GRUPO II – CLASSE I – Plenário
TC 034.940/2015-4
Natureza: Embargos de declaração (em Representação)
Entidades: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social; Bndes Participações S.A.
Responsáveis: Armando Mariante Carvalho Junior (178.232.937-49); Bruno Lintz dos Santos (088.497.847-83); Caio Marcelo de Medeiros Melo (376.763.691-34); Eduardo Rath Fingerl (373.178.147-68); Fernando Americo de Rezende Neto (441.314.617-49); Flavia de Paula Peixoto Pereira (054.222.257-40); Guilherme de Lemos Medina Coeli (082.200.447-05); Independência Participações S.a. (08.794.684/0001-52); Jaldir Freire Lima (244.727.001-15); Julio Cesar Maciel Ramundo (003.592.857-32); Laura Bedeschi Rego de Mattos (253.585.728-64); Leonardo Botelho Bandeira de Mello (095.187.277-08); Luciano Galvão Coutinho (636.831.808-20); Miguel Graziano Russo (051.332.318-06); Renata Bastos Maccacchero Victer (024.899.207-40); Roberto Graziano Russo (055.596.918-52); Sergio Foldes Guimaraes (014.873.977-63)
Embargantes: Independência Participações S.A. (08.794.684/0001-52); Roberto Graziano Russo (055.596.918-52); Miguel Graziano Russo (051.332.318-06); Luciano Galvão Coutinho (636.831.808-20).
Representação legal: Raquel Cristina de Carvalho e Silva (OAB/RJ 133.596) e outros, representando Luciano Galvão Coutinho; Ana Carolina Mazoni (OAB/DF 31.606) e outros, representando Laura Bedeschi Rego de Mattos; Debora Regina Magalhaes de Sousa (OAB/DF 16286E) e outros, representando Independência Participações S.A., Miguel Graziano Russo e Roberto Graziano Russo; Ana Luisa Vianna Ferreira Pinto e outros, representando Armando Mariante Carvalho Junior e Eduardo Rath Fingerl; Marcelo de Siqueira Freitas (OAB/DF 15.659) e outros, representando Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social; Danilo Messere Romancini (OAB/DF 25.054) e outros, representando Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social e BNDES Participações S.A.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. BNDES. CONVERSÃO DOS AUTOS EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO SUPOSTAS. CONHECIMENTO. REJEIÇÃO.

Relatório

Trata-se de dois embargos de declaração opostos pelos Srs. Roberto Graziano Russo e Miguel Graziano Russo (peça 173) e pelo Sr. Luciano Galvão Coutinho (peça 183) contra o acórdão 1412/2017-TCU-Plenário, que tratou de representação com vistas a examinar os indícios de irregularidades relacionadas à operação de participação acionária do BNDES na empresa

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58047391.

Independência Participações S.A., determinada pelo item 9.4.1 do acórdão 3011/2015-TCU-Plenário e que assim dispôs:

> "9.1. conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237 do RI/TCU, para, no mérito, considerá-la procedente;
>
> 9.2. determinar a conversão da presente representação em tomada de contas especial, com fundamento no art. 47 da Lei 8.443/1992 c/c art. 252 do RI/TCU, devendo, nos termos do art. 41 da Resolução TCU 259/2014, ser autuado processo específico para esse fim, ao qual será apensado o processo em exame;
>
> 9.3. desconsiderar, com base nos acórdãos do TCU 83/2000-Plenário, 182/2000-Plenário, 1300/2009-1ª Câmara, 1525/2009-1ª Câmara, 791/2009-Plenário e 779/2009-Plenário, a personalidade jurídica da empresa Independência Participações S/A - CNPJ 08.794.684/0001-52, a fim de responsabilizar seus sócios administradores, em solidariedade com os responsáveis constantes do item 3.5 do relatório, o Sr. Miguel Graziano Russo – CPF: 051.332.318-06 e o Sr. Roberto Graziano Russo – CPF: 055.596.918-52, pelo débito aos cofres do BNDESPar do valor original de R$ 250.000.000,00 (duzentos e cinquenta milhões de reais);
>
> 9.4. dar ciência desta deliberação aos responsáveis e interessados;"

2. Transcrevo o teor da peça 173:

> "INDEPENDÊNCIA PARTICIPAÇÕES S.A., ROBERTO GRAZIANO RUSSO E MIGUEL GRAZIANO RUSSO, por seus advogados, nos autos da presente representação, na qual foram incluídos na condição de responsáveis vêm, à presença de V.Exa., em atenção ao v. acórdão que considerou procedente a presente representação e determinação conversão em tomada de contas especial, apresentar os presentes EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, com fundamento nos artigos 279 e 287 do Regimento Interno desse E. Tribunal, o que faz nos seguintes termos:
>
> 1. Conforme restou decidido pelo v. acórdão supramencionado, esse E. Tribunal entendeu pela procedência da representação formulada nestes autos, determinando sua conversão em tomada de contas especial, na forma do artigo 47 da Lei 8.443/1992, bem como desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade INDEPENDÊNCIA PARTICIPAÇÕES S.A. para que seja responsabilizada em solidariedade com seus sócios administradores, aqui também EMBARGANTES.
>
> 2. Entretanto, incorrendo em omissão verificável e sanável pela via dos presentes embargos, o v. acórdão acabou por deixar de levar em consideração, em suas razões de decidir, o fato de que a pretensão de responsabilização dos ora EMBARGANTES não pode se sobrepor à verdadeira coisa julgada material que se formou no procedimento arbitral instaurado pela BNDESPAR em face dos EMBARGANTES, e que tramitou perante a CÂMARA DE ARBITRAGEM DA BOVESPA a respeito do mesmo tema que constitui objeto deste processo.
>
> 3. De fato, ainda que a existência e a absoluta improcedência do procedimento arbitral estejam bem reconhecidas no v. acórdão embargado, a decisão colegiada desse E. Tribunal no sentido de dar prosseguimento à representação, em relação aos EMBARGANTES, acabou por não enfrentar a matéria de ordem pública consubstanciada na coisa julgada material sobre a matéria em cotejo, na medida em que a mesma questão sobre a qual essa Corte de Contas irá se pronunciar neste feito já foi integralmente resolvida pela via arbitral.
>
> 4. Com o devido respeito que nutrem por esse E. Tribunal e seus ilustres julgadores, os EMBARGANTES entendem haver mesmo omissão no v. acórdão, ao se concluir que- 'a Câmara Arbitral de Mercado não opinou sobre a ocorrência de fraude nas informações contábeis, porque esse não era o objeto direto da controvérsia'.
>
> 5. O exame das peças do procedimento arbitral trazidas a este feito, nesse sentido, deixa claro que o Juízo Arbitral afastou por completo as ilações feitas pela BNDESPAR de que os

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58047391.

EMBARGANTES teriam faltado com os deveres de boa-fé, lealdade e cooperação, no que diz respeito às informações e documentação relativas à situação econômico-financeira da INDEPENDÊNCIA PARTICIPAÇÕES. S.A. à época do investimento.

6. Com efeito, o processo julgado e transitado em julgado reconheceu, no mínimo no que concerne à responsabilidade dos EMBARGANTES, a absoluta higidez dos números que apresentaram, contidos nos balanços que foram auditados, e não se olvide, na sequência, também apreciados pelo perito judicial nos autos da Recuperação Judicial que já foi julgada, não tendo havido a quebra de INDEPENDÊNCIA S.A. Ao contrário, seus ativos foram adquiridos por JBS S.A. e a recuperação encerrada.

7. Ao deixar de examinar a matéria em debate - ainda que em juízo de admissibilidade da representação - sob a perspectiva dessa questão de ordem pública, o v. acórdão acabou por assim permitir que uma discussão seja reaberta, em sede de tomada especial de contas, acerca de matéria expressamente já decidida e acobertada pelo manto da coisa julgada material, no que diz respeito ao envolvimento dos EMBARGANTES nos mesmos fatos que são objeto de apreciação na presente representação.

8. Não é demais recordar que a Constituição Federal elenca o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, e a coisa julgada como institutos fundamentais de nosso Estado Democrático de Direito, em consonância com seu artigo 5º, Inciso XXXVI. A autoridade da coisa julgada emana não somente da sentença proferida pelo Poder Judiciário, mas igualmente da sentença arbitral, a qual produz, 'entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo' - tal como dispõe literalmente o artigo 31 da Lei nº 9.307/1996.

9. Daí a inexorável conclusão de que a sentença arbitral, ao julgar total ou parcialmente o mérito da questão que lhe for submetida, 'tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida', diante da aplicação do disposto no artigo 503 do Código de Processo Civil, que trata sobre o conceito e os efeitos da coisa julgada material.

10. Assim sendo, Excelências, os EMBARGANTES entendem, com o devido respeito, que ficou carente de apreciação e esclarecimento a questão da existência de coisa julgada material apontada acima, tratando-se o ponto omisso de matéria constitucional e de ordem pública.

11. Por esse motivo, vêm requerer sejam os presentes embargos de declaração recebidos e acolhidos, submetendo-se à deliberação do colegiado competente (art. 287, § 2°, do Regimento Interno), a fim de que seja essa omissão devidamente sanada, acolhendo-se os presentes a fim de que, ao final e como razão de decidir, reconheça esse E. Tribunal os efeitos da coisa julgada ao menos no que toca os EMBARGANTES, que não podem ser responsabilizados a teor do que decidiu a sentença arbitral, nos termos do artigo 31 da Lei 9.307/96, c.c. artigo 503 do CPC/2015 .

12. Ao final - e como decorrência lógica e natural do saneamento da omissão apontada -, vêm requerer seja atribuído efeito modificativo aos presentes embargos de declaração; a fim de que sejam, os EMBARGANTES excluídos da representação ora em curso, proferindo-se decisão terminativa em relação a eles, diante da ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo (art. 201, §3º do Regimento Interno)."

3. O Sr. Luciano Galvão Coutinho apresentou seus embargos nos seguintes termos (peça 183):

"LUCIANO GALVÃO COUTINHO, já qualificado nos autos do procedimento em epígrafe e na procuração em anexo, vem, por suas procuradoras abaixo assinadas, com fundamento no art. 34 da Lei n. 8.443, de 16.07.1992 (Lei Orgânica do TCU - LO/TCU) e nos arts. 279 e 287 do Regimento Interno do TCU (Resolução TCU n. 155/2001), opor

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58047391.

EMBARGOS DE DECLARACÃO ao Acórdão n. 1.412/2017, proferido pelo Plenário desse Tribunal em 13.07.2017.

1. Em síntese, o presente recurso pretende demonstrar a existência de contradição no mencionado acórdão, por ter incluído o ora embargante no rol de supostos responsáveis pelas irregularidades apontadas como ensejadoras da abertura de tomada de contas especial (TCE), sem que qualquer conduta sua tenha sido sequer mencionada na deliberação, menos ainda examinada e efetivamente relacionada às alegadas irregularidades que fundamentaram a decisão. Ao final, a fim de corrigir a apontada contradição, pugna-se pela exclusão do embargante do julgado, de modo a que não seja abrangido pela TCE ali determinada.

I. Da admissibilidade dos embargos de declaração

2. Ao prolatar o Acórdão n. 1.412/2017, o TCU estabeleceu, entre outras medidas, a conversão da presente representação em tomada de contas especial (TCE) e a ciência dos responsáveis e interessados acerca do teor da deliberação então proferida. Contra tal decisão, cabe, nos termos do art. 279 do RI/TCU, apenas embargos de declaração, para corrigir 'obscuridade, omissão ou contradição' (art. 34 da LO/TCU e art. 287 do RI/TCU).

3. Conforme se detalhará adiante, há, no caso, contradição entre o item 3.2 do acórdão - ou, melhor dizendo, da parte dispositiva do acórdão -, que inclui o ora embargante entre os responsáveis da futura TCE, e a fundamentação desenvolvida pelo Tribunal na mesma deliberação, que sequer menciona conduta praticada pelo embargante. Em especial, há contradição entre (i) o citado item 3.2. do acórdão e (ii) o relatório da deliberação, adotado como razão de decidir no voto do Min. Relator. Com efeito, no referido relatório, os supostos responsáveis por irregularidades a serem examinadas na TCE são, um a um, indicados e têm suas condutas individualizadas, ao passo que o embargante não é ali sequer mencionado.

4. Atestado, nesses moldes, o cabimento do presente recurso, interposto para a correção de contradição que afeta diretamente o embargante, a legitimidade e o interesse recursais mostram-se de fácil constatação. O embargante foi incluído no rol de responsáveis atingidos pelo acórdão, tendo sido inclusive notificado a respeito de sua prolação, justamente para que, entre outras providências, pudesse dele embargar. Seu interesse em sanar a contradição aqui já sinalizada é evidente: visa a evitar a perpetuação do que parece ter sido um erro material da Corte, ao inclui-lo no rol de responsáveis da TCE a ser aberta.

5. Finalizando as considerações acerca da admissibilidade destes embargos, registra-se a tempestividade de sua apresentação. As peças n. 130 e 178 dos autos comprovam que a notificação do embargante acerca do acórdão ora recorrido deu-se em 09.08.2017. Tendo em vista o prazo de 10 (dez) dias previsto no art. 34, §1°, da LO/TCU, bem como a forma de contagem prevista no art. 185, do RI/TCU, conclui-se que a data final para o oferecimento desta manifestação é hoje, 21.08.2017.

II. Do mérito dos embargos de declaração

6. Conforme já assinalado, há patente contradição interna no julgado recorrido. Enquanto seu relatório e sua fundamentação não tratam do embargante, não o mencionando ou qualificando como suposto responsável pelas alegadas irregularidades objeto da representação, o dispositivo da deliberação colegiada - também denominado de acórdão em sentido estrito - o inclui no rol de responsáveis, sujeitando-o, ao menos em tese, à tomada de contas especial cuja instauração foi, por esse mesmo acórdão, estabelecida.

7. É inviável, porém, à luz do princípio da motivação, que um dispositivo decisório seja determinado sem a correspondente fundamentação por parte do órgão julgador. No caso específico de dispositivo definidor dos sujeitos passivos de um processo administrativo, como é o caso do item 3.2 do acórdão recorrido, a exigência de correspondente fundamentação revela-se ainda mais importante. Afinal, somente por meio dela, pode-se concretizar a individualização

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58047391.

das condutas pelas quais os sujeitos passivos irão responder, viabilizando-se, assim, o exercício do contraditório e da ampla defesa no processo a ser iniciado.

8. O ato de abertura de TCE, de maneira ainda mais específica, conta com regulamentação expressa da Corte de Contas que demanda não apenas a identificação dos supostos responsáveis pelos atos alegadamente irregulares, como a 'evidenciação da relação entre a situação que teria dado origem ao dano {...} e a conduta da pessoa física ou jurídica supostamente responsável pelo dever de ressarcir os cofres públicos' (art. 5°, IV, da Instrução Normativa n. 71/2012 do TCU) . Isso significa que, nos termos da própria normalização editada por essa Corte, é preciso que haja, no ato de instauração de TCE, fundamentação explicitando como a conduta atribuída ao suposto responsável relaciona-se com o alegado dano gerado ao erário.

9. No presente caso, contudo, não houve sequer descrição de conduta praticada pelo embargante. Conforme já acentuado, a fundamentação do acórdão simplesmente não trata do recorrente, não o considera um suposto responsável pelas irregularidades ali apontadas. Reflete, com isso, aliás, o resultado da análise técnica manifestada pela Secex Estatais/RJ, durante a fase instrutória da representação (peça n. 86), que, em momento algum, vislumbrou o embargante como um dos possíveis responsáveis pelas alegadas irregularidades investigadas no feito.

10. A propósito, cabe destacar que o pronunciamento da Secex Estatais/RJ foi adotado como relatório do acórdão recorrido e dedica mais de cinco páginas a individualizar as condutas atribuídas aos supostos responsáveis empregados ou dirigentes, presentes ou passados, do BNDES. Em nenhum trecho dessa extensa análise de responsabilidades individuais, há, entretanto, menção ao embargante. Apenas para fins de comparação, leiam-se a seguir alguns trechos do trabalho de individualização de condutas realizado pela Secex e que, volta-se a frisar, não contemplou qualquer ato de atribuição do embargante:

'3.5.5. Responsáveis

Nome: Armando Mariante Carvalho - CPF: 178.232.937-49 - Cargo: Diretor (Vice-Presidente BNDES de 7/12/2004 até 17/5/2011).

Conduta: Culpa por negligência.

Descumprimentos reiterados do art. 153 da Lei 6404/76 ao: [...]

Nome: Bruno Lintz dos Santos - CPF: 088.497.847-83 - Cargo: Gerente AMC/DEINV.

Conduta: Culpa por negligência.

Descumprimento do art. 24 do Anexo Único à Resolução 1463/2007 - BNDES quanto à elaboração e recomendação de projeto inviável sob o prisma econômico financeiro, tendo agido com negligência ao:[...]

Nome: Caio Marcelo de Medeiros Melo -CPF: 376.763.691-34- Cargo: Superintendente da Área de Mercado de Capitais (de 10/11/2008 até 17/5/2011); Conduta: Culpa por negligência

Descumprimento do art. 24 do Anexo Único à Resolução 1463/2007 - BNDES c/c o Acórdão TCU 723/2005 - Plenário, quanto à chancela de projeto inviável sob o prisma econômico financeiro, tendo agido, no seu dever de supervisão, com negligência ao:

[...]

Nome: Eduardo Rath Fingerl - CPF: 373.178.147-68 - Cargo: Diretor das Áreas Industrial, de Capital Empreendedor e de Mercado de Capitais (de 26/6/2007 até 22/12/2009).

Conduta: Culpa por negligência

Descumprimentos reiterados do art. 153 da Lei 6404/76 ao:[...]

Nome: Flávia de Paula Peixoto Pereira - CPF: 054.222.257-40 - Cargo: Administradora AMC/DEINV.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58047391.

Conduta: Culpa por negligência

Descumprimento do art. 24 do Anexo Único à Resolução 1463/2007 - BNDES quanto à elaboração e recomendação de projeto inviável sob o prisma econômico financeiro, tendo agido com negligência ao: [...]

Nome: Fernando Américo de Rezende Neto - CPF: 441.314.617-49 - Cargo: Advogado AMC/DEINV.

Conduta: Culpa por negligência

Descumprimento do art. 24 do Anexo Único à Resolução 1463/2007 - BNDES quanto à elaboração e recomendação de projeto inviável sob o prisma econômico financeiro, tendo agido com negligência ao: [...]

Nome: Guilherme de Lemos Medina Coeli- CPF: 082.200.447-05 -Cargo: Gerente AMC/DEINV;

Descumprimento do art. 24 do Anexo Único à Resolução 1463/2007 - BNDES quanto à elaboração e recomendação de projeto inviável sob o prisma econômico financeiro, tendo agido com negligência ao: [...]

Nome: Jaldir Freire Lima-CPF: 244.727.001-15-Cargo: Chefe Departamento AI/DEAGRO;

Descumprimento do art. 24 do Anexo Único à Resolução 1463/2007 - BNDES quanto à elaboração e recomendação de projeto inviável sob o prisma econômico financeiro, tendo agido com negligência ao: [...]

Nome: Júlio Cesar Maciel Raimundo - CPF: 003.592.857-32 - Cargo: Superintendente Área Industrial.

Conduta: Culpa por negligência

Descumprimento do art. 24 do Anexo Único à Resolução 1463/2007 - BNDES c/c o Acórdão TCU 723/2005 - Plenário, quanto à chancela de projeto inviável sob o prisma econômico financeiro, tendo agido, no seu dever de supervisão, com negligência ao:

[...]

Nome: Laura Bedeschi Rego de Mattos- CPF: 253.585.728-64 - Cargo: Chefe de Departamento AMC/DEINV;

Descumprimento do art. 24 do Anexo Único à Resolução 1463/2007 - BNDES quanto à elaboração e recomendação de projeto inviável sob o prisma econômico financeiro, tendo agido com negligência ao: [...]

Nome: Leonardo Botelho Bandeira de Mello - CPF: 095.187.277-08 - Cargo: Advogado AMC/DEINV;

Descumprimento do art. 24 do Anexo Único à Resolução 1463/2007 - BNDES quanto à elaboração e recomendação de projeto inviável sob o prisma econômico financeiro, tendo agido com negligência ao: [...]

Nome: Renata Bastos Maccacchero Victer - CPF: 024.899.207-40- Cargo: Gerente Executiva AMC/JUAMC;

Descumprimento do art. 24 do Anexo Único à Resolução 1463/2007 - BNDES quanto à elaboração e recomendação de projeto inviável sob o prisma econômico financeiro, tendo agido com negligência ao:[...]

Nome: Sergio Földes Guimarães - CPF: 014.873.977-63 - Cargo: Superintendente Substituto.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58047391.

Descumprimento do art. 24 do Anexo Único à Resolução 1463/2007 - BNDES c/c o Acórdão TCU 723/2005 - Plenário, quanto à chancela de projeto inviável sob o prisma econômico financeiro, tendo agido, no seu dever de supervisão, com negligência ao não exigir análises mais aprofundadas da exposição de curto prazo da ISA, muito embora a difícil situação econômico-financeira da companhia tenha ficado clara, no bojo do pedido de alteração da condicionante endereçado ao BNDESPAR pelo Presidente da Independência Participações S/A (Decisão Diretoria AMC 056/2008) [...]'.

11. A contradição entre (i) a individualização de condutas explicitada pela Corte em relação aos responsáveis acima referidos e (ii) o total silêncio verificado no relatório e na fundamentação do acórdão quanto ao embargante corrobora a conclusão de que este último foi incluído no processo por mero erro material do Tribunal[6]. Provavelmente, a circunstância de ocupar o cargo de Presidente do BNDES à época dos fatos investigados fez com que o embargante tivesse seu nome incluído nos autos para fins de representação da instituição. Com sua saída do cargo e, mais ainda, a transformação do feito em um procedimento de responsabilização individual (e não mais de mero controle externo do BNDES), era de se esperar que o embargante fosse retirado do feito, o que, todavia, por equívoco não ocorreu, mas se espera corrigir com o presente recurso.

12. Ressalta-se, por fim, apenas para que não reste qualquer dúvida, que o exercício da presidência do BNDES à época dos fatos apurados pela Corte não torna a individualização de condutas exigida para fins de abertura de TCE prescindível em relação ao embargante. Não há, portanto, como se falar em superação da contradição verificada no acórdão recorrido por meio do reconhecimento de uma genérica responsabilidade do embargante pelos atos praticados no BNDES sob a sua presidência.

13. A única solução possível para sanar a contradição existente entre o relatório e a fundamentação do acórdão, de um lado, e o item 3.5 de seu dispositivo, de outro, é a exclusão da referência feita neste último ao embargante. Apenas assim promove-se a necessária adequação do alcance da futura TCE àquilo que restou efetivamente examinado pela Secex Estatais/RJ e pelo próprio Plenário dessa Corte na presente representação, evitando posteriores alegações de nulidade processual por ofensa ao contraditório e à ampla defesa.

III. Do pedido

14. Diante do exposto, pugna-se pelo acolhimento dos presentes embargos de declaração, de modo a: (i) reconhecer-se a existência de contradição no acórdão recorrido e, subsequentemente, (ii) proceder-se à sua correção, mediante a exclusão do embargante do rol de responsáveis deste processo e da tomada de contas especial instaurada em sua decorrência."

É o relatório.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58047391.