª Câmara, vez que, de fato, já teria operado a prescrição da pretensão punitiva do TCU, haja vista o interstício de mais de dez anos entre a data de ordenação da citação no âmbito deste Tribunal, em setembro de 2012, e a data das falhas, em dezembro de 2001.

16. Ocorre que, por meio do Acórdão 1.441/2016-Plenário proferido na Sessão Extraordinária do dia 8/6/2016, o TCU firmou o seu entendimento no sentido de que a prescrição da pretensão punitiva deve seguir a regra geral do prazo decenal, contado a partir do fato, em linha com o art. 205 do Código Civil brasileiro, interrompendo-se a contagem do aludido prazo com a ordem de citação, nos termos do art. 240, **caput**, do Código Processual Civil (Lei nº 13.105, de 2015).

17. A despeito desse novel entendimento do Tribunal, reitero a minha ressalva já registrada em vários outros julgados do TCU, no sentido de que, na ausência de lei específica, o TCU não deveria aplicar qualquer prazo prescricional sobre a referida pretensão punitiva ou, então, na pior das hipóteses, o Tribunal deveria aplicar a regra prescricional contida na Lei nº 9.873, de 1999, não só porque ela trata diretamente de prescrição no âmbito do direito administrativo sancionador, mas também porque, entre outras medidas, a aludida lei manda aplicar o prazo prescricional penal, quando a infração administrativa também configure crime, além de determinar expressamente que, no caso de ilícito continuado ou permanente, a contagem do prazo se inicie no dia em que o ilícito tiver cessado.

18. Contudo, a despeito dessa minha posição pessoal, deixo de pugnar pela manutenção da multa legal aos responsáveis, submetendo-me, pois, ao recente entendimento fixado pelo TCU no âmbito do aludido Acórdão 1.441/2016-Plenário.

19. Entendo, portanto, que o TCU deve rejeitar os presentes embargos, sem prejuízo de desconstituir a multa legal anteriormente aplicada.

Ante o exposto, proponho que seja prolatado o Acórdão que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 30 de agosto de 2016.

Ministro-Substituto ANDRÉ LUÍS DE CARVALHO
Relator