

GRUPO II – CLASSE I – PLENÁRIO

TC 014.148/2014-5.

Natureza: Embargos de Declaração.

Entidade: Município de Cascavel – CE.

Embargantes: Daniely Silva de Souza (CPF 811.707.343-91); Décio Paulo Bonilha Munhoz (CPF 310.971.540-68); Francisca Silva Rodrigues (CPF 468.359.703-91); Giane Santos Almeida (CPF 004.608.563-75); Jean Arruda Nunes (CPF 107.349.088-22); José Airton de Lima (CPF 073.146.801-59); José Cláudio de Castro Lima (CPF 390.594.803-68).

Responsáveis: Construtora C&A Ltda. (CNPJ 08.222.396/0001-23); Construtora Costa Machado Ltda. (CNPJ 09.392.304/0001-16); Daniely Silva de Souza (CPF 811.707.343-91); Décio Paulo Bonilha Munhoz (CPF 310.971.540-68); Fábio Cavalcante de Albuquerque (CPF 846.805.983-87); Fabrício Falcão Lopes (CPF 907.852.583-53); Francisca Silva Rodrigues (CPF 468.359.703-91); Giane Santos Almeida (CPF 004.608.563-75); Jayme Renan Machado Costa (CPF 005.297.133-30); Jean Arruda Nunes (CPF 107.349.088-22); Joaquim Ciriaco Ramires (CPF 116.554.453-91); Joaquim Nunes Dourado (CPF 074.770.151-20); José Airton de Lima (CPF 073.146.801-59); José Cláudio de Castro Lima (CPF 390.594.803-68); Nunes & Cia. Ltda. (CNPJ 06.019.939/0001-84); Raysa Mara Machado Costa (CPF 005.297.163-56); Walmir Queiroz Sampaio Junior (CPF 683.539.363-72).

Representação legal:

_ Alanna Castelo Branco Alencar (6854/OAB-CE), entre outros, representando José Airton de Lima, Décio Paulo Bonilha Munhoz, Daniely Silva de Souza, José Cláudio de Castro Lima, Francisca Silva Rodrigues, Jean Arruda Nunes e Giane Santos Almeida.

_ Gryecos Attom Valente Loureiro (54.459/OAB-DF), entre outros, representando a Caixa Econômica Federal.

_ Antônio Flávio Pedrosa Holanda (37.125/OAB-CE), entre outros, representando Fabrício Falcão Lopes.

_ Marcelo Cordeiro de Castro (19.194/OAB-CE), representando a Construtora Costa Machado Ltda.

_ João Gustavo Magalhães Fontenele (15.502/OAB-CE), entre outros, representando a Nunes & Cia. Ltda. e Joaquim Nunes Dourado.

SUMÁRIO: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM FACE DO ACÓRDÃO 988/2019-TCU-PLENÁRIO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. AUSÊNCIA DA SUPOSTA CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE NO REFERIDO ACÓRDÃO. CONHECIMENTO. REJEIÇÃO.

RELATÓRIO

Trata-se, no presente momento, de embargos de declaração opostos por Daniely Silva de Souza, Décio Paulo Bonilha Munhoz, Francisca Silva Rodrigues, Giane Santos Almeida, Jean Arruda

Nunes, José Airton de Lima e José Cláudio de Castro Lima em face do Acórdão 988/2019 proferido pelo Plenário do TCU no sentido de julgar irregulares as contas desses responsáveis, no bojo da correspondente tomada de contas especial, para condená-los solidariamente ao pagamento do débito apurado nos autos, além de lhes aplicar a subsequente multa legal e de inabilitá-los temporariamente para o exercício de função pública na administração federal, nos termos dos arts. 57 e 60 da Lei nº 8.443, de 1992, diante das irregularidades pela fraude na aplicação dos recursos repassados pelo Ministério do Turismo ao Município de Cascavel – CE por intermédio do Contrato de Repasse 280319/2009 (Siafi 650276) celebrado pela Caixa Econômica Federal (Caixa) para a pavimentação, em pedra tosca, de 20 (vinte) ruas no referido município sob o valor de R\$ 1.539.500,00, tendo a vigência do ajuste sido estipulada para o período de 25/2/2009 a 30/9/2012.

2. O aludido Acórdão 988/2019 foi proferido pelo Plenário do TCU no seguinte sentido:

“(…) 9.1. excluir da presente relação processual os Srs. Carlos Nunes Dourado e Antônio Joab Cavalcante de Albuquerque e a Sra. Margarida de Alacoc Diniz Dourado;

9.2. considerar revel o Sr. Joaquim Ciriaco Ramires, nos termos do art. 12, § 3º, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992;

9.3. julgar irregulares as contas de Décio Bonilha Munhoz, Joaquim Ciriaco Ramires, José Airton de Lima, Jean Arruda Nunes, Daniely Silva de Souza, Francisca Silva Rodrigues, José Cláudio de Castro Lima, Giane Santos Almeida, Fabrício Falcão Lopes, Walmir Queiroz Sampaio Júnior, Joaquim Nunes Dourado, Fábio Cavalcante de Albuquerque, Jayme Renan Machado Costa e Raysa Mara Machado Costa, nos termos dos arts. 1º, I, 16, III, alínea ‘c’, e 19, caput, da Lei nº 8.443, de 1992, para condená-los, em solidariedade com a Construtora C&A Ltda. (sucessora da Compact Construções e Projetos Ltda.), a Nunes & Cia. Ltda. e a Construtora Costa Machado Ltda., ao pagamento do débito apurado nos autos, atualizado monetariamente e acrescido de juros de mora calculados desde as datas informadas até o efetivo recolhimento, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, contados da notificação, para que comprovem perante o Tribunal (art. 214, III, ‘a’, do Regimento Interno do TCU – RITCU), o recolhimento da referida dívida em favor do Tesouro Nacional, na forma da legislação em vigor, sob as seguintes condições:

<i>Valor Original (em R\$)</i>	<i>Data da Ocorrência</i>
<i>335.669,98</i>	<i>21/6/2010</i>
<i>262.637,27</i>	<i>9/11/2010</i>
<i>249.433,45</i>	<i>14/2/2011</i>
<i>333.394,49</i>	<i>5/10/2010</i>
<i>161.881,00</i>	<i>4/8/2011</i>
<i>194.385,97</i>	<i>9/12/2011</i>

9.4. aplicar, individualmente, em desfavor de Décio Bonilha Munhoz, Joaquim Ciriaco Ramires, José Airton de Lima, Jean Arruda Nunes, Daniely Silva de Souza, Francisca Silva Rodrigues, José Cláudio de Castro Lima, Giane Santos Almeida, Fabrício Falcão Lopes, Walmir Queiroz Sampaio Júnior, Nunes & Cia. Ltda.; Joaquim Nunes Dourado, Fábio Cavalcante de Albuquerque, Jayme Renan Machado Costa e Raysa Mara Machado Costa, além da Construtora C&A Ltda. (sucessora da Compact Construções e Projetos Ltda.), da Nunes & Cia. Ltda. e da Construtora Costa Machado Ltda., a multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443, de 1992, sob o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, contados da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal (art. 214, III, ‘a’, do RITCU), o recolhimento das referidas dívidas ao Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente na forma da legislação em vigor;

9.5. autorizar, caso requerido, nos termos do art. 26 da Lei nº 8.443, de 1992, e do art. 217 do RITCU, o parcelamento das dívidas fixadas por este Acórdão em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e sucessivas, sobre as quais incidirão a atualização monetária e os correspondentes acréscimos legais, esclarecendo aos responsáveis que a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor, sem prejuízo das demais medidas legais;

9.6. autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas fixadas por este Acórdão, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei nº 8.443, de 1992, caso não atendida a notificação;

9.7. declarar a inidoneidade da Construtora C&A Ltda. (sucessora da Compact Construções e Projetos Ltda.), da Construtora Costa Machado Ltda. e da Nunes & Cia. Ltda. para participarem de licitação na administração pública federal ou nos certames promovidos pelos Estados, DF e Municípios com a aplicação de recursos federais, pelo período de 3 (três) anos, nos termos do art. 46 da Lei nº 8.443, de 1992;

9.8. considerar, preliminarmente, graves as infrações cometidas Décio Bonilha Munhoz, Joaquim Ciriaco Ramires, José Airton de Lima, Jean Arruda Nunes, Daniely Silva de Souza, Francisca Silva Rodrigues, José Cláudio de Castro Lima, Giane Santos Almeida, Fabrício Falcão Lopes, Walmir Queiroz Sampaio Júnior, Joaquim Nunes Dourado, Fábio Cavalcante de Albuquerque, Jayme Renan Machado Costa e Raysa Mara Machado Costa, nos termos do art. 60 da Lei nº 8.443, de 1992, e do art. 270, § 1º, do RITCU;

9.9. inabilitar os responsáveis (Décio Bonilha Munhoz, Joaquim Ciriaco Ramires, José Airton de Lima, Jean Arruda Nunes, Daniely Silva de Souza, Francisca Silva Rodrigues, José Cláudio de Castro Lima, Giane Santos Almeida, Fabrício Falcão Lopes, Walmir Queiroz Sampaio Júnior, Joaquim Nunes Dourado, Fábio Cavalcante de Albuquerque, Jayme Renan Machado Costa e Raysa Mara Machado Costa), pelo período de 5 (cinco) anos, para o exercício de cargo em comissão e de função de confiança no âmbito da administração federal, nos termos do art. 60 da Lei nº 8.443, de 1992, e do art. 270 do RITCU;

9.10. determinar que a Controladoria-Geral da União adote as providências cabíveis para o efetivo cumprimento dos itens 9.7 e 9.9 deste Acórdão; e

9.11. determinar que a unidade técnica envie a cópia deste Acórdão, acompanhado do Relatório e da Proposta de Deliberação que o fundamenta, à Controladoria-Geral da União, para o cumprimento do item 9.10 deste Acórdão, e à Procuradoria da República no Estado do Ceará, nos termos do art. 16, § 3º, da Lei nº 8.443, de 1992, para o ajuizamento das ações civis e penais cabíveis”.

3. Inconformados, os aludidos responsáveis acostaram os seus embargos de declaração à Peça 242 nos seguintes termos:

“(…) 2.2 – DA CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE NO ACÓRDÃO 988/2019-TCU-
PLENÁRIO

Esclarecermos, inicialmente, que não iremos nos imiscuir na análise meritória do presente processo devido as limitações e regras atinentes ao presente agito recursal.

Registramos, também, inobstante o que será esmiuçado como o ponto nevrálgico do presente recurso, que há certas inconsistências na instrução técnica realizada pela SECEX/CE que demonstram, com todo o respeito, falta de zelo na apuração de fatos que trazem consigo seríssimas consequências de ordem patrimonial e moral.

Para demonstrar o asseverado, exemplificamos que na Instrução contida na Peça 138, consta a data de 26/03/2018, assinada pelo Auditor Roberto Sérgio do Nascimento, enquanto na análise técnica derradeira (Peça 178), está datada de 21/01/2018, contrariando, assim, a ordem lógica.

Acreditamos que seja um mero equívoco formal, mas que torna importante registrar em virtude da dificuldade da defesa em tentar compreender detalhada e organizadamente todos os questionamentos levantados pelo órgão técnico, de modo que as irregularidades apontadas pelo mesmo são totalmente despidas de suporte probatório e legal, invertendo-se o princípio da presunção de inocência e de boa-fé, tornando os embargantes ‘presumidamente culpados ou desonestos, até prova em contrário’.

Pois bem, dito isso, o importante no momento, a nosso sentir, é demonstrar que houve flagrante CONTRADIÇÃO e OBSCURIDADE no Acórdão 988/2019-TCU-PLENÁRIO. Explicamos:

No Voto do Eminentíssimo Relator, que consubstancia o Acórdão embargado, foi adotado em suas razões de decidir a Instrução Técnica realizada pela SECEX/CE (Peça 178), que contém em seu âmago contradições clarívidas, posto que a conclusão do auditor na referida peça técnica é totalmente divergente da fundamentação que o mesmo se utilizou.

Apesar de trechos da Instrução (Peça 178) da SECEX/CE terem sido citados acima, pedimos a vênia de reiterar os pontos mais claros que demonstram a total ausência de lógica entre a fundamentação e a conclusão. Vejamos:

(...) Em reanálise ao processo licitatório constante dos autos não há evidências da participação dos agentes públicos/demais empresas licitantes em promover eventual desclassificação das demais licitantes. Em tese, a desclassificação foi de ordem técnica por não haver o atendimento dos requisitos constantes da norma editalícia, consoante Ata datada de 1º/9/2009 (TC 015.160/2012-2, peça 11, 5-6). As inobservâncias do edital se referiram em sua maioria a simples descumprimentos referentes a não apresentação de documentos, rotineiramente apresentados pelos licitantes em qualquer licitação.

(...) Em diligência ao referido cartório, houve informação de que ele seria o único cartório a prestar este tipo de serviço, gozando de legalidade o procedimento (item 24 e 25 da peça 133 do TC 030.653/2015-0). Neste sentido, aceitam-se as alegações de defesa apresentadas pelos responsáveis.

(...) Em acesso aos sistemas informatizados atualmente disponíveis, efetuou-se o cruzamento dos CNPJs e CPFs não tendo identificado existência de sócios em comum. Quanto à ocorrência de vínculos entre os CPFs dos sócios das empresas participantes, a funcionalidade não estava ativa no sistema, não gerando resultados.

(...) Quanto à existência de endereços fictícios, o relatório de auditoria já havia mencionado não haver indícios da situação. Em que pese outras irregularidades, não houve menção a existência de tais eventos.

(...) No que se refere ao percentual do BDI empregado pela prefeitura, na ordem de 18%, concluiu-se ser compatível com o percentual indicado pela Portaria DNIT 1186, de 01/10/2009 que indicou percentual no valor de até 27,84%. A tabela a seguir evidencia as análises de custo e demonstra que os preços ofertados estão compatíveis quando comparados com os valores tido como referência (DNIT).

(...) Em análise ao material encaminhado, notadamente, o Relatório de Acompanhamento de Engenharia (RAE, peça 134), observa-se que a Caixa não fez nenhuma consideração acerca da lisura do processo licitatório ou eventuais fraudes cometidas pelos agentes públicos e empresas envolvidos ou se a licitante vencedora possuía ou não capacidade técnico operacional. Não se observou dos itens de observação dos relatórios técnicos que tais aspectos fizessem parte do escopo do trabalho de fiscalização realizados, tampouco ocorreram a existência de alertas ao Controle Externo por parte dos representantes da Caixa, neste mesmo sentido’.

Então, E. Relator, por uma simples leitura do arrazoado acima, pode-se perceber que não existem motivos que demonstrem a ocorrência de conluio entre os licitantes ou participação dos Dependentes nos fatos apurados.

Por conseguinte, a SECEX/CE resumiu sua análise nos seguintes termos:

‘26. Ademais, considerando as medidas saneadoras determinadas pelo E. Ministro Relator (itens 7 e 8, acima), no sentido de que:

a) não foram localizadas evidências adicionais da participação das demais empresas desclassificadas na fraude ao certame, objeto do edital de concorrência 2009.07.23.01 (item 7, a);

b) não foram identificados elementos adicionais que pudessem demonstrar o direcionamento da licitação ou até mesmo a posterior montagem do procedimento (item 7, b), exceto pelo descumprimento do direito de recurso às participantes em inobservância ao art. 109, inc. I da Lei de Licitações; (item 7, b);

c) em análise as decisões deste Tribunal acerca da autenticação de documentos de processos licitatórios usando recursos da Internet, não se identificou semelhança com o caso

demonstrado pela equipe, tendo o exame final considerado regular o procedimento adotado pelo município (item 7, c);

d) identificou-se que as empresas participantes (classificadas e desclassificadas) são objeto de análise em vários processos neste Tribunal (item 7, d);

e) não se identificou a existência de endereços fictícios nas visitas a algumas empresas participantes do certame (item 7, e);

f) não se identificou sobrepreço no exame dos preços apresentados por parte da empresa vencedora tendo como referência tabela do DNIT (item 7, f);

g) identificou-se a ausência de capacidade técnica operacional da empresa contratada, consoante informações colhidas nos sistemas de acesso interno deste Tribunal, bem como parte das empresas licitantes estariam envolvidas na ação penal 0002811-13.2014.4.05.8100 (Operação Gárgula) (item 7, g; peça 140, item 2);

h) não se identificou junto à prestação de contas final nenhuma informação da ocorrência de fraudes cometidas por parte do município, tampouco em relação a lisura do certame, mesmo porque estes aspectos não foram objeto de análise (item 7, i);

i) identificou-se conduta omissiva por parte dos engenheiros responsáveis quanto a não apontarem ausência de capacidade operacional da empresa contratada (item ratificam-se os termos da proposta contida na peça 82 (item 138), no que se refere a rejeitar as alegações de defesa dos responsáveis apontados nos autos’.

Em contrapartida, apesar de ter consignado os fatos acima elencados, de forma totalmente contraditória, concluiu a Unidade Técnica que (Peça 138):

‘CONCLUSÃO

27. Em decorrência do exame das ocorrências descritas na seção ‘Exame Técnico’ propõe-se que sejam rejeitadas as contas dos responsáveis, além da declaração de inidoneidade das empresas envolvidas: Décio Bonilha Munhoz, prefeito municipal, Joaquim Ciriaco Ramires, José Airton de Lima e Jean Arruda Nunes, ex-Secretários de Obras e Desenvolvimento Urbano; Daniely Silva de Souza, Presidente da CPL; Francisca Silva Rodrigues, José Cláudio de Castro Lima e Giane Santos Almeida, membros da CPL, Fabrício Falcão Lopes e Walmir Queiroz Sampaio, engenheiros responsáveis, das empresas e respectivos sócios administradores: Nunes & Cia Ltda. e Joaquim Nunes Dourado; Compact Construções e Projetos Ltda. (Construtora C & A Ltda.) e Fábio Cavalcante de Albuquerque; Construtora Costa Machado, Jayme Renam Machado Costa e Raysa Mara Machado Costa.

28. Quanto aos Srs. Carlos Nunes Dourado, sócio da empresa Nunes & Cia Ltda., Antônio Joab Cavalcante de Albuquerque, sócio da Compact Construções e Projetos Ltda. e Margarida de Alacoc Diniz Dourado, sócia da empresa Nunes & Cia Ltda., propõe-se que sejam excluídos da presente relação processual devido não possuírem poderes de Administração consoante jurisprudência deste Tribunal que adota a Teoria Maior da Desconsideração da Personalidade Jurídica, cujo pressuposto é o não alcance de mero sócio cotista.

29. Com relação aos demais, todos os argumentos de defesa foram rejeitados visto considerar existentes a formação de conluio entre as licitantes, o alinhamento de preços das propostas apresentadas e a ausência da capacidade operacional por parte da empresa vencedora do certame.

30. Argumentou-se que o conluio era patente face a redução proporcional dos preços ofertados por parte das empresas, mediante a adoção de desconto-padrão, como o objetivo de dar ares de legalidade ao certame, fraudando assim o caráter competitivo entre elas. Enfatizou-se que a licitante não dispunha de mão de obra para realizar os serviços contratados e em suas alegações de defesa admitiu a possibilidade da subcontratação, bem assim a inexistência da força de trabalho.

31. Comentou-se que a vencedora concentrada os resultados das licitações vencidas somente em 2 municípios, o que causava estranheza face o princípio da livre concorrência. Neste sentido, enfatizou-se que, associado aos indícios de fraude ao certame (conluio entre as participantes, ausência de mão de obra da empresa vencedora, alinhamento de preços das concorrentes e

homologação/adjudicação de certame eivado de vícios), os documentos fiscais possuíam numeração sequencial e baixa, o que denotava que a empresa ganhadora do certame não era a responsável pelos serviços executados.

32. Neste sentido, considerou-se infringida uma extensa base legal: Art. 70 da CF/88 c/c o art. 93 do DL 200/67; o art. 3º, 45, § 3º; 44, § 3º; 59, 77, 78, inc. IV e 90 da Lei 8.666/93; art. 54 da Lei 9.784/99 e o art. 1º, inc. IV da Lei 8137/90'.

Ou seja, Excelência, apesar da instrução ter atestado a ausência de licitação simulada e conluio para a formação e o alinhamento de preços, sugeriu que as contas dos Defendentes, ora Embargantes fossem julgadas irregulares, incorrendo, assim, em flagrante contradição do julgado.

Toda decisão deve ser coerente. Do contrário, não restará bem fundamentada. Isto significa dizer que os argumentos do juízo não podem ser incongruentes. Tampouco pode a conclusão ser ilógica em relação à fundamentação. Daí, E. Ministro, o motivo do manejo dos presentes embargos declaratórios.

Aproveitando o ensejo, entendemos, com a devida vênia, que o Acórdão embargado também é OBSCURO, posto que, na medida que incorpora a instrução da Unidade Técnica às suas razões de decidir, não explica os motivos que o levaram a desprezar o Parecer exarado pelo MPTCU, demonstrando ausência de clareza do posicionamento adotado no decisum guerreado.

Inclito Julgador, não ficou nítido para os Embargantes o motivo dos Pareceres do Ministério Público de Contas do TCU terem sido totalmente desprezados, estes que possuem entendimento diametralmente oposto à conclusão da Unidade Técnica.

Com o devido respeito, é incompreensível, tendo em vista a grandiosidade das penalidades imputadas aos Embargantes e as seríssimas consequências destas, que análises tão distintas (MPTCU e SECEX/CE) não tenham sido meticulosamente confrontadas na decisão aqui combatida.

Soma-se a isso o fato de que foi demonstrado à saciedade a contradição da instrução realizada pela Unidade Técnica.

O que queremos, Excelência, é um julgamento justo, baseado no melhor direito aplicado à espécie e que seja considerado todos os fundamentos e aspectos probatórios constante dos autos.

Tenhamos em mente que, ao incluir a obscuridade entre as hipóteses de cabimento de embargos de declaração, a legislação zela por princípios constitucionais fundamentais, como o devido processo legal, e está em conformidade com suas normas processuais fundamentais, a fim de evitar prejuízos irreversíveis à parte.

Ademais, o Acórdão embargado contém obscuridade, também, porque aplicou a todos os responsáveis a mesma penalidade, desconsiderando a efetiva participação dos envolvidos no evento na medida das suas respectivas responsabilidades, ferindo os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

O Acórdão supracitado, ao aplicar a mesma penalidade, indistintamente a todos os supostos envolvidos não considerou o princípio basilar da razoabilidade e proporcionalidade. Senão vejamos:

A penalidade aplicada aos responsáveis foi aplicada sem individualizar as suas condutas, sem delimitar o rol de atuação que pudesse caracterizar atos dessa natureza, as implicações e responsabilidades, sem delimitar um nexos causal entre a respectiva conduta e a possível consequência supostamente danosas desta.

Assim, mesmo que houvesse, na espécie, atos caracterizadores das irregularidades mencionadas e mesmo que os Embargantes tivessem responsabilização em razão de um ou de alguns, teria o Acórdão que delimitar a conduta com precisão com vistas à quantificação da multa e imputação de débito, de uma feita que não pode o mesmo responder pelo fato em sua amplitude, porque, efetivamente, cada agente público, na seara da responsabilização, seja ela de natureza civil, administrativa ou criminal, somente pode responder na medida de sua atuação, se houver atuação!

Os atos questionados foram praticados por servidores públicos, sendo imperioso ressaltar que, na seara da Administração Pública predomina o PRINCÍPIO DA SEGREGAÇÃO DAS

FUNÇÕES, que impõe que nenhum agente público pode realizar todas as fases inerentes a uma mesma operação.

Assim, as funções são separadas de modo a permitir que cada um possa responder por seus atos, na medida de suas responsabilidades, sendo próprio, mesmo, do exercício de cargo público ou função pública, que o agente responda por seus atos.

Sendo assim, ante o que fora acima relatado, fica constatado a contradição e obscuridade do Acórdão embargado, motivo pelo qual esperamos a desconsideração dos itens verificados e por um julgamento favorável a seus agentes responsáveis.

2.3 - DA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA VERDADE MATERIAL E DO FORMALISMO MODERADO

Ressaltamos que, além de deverem obediência aos princípios constitucionais, as decisões proferidas pelas Cortes de Contas devem se balizar também pelos princípios do direito administrativo, principalmente pelo princípio da verdade material e o princípio do formalismo moderado. (G.n)

O princípio da verdade material, que vem a traduzir a ideia de que, na apuração dos fatos, deve ser sempre buscado o máximo de aproximação com a certeza. Sua aplicação ao processo administrativo justifica-se na medida em que a Administração, na busca constante pela satisfação do interesse público, não deve conformar-se com a verdade meramente processual. Pode e deve estender sua atividade investigatória, valendo-se de elementos diversos daqueles trazidos aos autos pelos interessados, desde que os julgue necessários para a solução do caso.

Aludido princípio possui relevantes traços de inter-relacionamento com os princípios da oficialidade e do formalismo moderado, e deve ter sua aplicabilidade compatibilizada com os demais princípios, especialmente com o do devido processo legal, compreendidos os da ampla defesa, contraditório e legalidade.

A jurisprudência moderna reconhece a aplicação do princípio da verdade material nas decisões dos Tribunais de Contas, conforme é possível visualizar nas decisões abaixo:

[...] Outrossim, conforme estabelecido no Sumário do Acórdão n.2.843/2008-Plenário, 'na busca da verdade material, julgamentos pretéritos não têm o condão de fazer coisa julgada e não impedem que diante de novas situações se apontem falhas anteriormente não identificadas por quaisquer motivos'. Ou seja, adaptando o raciocínio a pergunta ora analisada, a inclusão de itens não previstos no AC-32512007- PL em contratos assinados anteriormente a sua prolação, embora se admita legítima, não impede que eventuais abusos de preços, por conta de um BDI acima dos valores de mercado, sejam coibidos e corrigidos, mesmo quando identificados em épocas posteriores. [...]'. TCU. Acórdão n. 2.545/2011. Relator: Min. Marcos Bemquerer Costa. Data do julgamento: 21 set. 2011 (G.n.)

'47. Assim, considerando que esta Corte de Contas privilegia a aplicação da verdade material em suas decisões, especialmente quando se trata da aplicação de pena ao gestor por irregularidade nas contas; e considerando, também, que os valores envolvidos no fracionamento de despesa são de baixa materialidade; compreende-se que, diante da análise dos fatos novos trazidos aos autos, seria rigoroso rejeitar as razões de justificativas apresentadas pelos responsáveis e julgar irregulares as contas, com a consequente aplicação de multa'. TCU, Acórdão n. 5.341/2011. Relator: Min. Ubiratan Aguiar. Data de julgamento: 05 jul. 2011 (G.n.)

Dessa forma, uma vez que cabe ao Órgão detentor da competência punitiva a busca pelo alcance do interesse público fixado na lei, somente é possível fazê-lo buscando a VERDADE INCONTESTÁVEL, sem se satisfazer com a verdade formal. Trata-se de uma atuação que, longe de violar a segurança jurídica, assegura que as decisões reflitam uma maior aproximação com a realidade.

Discorrendo sobre o formalismo moderado, vide a posição de Bandeira de Mello:

'Sendo ele [o princípio do formalismo moderado], como é, 'uma aplicação específica do projeto, transparente na Constituição, de valorizar a Cidadania', resulta que traz consigo o repúdio a embaraços desnecessários, obstativos da realização de quaisquer direitos ou prerrogativas que a ela

correspondam. Deveras, o Texto Constitucional, como reiteradamente temos dito, lhe atribui o caráter saliente de ser um dos 'fundamentos' da República Federativa do Brasil (art. 1º, II), além de proclamar que 'todo o poder emana do povo' (parágrafo único do citado artigo). Seria um total contra-senso admitir-se o convívio destes preceitos com a possibilidade de serem levantados entraves ao exame substancial das postulações, alegações, arrazoados ou defesas Produzidas pelo administrado, contrapondo-se-lhes requisitos ou exigências puramente formais, isto é, alheios ao cerne da questão que estivesse em causa. (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 17.ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 468/469.)

Quanto ao Princípio da Verdade Material necessária a análise procedida por Hely Lopes Meireles:

'[...] o princípio da verdade material, também denominado da liberdade na prova, autoriza a Administração a valer-se de qualquer prova lícita de que a autoridade processante ou julgadora tenha conhecimento, desde que a faça trasladar para o processo.

No mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho, aduz que o princípio da verdade material 'autoriza o administrador a perseguir a verdade real, ou seja, aquela que resulta efetivamente dos fatos que a constituíram'.

Ante os mencionados aspectos principiológicos e jurisprudenciais, colacionamos o entendimento de que ao assegurar às partes processuais o Direito à 'Ampla Instrução do Processo na via ordinária', confirma-se o verdadeiro corolário do Princípio Constitucional da Ampla Defesa, sob pena, de se transgredir as garantias constitucionais individuais do cidadão.

Na verdade, os esclarecimentos prestados ao longo de todo o processo foram suficientes para elucidar as irregularidades apontadas e, mesmo que assim não o fosse, não é razoável a aplicação de uma mesma penalidade indistintamente a todos os responsáveis, principalmente uma condenação pecuniária altíssima, sem qualquer demonstração de sua graduação.

Coerente e justo seria se fosse sugerido uma recomendação pelo E. Tribunal de Contas, e caso não fosse acatado tal desiderato, aí sim caberia uma multa, face o grau de gravidade da mácula.

Não é razoável, portanto, a aplicação das penalidades impostas no Acórdão embargado, posto que os questionamentos suscitados foram devidamente esclarecidos, ATESTADO PELOS PARECERES DO MPTCU e NAS RAZÕES DA PRÓPRIA UNIDADE TÉCNICA (não em sua conclusão, que é contraditória à sua fundamentação).

3. REQUERIMENTO

Considerando que existe contradição e obscuridade no Acórdão ora embargado no que diz respeito às argumentações trazidas acima, requer e espera se digne V. Ex^a de acolher os presentes embargos para o fim de:

a) Receber os presentes EMBARGOS DE DECLARAÇÃO em seus regulares efeitos, porque cabíveis e tempestivos;

b) Que sejam SUSPENSOS imediatamente os efeitos decorrentes do Venerando Acórdão nº 988/2019-TCU-PLENÁRIO, tendo em vista que os Embargos de Declaração possuem também efeito suspensivo, a teor da norma contida no parágrafo 3º do artigo 287 do RITCU.

c) Dar provimento aos embargos para o fim de reformar o Venerando Acórdão de nº 988/2019-TCU-PLENÁRIO, julgando as contas REGULARES, sem a imputação de débito e multa, pelos argumentos aqui fincados;

d) Em qualquer das hipóteses ROGA se digne de retirar as multas e a imputação de débito impostas aos Embargantes, bem como considerar as contas como REGULARES porque entende ser injusta seu valor, o que se pode com amparo nas razões, de fato e de direito, acima colacionadas, como também em respeito ao princípio da equidade do tratamento que deve ser extensivo a todos.

e) Ad argumentantum tantum, caso haja o entendimento à manutenção das penalidades pecuniárias impostas, que esta seja aplicada levando-se em consideração o princípio da razoabilidade e proporcionalidade".

4. Enfim, estando os autos conclusos em meu Gabinete, foram apresentados os recursos de reconsideração opostos por Nunes & Cia. Ltda. (Peças 244 a 249), Joaquim Nunes Dourado (Peças 250 a 255) e Fabrício Falcão Lopes (Peças 260 a 271), além da Construtora C&A Ltda. e de Fábio Cavalcante de Albuquerque (Peça 274).

É o Relatório.