

Processo TC 036.521/2011-6 (com 73 peças)
Tomada de Contas Especial

Excelentíssimo Senhor Ministro-Relator,

Trata-se de tomada de contas especial instaurada pelo Fundo Nacional de Saúde (FNS) em razão de irregularidades detectadas na execução do Convênio 3.567/2002, cujo objeto consistia em fortalecer o Sistema Único de Saúde (SUS) mediante o apoio técnico e financeiro para a construção de unidade de saúde (peça 1, pp. 108/25) no Município de Itaipava do Grajaú/MA.

No âmbito desta Corte, o sr. Luiz Gonzaga dos Santos Barros, ex-prefeito municipal, e a empresa Construtora Versátil Ltda. – ME foram citados solidariamente pelo débito original de R\$ 100.000,00 (3.10.2003), em razão de diversas irregularidades na execução física e financeira do convênio, incluindo-se fraude em processo licitatório, conforme ofício de citação à peça 34 e edital à peça 40. Tais irregularidades foram as seguintes:

“a) sensível desacoplamento numérico-cronológico entre os desembolsos a prol da Construtora Versátil Ltda. e as retiradas (mediante quatro cheques) de numerário da conta convenial, caracterizando autêntico desvio de recursos da União, pois nada existe, no feixe de elementos probatórios, que conexe, vincule ou associe, sob os aspectos temporal e monetário, qualquer dos desembolsos identificados como feitos àquela empreiteira, supostamente contratada pelo conveniente para executar a *meta optata* do convênio FNS/3567/2002, pelo que se justificaria a emissão das notas fiscais 604 e 707 (peças 2, p.189 e 191), e quem aparece como emitente/beneficiário das aludidas cédulas, de acordo com quadro a seguir:

NA PRESTAÇÃO DE CONTAS					NA DINÂMICA BANCÁRIA					
Credora	Valor (r\$)	Data	Meio de pagamento	Evidências	Sacadora	Emitente e beneficiário	Valor (r\$)	Data	Meio de pagamento (cheque)	Evidências
Construtora Versátil Ltda., CNPJ 04.225.806/00 01-39	50.000,00	12/12/2003	não identificado	peça 2, p.177	Prefeitura Municipal de Itaipava do Grajaú(MA)	Luiz Gonzaga dos Santos Barros (peça 25, p.24)	60.000,00	10/10/2003	850001	peças 2, p.181, e 17, p. 3-6
	50.000,00	30/12/2003					5.000,00	10/10/2003	850002	peças 2, p.181, e 17, p. 7-10
	10.000,00	12/4/2005					10.000,00	13/10/2003	850003	peças 2, p.181, e 17, p. 11-14
notas fiscais				20.000,00			14/10/2003	850004	peças 2, p.181, e 17, p. 15-18	
Número		valor (R\$)		data			5.000,00	24/10/2003	850005	peças 2, p.181, e peça 17, p. 19-22
604 (peça 2, p. 189)		100.000,00		12/12/2003						
707 (peça 2, p. 191)		10.000,00		12/4/2005						

b) coexistência de procedimentos que, embora nominados como carta-convite 003/2003 e relativos ao mesmo objeto (execução de unidade de saúde), apresentam entre si incontornáveis divergências e, ademais, severas irregularidades, que assim puderam ser detalhadas:

b.1) no representado pela documentação à peça 1, p. 128-159:

b.1.1) seriam licitantes KWM Engenharia e Consultoria Ltda., Agroenge Consultoria Ltda. e Hidraele Projetos e Serviços Ltda., sagrando-se vencedora do certame a primeira delas;

- b.1.2) a participante Agroenge Consultoria Ltda., segundo dados hauríveis na base da SRFB (peça 5), jamais se inscreveu em atividade econômica (construção civil) compatível com a obra licitada;
- b.1.3) o preço da proponente KWM Engenharia e Consultoria Ltda. fora, artificialmente, arredondado para R\$ 110.000,00 (equivalente ao repasse do FNS mais a contrapartida municipal), ainda que seus itens somassem, na realidade, R\$ 110.002,78 (peça 1, p. 133-135);
- b.1.4) diferentes atos licitatórios – sessão de recebimento de propostas, apuração, adjudicação e homologação (peça 1, p. 128, 130, 140 e 142) – carregam a mesma e impossível data (3/2/2003);
- b.1.5) a ordem de serviço autorizativa da execução dos serviços (peça 1, p.131) traz início em 8/2/2003 (um sábado) e término em 8/6/2003, mas teria recebido o ciente da contratada (KWM Engenharia e Consultoria Ltda.) no dia 13/6/2002, antes mesmo da abertura dessa *versão* da carta-convite 003/2003;
- b.2) no consubstanciado pelos papéis à peça 2, p. 185-186, integrante da prestação de contas:
- b.2.1) a adjudicatária, em tudo e por tudo distinta das licitantes acima nominadas, fora a sociedade empresária Construtora Versátil Ltda., que cotara o preço de R\$ 110.000,00 – de novo rigorosamente igual ao montante do convênio, inclusas transferência do FNS e contrapartida da municipalidade conveniente;
- b.2.2) em nome dessa empreiteira aparecem as notas fiscais 604 e 707, datadas, respectivamente, de 12/12/2003 e 12/4/2005 (peças 2, p.189 e 191);
- b.2.3) não obstante, trata-se de unidade empresarial sem registro em atividade (construção civil) compatível com a obra licitada (peça 8);
- c) termo de cumprimento do objeto, de 1º/12/2005 (peça 2, p.173) e a afirmar a plena execução das obras entre 3/10/2003 e 12/4/2005, desmentido pelos relatórios 621 e 1122/2004, 663/2005 e 174/2006 (peça 1, p. 196-228 e 248-279, e peça 2, p. 6-49 e 225-263), posteriores ao início e/ou término em questão e sucessivamente elaborados pelo Núcleo Estadual do Ministério da Saúde no Maranhão, que acusam, uníssonos, a inexecução material do que se ajustara sob o convênio 3567/2002.”

Referidos responsáveis permaneceram revéis e, mediante o Acórdão 1.357/2015-Plenário (sessão de 3.6.2015), o TCU deliberou por julgar suas contas irregulares, com condenação solidária ao pagamento do débito apurado (R\$ 100.000,00, na data de 3.10.2003), aplicação individual da multa do art. 57 da Lei 8.443/1992 a ambos os responsáveis e declaração de inidoneidade da Construtora Versátil Ltda. pelo prazo de 2 anos, tendo em vista a ocorrência de fraude comprovada à licitação (peça 48).

Os responsáveis foram notificados da referida deliberação (peças 60 e 67) e, como não interpuseram recurso nem recolheram os valores devidos, a Secex/MA atestou o trânsito em julgado do Acórdão 1.357/2015-Plenário nas datas de 21.7.2015 (em relação ao sr. Luiz Gonzaga) e 28.10.2015 (em relação à Construtora Versátil), conforme explicitado no quadro a seguir (peça 69):

Responsáveis	Dados relativos à Notificação/Comunicação dos responsáveis – AC 1357/2015-TCU-Plenário					
	Ofício	Data	Peça	Ciência em	Peça	Data do Trânsito em Julgado
Luiz Gonzaga dos Santos Barros	2289/2015	30/6/2015	Peça 55	3/7/2015	Peça 60	21/7/2015
Construtora Versátil Ltda. - ME	Edital 181/2015	7/10/2015	Peça 66	9/10/2015	Peça 67	28/10/2015

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS JUNTO AO TCU
Gabinete do Procurador Júlio Marcelo de Oliveira

Assim, em 19.1.2016, a Secex/MA autuou os seguintes processos de cobrança executiva (peça 70):

Processo CBEX	Tipo	Valor Original R\$	Valor Atualizado em 15/1/2016	Responsável
033.116/2015-6	Débito	100.000,00	407.249,74	Construtora Versátil Ltda.-ME e Luiz Gonzaga dos Santos Barros
033.117/2015-2	Multa	17.000,00	17.861,90	Construtora Versátil Ltda.-ME
033.118/2015-9	Multa	17.000,00	17.861,90	Luiz Gonzaga dos Santos Barros

À peça 68 consta o registro do sr. Luiz Gonzaga dos Santos Barros no Cadirreg (Cadastro de Responsáveis com Contas Julgadas Irregulares), e à peça 72 consta o registro, no Sicaf (Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores), da declaração de inidoneidade da empresa Construtora Versátil Ltda. pelo período de 28.10.2015 a 27.10.2017.

Em 19.2.2016, o Serviço de Cadastros e Cobrança Executiva identificou, no âmbito dos processos TC 033.116/2015-6 e TC 033.118/2015-9, a ocorrência da seguinte falha no Acórdão 1.357/2015-Plenário: “no item 8 do Acórdão foi informado que não há advogado constituído, contrariando a documentação constante nos autos (procuração anexa)”. Assim, propôs o envio dos autos ao gabinete de Vossa Excelência, “com vistas a tornar insubsistente o referido acórdão, com fundamento nos arts. 174 e 176 do RITCU” (peça 19 do TC 033.116/2015-6 e peça 11 do TC 033.118/2015-9).

Mediante o despacho datado de 23.6.2016, Vossa Excelência assim se pronunciou (peça 73, grifou-se):

“No dia 3/6/2015, o Plenário deste Tribunal exarou o Acórdão nº 1.357/2015, (...).

2. Ocorre que **o nome do advogado do Sr. Luiz Gonzaga dos Santos Barros não constou da pauta de julgamento nem do relatório e do acórdão ora sob comento.**

3. Por oportuno, esclareço que:

- a) os responsáveis permaneceram revéis;
- b) o citado advogado (Dr. Mauro Henrique Ferreira Gonçalves Silva) solicitou e obteve cópia integral destes autos antes do mencionado julgamento;
- c) o Dr. Mauro Henrique foi regularmente notificado da decisão desta Corte de Contas;
- d) os responsáveis não apresentaram recursos e o acórdão em tela transitou em julgado.

4. Quando da autuação do processo de cobrança executiva, a unidade técnica constatou a falha descrita no parágrafo 2 deste despacho e encaminhou estes autos ao meu Gabinete.

5. Diante do acima exposto, solicito a manifestação do Ministério Público junto ao TCU sobre o caso vertente, inclusive no que concerne as providências que devem ser adotadas.

Ao Ministério Público junto ao TCU, para o obséquio de seu pronunciamento.”

II

O Ministério Público de Contas entende que, em razão da ausência do nome do advogado do sr. Luiz Gonzaga dos Santos Barros na pauta de julgamento desta tomada de contas especial (publicada no Diário Oficial da União - DOU de 1.6.2015, Seção 1, p. 105), aliada à falta de comprovação de que algum dos seus advogados teve, por quaisquer outros meios, prévia ciência do referido julgamento, o Acórdão 1.357/2015-Plenário deve ser declarado nulo, pelos motivos a seguir expostos.

Inicialmente, deve-se registrar que o pedido de habilitação nos autos dos advogados do sr.

Luiz Gonzaga dos Santos Barros (srs. João Batista Ericeira - OAB/MA 742, João Batista Ericeira Filho - OAB/MA 8.296, Mauro Henrique Ferreira Gonçalves Silva - OAB/MA 7.930, e Marconi Torres Pereira - OAB/MA 13.925), bem como o pedido de vista eletrônica ou cópia integral do processo, foram formulados em 24.4.2015 e juntados aos autos em 4.5.2015 (peças 45 e 46), ou seja, após o parecer do Ministério Público de Contas (peça 43), mas antes da prolação do Acórdão 1.357/2015-Plenário, ocorrida em 3.6.2015.

O pedido de vista/cópia dos autos só foi apreciado pela Secex/MA em 26.6.2015 e o efetivo recebimento da cópia dos autos pelo advogado Mauro Henrique Ferreira Gonçalves Silva só ocorreu em 13.7.2015 (peça 64), ou seja, após a prolação do Acórdão 1.357/2015-Plenário.

Portanto, ao contrário do afirmado no despacho à peça 73, o advogado do sr. Luiz Gonzaga não obteve cópia integral dos autos antes do julgamento. Tal fato, por si só, já poderia caracterizar o cerceamento de defesa em relação ao referido responsável.

Nesse contexto, a falta de publicação do nome do advogado do sr. Luiz Gonzaga dos Santos Barros na pauta de julgamento deste processo revela-se ainda mais grave, pois reforça a presunção de prejuízo ao direito à ampla defesa.

Quanto a essa questão, a jurisprudência predominante desta Corte de Contas, com a qual anui este representante do Ministério Público de Contas, tem consignado que a falta de indicação (ou indicação errônea) do nome do advogado na pauta de julgamento configura vício insanável e caracteriza a nulidade absoluta do julgado, que pode ser declarada de ofício pelo julgador. Isso porque a referida falha pode ter impedido a apresentação de memoriais e/ou de sustentação oral pelo advogado do responsável, de modo que faz presumir a ocorrência de prejuízo ao direito de defesa. Nessa linha, cumpre citar os seguintes precedentes do TCU (grifos acrescidos):

- Acórdão 994/2016-Plenário:

“SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. RECURSO DE REVISÃO. INCORREÇÃO DOS DADOS DO ADVOGADO PUBLICADOS NA PAUTA. INSUBSISTÊNCIA DO ACÓRDÃO. CIÊNCIA AOS INTERESSADOS.”

“3. À peça 86, a unidade técnica propõe que seja feita “correção de erro material” presente no Acórdão nº 3.209/2014-Plenário (peça 57), tendo em vista que o nome do advogado constituído nos autos, Sr. Rodrigo Oliveira dos Santos Lima, foi publicado sem o sobrenome Oliveira (Rodrigo dos Santos Lima) e seguido da numeração da OAB errada (OAB/PB 10 em vez de OAB/PB 10.478).

4. Por seu turno, o MP/TCU, representado pelo Procurador Marinus Eduardo de Vries Marsico, propõe tornar insubsistente Acórdão nº 3.209/2014-Plenário *‘ante a constatação da publicação incorreta do número de inscrição na OAB do advogado e da supressão de seu sobrenome na pauta de julgamento do Acórdão nº 3.209/2014-Plenário (Peça 57), bem assim ante a existência diversos homônimos.’*

5. De fato, assiste razão ao MP/TCU. **O erro na publicação da pauta pode haver causado prejuízo ao princípio da ampla defesa e do contraditório.**

6. Nesses casos, **por se tratar de vício insanável e não de erro material, o Tribunal tem determinado a revisão de ofício, ou a pedido da parte, da deliberação na qual se encontra essa espécie de vício, para torná-la insubsistente**, de forma a que a falha em questão seja suprida (Acórdãos nº 2680/2015 – 2ª Câmara (Relator: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa); nº 3.132/2010 – Plenário (Relator: Ministro Augusto Nardes); nº 3.000/2013 – 2ª Câmara (Relator: Ministro Benjamin Zymler); nº 3.438/2014 – Plenário (Relator: Ministro José Múcio Monteiro e 449/2014 – Plenário, de minha relatoria).

7. Sendo assim, acolho a proposta do MP/TCU para, de ofício, tornar insubsistente o Acórdão

nº 3.209/2014-Plenário, de minha relatoria.” (trecho do voto do Ministro-Relator Raimundo Carreiro);

- Acórdão 1.878/2015-Plenário:

“SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO 335/2007. OMISSÃO. CITAÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO DA BOA E REGULAR APLICAÇÃO DOS RECURSOS. PROLAÇÃO DO ACÓRDÃO 1.734/2014 – TCU – PLENÁRIO. **RECONHECIMENTO DE VÍCIO NA DECISÃO. AUSÊNCIA DE PUBLICAÇÃO DO NOME DO ADVOGADO NA PAUTA. NOVO JULGAMENTO. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. INABILITAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO OU FUNÇÃO DE CONFIANÇA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.**”

“Conforme detalhado no relatório que acompanha este voto, o Acórdão 1.734/2014-TCU-Plenário apresenta vício insanável caracterizado pela ausência, na pauta de julgamento da deliberação recorrida, do nome do advogado constituído nos autos.

6. De relevo resgatar como a legislação aborda o tema:

‘Art. 236. No Distrito Federal e nas Capitais dos Estados e dos Territórios, consideram-se feitas as intimações pela só publicação dos atos no órgão oficial.

§ 1º É indispensável, sob pena de nulidade, que da publicação constem os nomes das partes e de seus advogados, suficientes para sua identificação.’ (Código de Processo Civil)

‘Art. 40. Havendo advogado constituído nos autos, o gabinete do relator deverá consignar obrigatoriamente seu nome e o respectivo número de inscrição na OAB na lista destinada à constituição de pauta a ser publicada no Diário Oficial da União ou no Boletim do Tribunal de Contas da União.’ (Resolução-TCU 164/2003)

7. A análise da peça 80 revela que não constaram da Pauta 24/2014 da Sessão Ordinária do Plenário de 02/07/2014 informações sobre os advogados, desconsiderando-se, portanto, as procurações acostadas às peças 17 e 26.

8. Além de violar os dispositivos transcritos, **a omissão dos nomes de advogados legalmente constituídos na publicação da pauta representa prejuízo ao exercício da ampla defesa e do contraditório, vez que o responsável fica tolhido em seu direito de requerer sustentação oral e de apresentar memoriais previamente à sessão.**

9. Em situações similares, a jurisprudência do Tribunal é pela **declaração de nulidade absoluta da decisão** (Acórdãos 354/2015, 3.438/2014, 449/2014 e 407/2013, todos do Plenário).

10. Manifesto-me, portanto, de acordo com a proposta da unidade instrutiva, acompanhada pelo MP/TCU.

11. **Reconhecida, de ofício, a nulidade, impõe-se que o caso seja novamente levado à apreciação do Plenário** – o que faço nesta mesma oportunidade, conforme precedentes (Acórdão 2.680/2015-TCU-2ª Câmara).” (trecho do voto do Ministro-Relator Bruno Dantas);

- Acórdão 1.475/2016-2ª Câmara:

“SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. **VÍCIO INSANÁVEL. INSUBSISTÊNCIA DE ACÓRDÃO. RESTITUIÇÃO DOS AUTOS AO RELATOR.**”

“2. À peça 142, a unidade técnica propõe que seja feita correção de erro material supostamente

presente no item 1.7 do Acórdão nº 6.108/2015 – 2ª Câmara (peça 123), consistente na ausência dos nomes dos advogados constituídos nos autos.

3. Por seu turno, o MP/TCU, representado pelo Subprocurador-Geral Lucas Rocha Furtado, propõe tornar insubsistente Acórdão nº 6.108/2015 – 2ª Câmara, em razão da **ausência dos nomes das advogadas constituídas nos autos, na pauta.**

4. De fato, não consta do referido decisum os nomes das advogadas constituídas nos autos.

5. **Por se tratar de vício insanável e não de erro material, o Tribunal tem determinado a revisão de ofício, ou a pedido da parte, da deliberação na qual se encontra essa espécie de vício, para torná-la insubsistente**, de forma a que a falha em questão seja suprida (Acórdãos 2680/2015 – 2ª Câmara; 3132/2010 – Plenário; 3000/2013 – 2ª Câmara; 3438/2014 – Plenário; 449/2014 – Plenário).

6. Sendo assim, acolho a proposta do MP/TCU para tornar insubsistente o Acórdão nº 6.108/2015 – 2ª Câmara.” (trecho do voto do Ministro-Relator Raimundo Carreiro);

- Acórdão 10.991/2015-2ª Câmara:

“SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO. UNIÃO DA ALDEIAS KRAHÔ – KAPEY. APOIO AO PROJETO “CASA DA MEMÓRIA VIVA KRAHÔ”. NÃO COMPROVAÇÃO DA BOA E REGULAR APLICAÇÃO DA VERBA FEDERAL TRANSFERIDA PELO MINISTÉRIO DA CULTURA. REVELIA DA PESSOA JURÍDICA, DO COORDENADOR DA ENTIDADE E DO RESPONSÁVEL TÉCNICO PELO PROJETO. PROCESSO JÁ APRECIADO PELO TRIBUNAL, POR MEIO DO ACÓRDÃO N. 811/2015 – 2ª CÂMARA, QUE JULGOU IRREGULARES AS CONTAS DO RESPONSÁVEL, COM DÉBITO E MULTA. **REVISÃO, DE OFÍCIO, DA DELIBERAÇÃO CONDENATÓRIA, PARA TORNÁ-LA INSUBSISTENTE. OMISSÃO DOS NOMES DE ADVOGADOS LEGALMENTE CONSTITUÍDOS NA PUBLICAÇÃO DA PAUTA DE JULGAMENTO. PREJUÍZO AO EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO.**

1. **A omissão dos nomes de advogados legalmente constituídos na publicação da pauta representa prejuízo ao exercício da ampla defesa e do contraditório e impõe a revisão, de ofício, da deliberação condenatória, de modo a torná-la insubsistente.**

2. Julgam-se irregulares as contas do responsável, condenando-o ao pagamento do débito e aplicando-lhe multa, em face da não-comprovação da correta aplicação dos recursos públicos federais.”

“4. Conforme apontado pelo Procurador-Geral Paulo Soares Bugarin e consignado na instrução da Secex/TO, **na publicação no Diário Oficial da União n. 39, de 27/2/2015, Seção 1, página 188, referente a este processo constou, expressamente, a informação de que não havia advogados constituídos nos autos (peça n. 52).**

5. **Todavia, como faz prova a Procuração constante da peça 19, o Sr. Nilton José dos Reis Rocha havia instituído dois causídicos para atuar neste processo, conforme documento protocolizado em 1º/12/2014.**

6. Em situações similares a que ora se examina, **esta Corte tem entendido que a situação consubstancia inviabilidade da produção de ampla defesa e de contraditório, sendo considerada, portanto, como falha insanável a atrair a necessária declaração de insubsistência do decisum combatido** (Acórdãos 3.132/2010 – Plenário e 3.000/2013 – 2ª Câmara).

7. Como destacado pelo Ministro Benjamin Zymler, no Voto condutor do Acórdão 3.000/2013 – 2ª Câmara:

‘9. Esta omissão, consoante alegou a embargante, inviabilizou a produção de sustentação oral e, consequentemente, comprometeu a adequada defesa de seus interesses.

10. Assiste razão à embargante. O dano restou evidenciado, pois o processo foi apreciado pelo Tribunal sem o conhecimento da (...), prejudicando o exercício da ampla defesa e do contraditório.

11. De acordo com o § 1º do art. 236 do Código de Processo Civil, aplicável analógica e subsidiariamente ao TCU por força da Súmula 103, é indispensável, sob pena de nulidade da deliberação proferida, que da pauta de julgamentos publicada constem os nomes dos interessados e de seus advogados de forma suficiente para sua identificação.’

8. Nesse sentido, **cumpre efetuar a revisão, de ofício, do Acórdão 811/2015 – 2ª Câmara, para torná-lo insubsistente**, de forma a que a falha ora aventada seja suprida.” (trecho da proposta de deliberação do Ministro-Relator Marcos Bemquerer).

Cabe registrar que, recentemente, o Plenário do TCU proferiu o Acórdão 1.663/2016-Plenário (sessão de 29.6.2016), cujo sumário é o seguinte (grifou-se):

“SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. REMUNERAÇÃO DE EMPREGADO DO CREA/SP ACIMA DO TETO CONSTITUCIONAL. MATÉRIA APRECIADA PELO TRIBUNAL POR MEIO DO ACÓRDÃO 2.711/2015 – PLENÁRIO. **ARGUIÇÃO PELA UNIDADE TÉCNICA DO TCU DE NULIDADE DO DECISUM EM DECORRÊNCIA DA AUSÊNCIA DE PUBLICAÇÃO DO NOME DE ADVOGADOS NA PAUTA DE JULGAMENTO. INOCORRÊNCIA DE PREJUÍZO AO DIREITO DE DEFESA. NÃO RECONHECIMENTO DA NULIDADE SUSCITADA PELA UNIDADE TÉCNICA. INEXATIDÃO MATERIAL SUJEITA À CORREÇÃO, NOS TERMOS DO ENUNCIADO DA SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA DO TCU 145. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS POR UM DOS RESPONSÁVEIS AO ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA DOS VÍCIOS SUSCITADOS PELO EMBARGANTE. CONHECIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, E, NO MÉRITO, REJEIÇÃO. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO, APÓS A RETIFICAÇÃO DO ERRO MATERIAL.**

1. Nenhum ato será declarado nulo se do vício não resultar prejuízo para a parte, para o erário, para a apuração dos fatos pelo Tribunal ou para a deliberação adotada (art. 171 do RI/TCU).

2. **Em regra, a falta de publicação do nome do advogado da parte na pauta de julgamento (disponibilizada no Diário Oficial da União – DOU) é causa de nulidade do acórdão resultante desse vício, ante a presunção de prejuízo ao direito subjetivo daquela de produzir sustentação oral, e pode ser declarada pelo Tribunal, de ofício, ou mediante provocação do responsável ou interessado (Acórdão 2.711/2015 – Plenário, excerto do sumário).**

3. **A inocorrência de prejuízo ao direito de defesa da parte restou demonstrada com a sustentação oral – cujo pedido fora previamente autorizado pela Presidência do TCU – realizada pelo advogado do responsável no dia da sessão plenária em que foi proferido o Acórdão 2.711/2015, não obstante a falha incorrida na falta de inclusão do nome dos advogados na pauta de julgamento do TCU.**

4. A falha processual arguida pela unidade técnica deve ser retificada, com fundamento no Enunciado da Súmula de Jurisprudência do TCU 145, de modo a constar no Acórdão 2.711/2015 – Plenário o nome dos advogados constituídos pela parte.

5. Rejeitam-se os Embargos de Declaração quando inexistentes os vícios de obscuridade, omissão e contradição na decisão recorrida.

6. A via dos Embargos de Declaração é inadequada à rediscussão do mérito de matéria já

apreciada pelo Tribunal, pois tem por finalidade específica aclarar ou corrigir os defeitos do **decisum** recorrido, tido por obscuro, omissivo ou contraditório.”

Como se vê, no referido julgado, reconheceu-se que a ausência do nome do advogado da parte na pauta de julgamento publicada no DOU constitui, em regra, causa de nulidade do acórdão. Todavia, como, naquele caso específico, o advogado da parte havia realizado sustentação oral na sessão de julgamento, considerou-se demonstrada a falta de prejuízo ao direito de defesa da parte, motivo pelo qual deixou-se de declarar a nulidade da deliberação.

No presente caso, cabe frisar, o responsável permaneceu revel e não houve realização de sustentação oral por ocasião do julgamento desta TCE. Tampouco houve a oferta de memoriais após a inclusão do processo em pauta, o que poderia evidenciar que o patrono do responsável havia tido prévia ciência da data marcada para o julgamento do processo.

Sendo assim, na ausência de prova em contrário, não há como afastar a presunção da ocorrência de prejuízo ao direito de defesa pela falha na publicação da pauta de julgamento, que representou violação ao art. 40 da Resolução 164/2003 do TCU e ao art. 236, § 1º, do Código de Processo Civil revogado (equivalente ao art. 272, § 2º, do novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015), o que enseja o reconhecimento, de ofício, da nulidade da deliberação.

Saliente-se que também há vários precedentes do Poder Judiciário que apontam para a declaração de nulidade de acórdãos em que não houve a devida intimação do advogado da sessão de julgamento, conforme ementas abaixo transcritas (grifou-se):

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO ADVOGADO. PREJUÍZO. EXISTÊNCIA. NULIDADE ABSOLUTA DA INTIMAÇÃO.

1. Embargos declaratórios de decisão de relator podem recebidos como agravo regimental, conforme jurisprudência da Corte Especial.

2. **A lei comina com a pena de nulidade da publicação do ato judicial que não conste o nome do advogado (CPC, art. 236, § 1º). Essa nulidade é absoluta, havendo, assim, presunção de prejuízo:** ‘É firme a orientação jurisprudencial no sentido da nulidade do julgamento efetivado sem que da publicação da pauta constasse o nome do advogado da parte’. Precedente do STJ.

3. Anulada a sentença, os exequentes apresentarão memória discriminada e atualizada do valor da condenação que entende devido, observando o título executivo judicial.

4. Agravo regimental dos embargados/exequentes desprovido.” (TRF/1ª Região, 8ª Turma, rel. Desembargador Federal Novély Vilanova, AGRAC 2003.34.00.035421-7/DF, julgado em 24.4.2015, publicado em 15.5.2015);

“PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - NULIDADE – PUBLICAÇÃO PARA PAUTA - AUSÊNCIA DO NOME DO ADVOGADO DA PARTE - PRELIMINAR ACOLHIDA - APLICAÇÃO DO ARTIGO 236, § 1º, DO CPC. (...)

3. Dispõe o § 1º, do art. 236 do CPC, in verbis: ‘§ 1º. É indispensável, sob pena de nulidade, que da publicação constem os nomes das partes e de seus advogados, suficientes para sua identificação.’

4. ‘A publicação, no órgão oficial, da data da sessão de julgamento, deve conter todos os dados suficientes para a devida publicidade do ato. Dessa forma, **omitindo-se o nome do patrono da parte recorrente, nula é a intimação. Inteligência do art. 236, § 1º, do CPC.**’ (RMS 13248/RS; Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI; QUINTA TURMA; data do julgamento: 28/05/2002; publicação/ fonte: DJ 26/08/2002 p. 258).

5. Hipótese em que configurada a nulidade, uma vez que os nomes dos patronos da parte não constam nem mesmo da etiqueta de autuação do processo.
6. Embargos de declaração acolhidos a fim de anular o julgamento de fls. 209/222 e remeter os autos à CORIP a fim de que se corrija a autuação.” (TRF/1ª Região, 7ª Turma, rel. Desembargador Federal Reynaldo Fonseca, EDAC 2005.38.00.043282-0/MG, julgado em 19.2.2013, publicado em 1.3.2013);

“QUESTÃO DE ORDEM - PROCESSUAL CIVIL - ADMINISTRATIVO - CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL - FALTA DE INTIMAÇÃO - OFENSA AO ARTIGO 236, § 1º DO CPC - NULIDADE DO JULGAMENTO PROFERIDO NESTA CORTE.

1. **É entendimento deste Superior Tribunal de Justiça ocorrer a nulidade do julgamento, por cerceamento de defesa, quando a publicação para a inclusão em pauta de processo omite o nome da parte e do advogado regularmente constituído para defesa, na dicção do § 1º do artigo 236 do CPC.** Precedentes.
2. No caso dos autos, vários Sindicatos de Conselho de Fiscalização Profissional não foram previamente intimados do julgamento do recurso especial que, por isso, deve ser anulado, para a correção da autuação do feito e, posteriormente, nova inclusão em pauta.
3. Questão de ordem acolhida, para anular-se o acórdão de fls. 2.549/2.568.
4. Em consequência, declara-se a perda de objeto de todas as petições e embargos declaratórios relativos ao aresto anulado.” (STJ, 5ª Turma, rel. Ministro Jorge Mussi, REsp 507536/DF, julgado em 5.2.2015, publicado em 12.2.2015);

“PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE PUBLICAÇÃO DA PAUTA DE JULGAMENTO EM NOME DOS REPRESENTANTES PROCESSUAIS DA PARTE RECORRENTE. NULIDADE.

1. **É firme a orientação jurisprudencial no sentido da nulidade do julgamento efetivado sem que da publicação da pauta constasse o nome do advogado da parte.**
2. Precedentes: EDcl no REsp 1254697/AL, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 22.11.2011, DJe 1º.12.2011; EDcl no REsp 1.204.373/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 24.5.2011, DJe 30.5.2011; AgRg no REsp 1108861/PB, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 17.11.2009, DJe 10.12.2009. Agravo regimental improvido.” (STJ, 2ª Turma, rel. Ministro Humberto Martins, AgRg no AgRg no AREsp 371316 / SC, julgado em 19.11.2013, publicado em 27.11.2013).

Portanto, em respeito ao devido processo legal e também para que se evite eventual alegação de nulidade do Acórdão 1.357/2015-Plenário no âmbito judicial ou em sede de recurso de revisão interposto pelo responsável, entende-se que cabe ao TCU corrigir, desde já, o vício detectado, anulando a referida deliberação e proferindo, simultaneamente, novo julgamento de mérito da tomada de contas especial (a exemplo do Acórdão 1.878/2015-Plenário e do Acórdão 10.991/2015-2ª Câmara).

Registre-se que, embora a falha processual tenha ocorrido apenas em relação ao sr. Luiz Gonzaga dos Santos Barros, o mais apropriado é a anulação integral do Acórdão 1.357/2015-Plenário (à semelhança do decidido no Acórdão 10.991/2015-2ª Câmara), haja vista que as irregularidades atribuídas ao ex-prefeito são exatamente as mesmas que foram atribuídas à empresa Construtora Versátil Ltda. – ME, conforme que se verifica dos expedientes citatórios (peças 34 e 40) e do voto condutor da referida deliberação (peça 47). Assim, eventual descaracterização das irregularidades que motivaram a condenação do sr. Luiz Gonzaga, por motivos de ordem objetiva, teria necessária repercussão na condenação da Construtora Versátil Ltda. (seja em relação ao débito, seja em relação às sanções aplicadas).

Ademais, considerando-se que esta Corte, recentemente, firmou jurisprudência no sentido de que a prescrição da pretensão punitiva é decenal e contada a partir da data de ocorrência da irregularidade sancionada, interrompendo-se com o despacho que ordenar a citação (Acórdão 1.441/2016-Plenário, sessão de 8.6.2016), tal entendimento deve ser observado na nova deliberação que vier a ser proferida em substituição ao Acórdão 1.357/2015-Plenário, para que se reconheça a incidência da citada prescrição no presente caso concreto, mas tão somente em relação às ocorrências anteriores a 15.10.2003.

Com efeito, o despacho que ordenou a citação dos responsáveis está datado de 15.10.2013 (peça 31) e algumas das irregularidades sancionadas ocorreram mais de 10 antes, notadamente as relativas ao processo licitatório (o termo de homologação do Convite 3/2003 está datado de 3.2.2003 – peça 2, p. 187).

Note-se que, embora a data de referência do débito seja 3.10.2003 (data do crédito dos recursos federais na conta específica do convênio – peça 2, p. 181), os cheques foram debitados da conta específica no período de 10.10.2003 a 24.10.2003 (peça 2, p. 181), as notas fiscais foram emitidas nas datas de 12.12.2003 e 12.4.2005 (peça 2, pp. 189/91) e o termo de aceitação da obra foi assinado em 20.4.2005 (peça 2, p. 183).

Apesar de alguns pagamentos terem ocorrido antes de 15.10.2003, o Ministério Público de Contas entende que é cabível a aplicação da multa do art. 57 da Lei 8.443/1992 a ambos os responsáveis, proporcional à integralidade do débito, pois a emissão das notas fiscais e do termo de aceitação da obra, ocorrida após aquela data, foi fundamental para a consumação da fraude na execução do Convênio 3.567/2002 e do dano ao erário em apreço nesta TCE.

Desse modo, o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva no presente caso concreto não deve impedir a aplicação da multa do art. 57 da Lei 8.443/1992 aos responsáveis, em valor proporcional ao do dano ao erário, embora impeça a aplicação da sanção de declaração de inidoneidade à Construtora Versátil Ltda., em razão de a fraude à licitação ter se consumado mais de dez anos antes da citação pelo TCU.

III

Ante o exposto, o Ministério Público de Contas manifesta-se no sentido de o Tribunal:

a) declarar, de ofício, a nulidade do Acórdão 1.357/2015-Plenário, com fundamento nos arts. 174 e 175 do Regimento Interno do TCU;

b) julgar irregulares as contas do sr. Luiz Gonzaga dos Santos Barros e da Construtora Versátil Ltda., nos termos dos arts. 1º, I, 16, III, “c”, 19 e 23, III, da Lei 8.443/1992 e dos arts. 1º, I, 209, II, 210 e 214, III, do Regimento Interno do TCU, e condená-los, solidariamente, ao pagamento da quantia de R\$ 100.000,00, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das datas das respectivas notificações, para comprovarem, perante o Tribunal, na forma do art. 214, III, “a”, do Regimento Interno do TCU, o recolhimento da dívida aos cofres do Fundo Nacional de Saúde – FNS, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir do dia 3.10.2003 até a data do seu efetivo recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor;

c) aplicar a multa prevista nos arts. 19, *caput*, e 57 da Lei 8.443/1992, individualmente, ao sr. Luiz Gonzaga dos Santos Barros e à Construtora Versátil Ltda., fixando-lhes o prazo de 15 dias, a contar das datas das respectivas notificações, para comprovarem, perante o Tribunal, na forma prevista no art. 214, III, “a”, do Regimento Interno do TCU, o recolhimento das dívidas ao Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do acórdão que vier a ser proferido até a data do efetivo recolhimento, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

d) autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não sejam atendidas as notificações;

e) remeter cópia dos elementos pertinentes à Procuradoria da República no Estado do Maranhão, para a adoção das providências que entender cabíveis, com fundamento no art. 16, § 3º, da Lei

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS JUNTO AO TCU
Gabinete do Procurador Júlio Marcelo de Oliveira

8.443/1992 e no art. 209, § 7º, do Regimento Interno do TCU;

f) determinar a exclusão, no Sicaf, do registro da sanção de declaração de inidoneidade da Construtora Versátil Ltda., em razão da nulidade do acórdão que aplicou a referida sanção;

g) juntar cópia da deliberação que vier a ser proferida aos processos TC 033.116/2015-6, TC 033.117/2015-2 e TC 033.118/2015-9.

Brasília, em 26 de agosto de 2016.

Júlio Marcelo de Oliveira
Procurador