

VOTO

Conheço dos embargos de declaração opostos contra o Acórdão 3.056/2020-Plenário, pela Sociedade Empresária Intech Boating Indústria e Comércio de Embarcações Ltda. (peça 265), por Antônio de Jesus Rocha Freitas Junior, em conjunto com o Conselho Federal da Ordem dos Advogados (peça 290), e por Leandro Balestrin (Peça 303), por atenderem os requisitos do art. 34 da Lei 8.443/1992.

Deixo de acolher os embargos opostos por Alberto Fioravante Sondermann Frega, contra o mesmo *decisum*, porquanto intempestivos.

II

Inicialmente, verifica-se a necessidade de esta Corte de Contas proceder, de ofício, à correção material do valor e da efetiva data de origem do débito decorrente do superfaturamento do Contrato 3/2009, firmado entre o então Ministério da Pesca e Aquicultura (MPA) e a sociedade empresária Intech Boating Indústria e Comércio de Embarcações Ltda.

Por ocasião do Acórdão embargado, acolhi, na íntegra, os pareceres da Secretaria de Controle Externo da Agricultura e Meio Ambiente (SecexAmbiental) e do representante do Ministério Público, que concluíram, entre outros, pela imputação do débito no valor de R\$ 1.033.860,05, cuja correção monetária deveria ocorrer a partir de 5/1/2010, nos termos do item 66, alínea “a”, da instrução transcrita no Relatório que integra aquela decisão.

Ocorre que, por mero equívoco, no subitem 9.3 do acórdão embargado, o débito e sua data de origem foram assim grafados, respectivamente: “R\$ 1.033.86,05” e “5/10/2010”.

Necessário corrigir, ainda, a indevida inclusão do ex-Consultor Jurídico do MPA Antônio de Jesus da Rocha Freitas Junior no rol de responsáveis de que tratam os subitens 9.3 e 9.4 do Acórdão embargado.

No voto que balizou aquela decisão, afastei a ocorrência de erro capaz de justificar a responsabilização do embargante em razão da adoção da forma presencial no Pregão 32/2008, ocorrência que ensejou a citação do ora embarante pelo débito decorrente do superfaturamento do Contrato 3/2009, nos seguintes termos:

Das medidas alvitradas, divirjo, apenas, da proposta de multa a Antônio de Jesus da Rocha Freitas Junior, consultor Jurídico do MPA, no que tange à emissão dos pareceres jurídicos que acatarem as justificativas para a adoção da forma presencial dos Pregões 32/2008 e 34/2009, tendo em vista que amparados em pareceres técnicos que afastam, a meu ver, o entendimento de que tenha cometido erro grosseiro, decorrente de fundamentação absurda, desarrazoada ou claramente insuficiente.

Isto posto, com fulcro no art. 280, § 1º, inciso II, do Regimento Interno do TCU, solicito a manifestação oral da representante do Ministério Público de Contas acerca da correção de ofício dos erros materiais constantes dos subitens 9.3 e 9.4 do Acórdão 3.056/2020-Plenário, para que passem a ter a seguinte redação:

9.3. julgar irregulares as contas de Alberto Fioravante Sondermann Frega, Altemir Gregolin, Antônio Chrisóstomo de Sousa, Dirceu Silva Lopes, José Claudenor Vermohlen, Leandro Balestrin, Wilson José da Silva e Intech Boating Comércio de Embarcações Ltda., com fulcro no art. 16, inciso III, alínea “c”, da Lei 8.443/1992, condenando-os, em solidariedade, ao pagamento do débito correspondente a R\$ 1.033.860,05, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento

Interno do TCU), o recolhimento da dívida ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir de 5/1/2010, até a data do recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor;

9.4. aplicar, em razão do débito objeto do subitem 9.3 deste Acórdão, a Alberto Fioravante Sondermann Frega, Altemir Gregolin, Antônio Chrisóstomo de Sousa, Dirceu Silva Lopes, José Claudenor Vermohlen, Leandro Balestrin, Wilson José da Silva e Intech Boating Comércio de Embarcações Ltda., a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, no valor individual de R\$ 1.800.000,00;

III

No que tange aos aclaratórios manejados pela sociedade empresária Intech Boating Indústria e Comércio de Embarcações Ltda., após a correção de ofício do Acórdão 3.056/2020-Plenário, não há esclarecimentos a serem feitos em relação aos valores das multas objeto de seus subitens 9.4 e 9.6, aplicadas com espeque no art. 57 da Lei 8.443/1992.

Nos termos daquele dispositivo legal, o responsável julgado em débito poderá ser apenado com multa de até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao Erário.

Considerando, pois, que os valores dos débitos tratados nos subitens 9.3 e 9.5 do acórdão embargado, corrigidos monetariamente até a data do julgado, importam em R\$ 1.863.636,13 e 959.922,77, respectivamente, as multas aplicadas nos valores de R\$ 1.800.000,00 e R\$ 900.000,00 estão de acordo com a limitação imposta pela Lei.

Ainda com relação às multas dos subitens 9.3 e 9.5, o acórdão embargado é claro ao afirmar que os respectivos valores referem-se a multas individuais, ou seja, a cargo de cada um dos responsáveis solidários pelos débitos apurados, de forma independente.

Nos itens 126 a 142 da instrução da SecexAmbiental, transcrita no Relatório que deu azo ao acórdão embargado, cujos fundamentos incorporei às minhas razões de decidir, foram analisadas pela unidade técnica as alegações de defesa da embargante, relacionadas ao superfaturamento do Contrato 3/2009.

Nesse sentido, os auditores concluíram que não foram devidamente comprovadas as alegadas diferenças de custos entre as duas aquisições realizadas pelo então Ministério da Pesca e Aquicultura (MPA), relacionadas aos preços dos equipamentos e acessórios, aos custos de produção, entrega, frete, manutenção básica e de garantia das embarcações, bem como à otimização da mão de obra, em razão da diferença dos quantitativos.

De igual modo, ao me manifestar acerca do Superfaturamento do 2º Termo Aditivo do Contrato 3/2009, incorporei ao meu voto a análise realizada pela SecexAmbiental, itens 171 a 188 da instrução transcrita no Relatório, afastando cada uma das alegações de defesa apresentadas pela empresa.

Afastei, também, a alegação de que o julgamento desta tomada de contas especial teria infringido o prazo de julgamento estabelecido no art. 14 da Lei 8.443/1992, deixando assente que “o prazo para julgamento previsto no dispositivo legal suscitado não se aplica a estas contas especiais e tão somente às contas ordinárias apresentadas anualmente ao TCU”.

No que tange ao pedido genérico formulado na parte final de sua defesa, no sentido da “produção de todos os tipos de provas permitidas em lei, especialmente o depoimento dos envolvidos, a produção de prova pericial e a oitiva de testemunhas”, não há falar em restrição ao direito à ampla defesa e ao contraditório, posto que a embargante não fez menção às provas que intentava apresentar, razão pela qual, com os elementos constantes dos autos, devidamente submetidos ao contraditório da

embargante, este Tribunal apreciou a matéria, nos exatos termos do art. 12, inciso II, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 202, incisos I e II e § 6º, do Regimento Interno do TCU.

Os demais argumentos apresentados pela embargante não constavam de suas alegações de defesa, razão pela qual a estreita via dos embargos de declaração não é apta a analisá-las, visto que não se presta à apresentação de argumentos novos, tampouco à rediscussão de questões já apreciadas.

Por fim, a embargante requer a aplicação da prescrição de 3 anos, prevista no art. 206, § 3º, inciso IV, do Código Civil, relativa à “pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa”, e alternativamente, a aplicação da prescrição quinquenal, nos moldes do entendimento do Supremo Tribunal Federal ao apreciar o RE 636.886, Tema de Repercussão Geral 899.

Considerando que o RE 636.886 ainda não transitou em julgado, porquanto pendente de apreciação embargos de declaração opostos pela Advocacia-Geral da União, resta mantido, no âmbito deste Tribunal, o entendimento da Suprema Corte exarado nos autos do MS 26.210 e do enunciado 282 da Súmula do TCU, no sentido da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário.

Observa-se, também, que não ocorreu a prescrição decenal da pretensão punitiva do TCU, consoante estabelecido por este Colegiado no Acórdão 1.441/2016.

Destarte, rejeito os embargos de declaração opostos pela Intech Boating Indústria e Comércio de Embarcações Ltda.

IV

Deixo de acolher, também, os embargos opostos por Antônio de Jesus da Rocha Freitas Junior e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, tendo em conta que as condenações impostas ao embargante, na condição de consultor jurídico do MPA – excluída a objeto dos subitens 9.3 e 9.4 acima retificados – foram devidamente fundamentadas no art. 12, *caput* e § 1º, do Decreto 9.830/2019, conforme trechos do voto abaixo transcritos, que demonstraram a forma como o responsável concorreu para a consecução das irregularidades e suas consequências indesejadas:

a) Condenação ao pagamento do débito e da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, em virtude do superfaturamento no 2º Termo Aditivo ao Contrato 3/2009

No que tange à irregularidade em comento, Antônio de Jesus da Rocha Freitas Jr., Consultor Jurídico do MPA, por meio do Parecer Jurídico Conjur/MPA 191/2010, manifestou-se pela legalidade da minuta do 2º Termo Aditivo ao Contrato 3/2009, sem sequer alertar os gestores para o fato de que o objeto do aditivo pretendido desvirtuaria integralmente o objeto original do contrato, caracterizando, assim, fuga ao processo licitatório, com clara infringência à Lei de Licitação e ao art. 37, XXI, da Constituição Federal.

Caracterizado, portanto, mais um erro grosseiro – praticado nos moldes do art. 12, § 1º, do Decreto 9.830/2019 – inserido no conjunto de atos praticados no âmbito do MPA, na gestão de Altemir Gregolin, com o intuito de beneficiar indevidamente a Intech Boating.

Desta feita, sem dúvida alguma, o consultor jurídico concorreu para o erro grosseiro, na medida em que emitiu parecer flagrantemente ilegal, com o objetivo de dar ares de legalidade ao 2º termo aditivo ao contrato 3/2009.

b) Condenação ao pagamento da multa prevista no art. 58, inciso I, da Lei 8.443/1992, em decorrência da ausência de pesquisa de preços no Pregão Presencial 34/2009

Antônio de Jesus da Rocha Freitas Jr, Consultor Jurídico, acatou, como pesquisa de preços válida para balizar a contratação, a estimativa realizada com base em cotações de um ano antes, acrescidas de valores sem adequada fundamentação legal;

Ressalto, por derradeiro, a detida análise realizada pela SecexAmbiental, tratando especificamente da gravidade da conduta do consultor jurídico, fazendo menção ao voto por mim preferido nos autos do TC 013.722/1999-9 (Acórdão 512/2003-Plenário), evidenciando a possibilidade de o autor de pareceres jurídicos desarrazoados, omissos ou tendenciosos, que tenham concorrido para a concretização de danos ao Erário ou irregularidades graves, ser alcançado pela jurisdição deste Tribunal, não para fins de fiscalização do exercício profissional, mas para fins de fiscalização da atividade da Administração Pública.

Nesse sentido, os itens 261 a 273 da instrução transcrita no Relatório que acompanha o acórdão ora embargado, tratando especificamente da gravidade das condutas do então consultor jurídico do MPA, para, ao final, concluir:

273. Dessa forma, verifica-se que o Sr. Antônio Freitas Jr. não foi capaz de afastar as irregularidades que lhe foram imputadas. Tampouco descaracterizou o nexo de causalidade entre os pareceres que emitiu e o dano ao erário. Ao contrário do que alega, se os pareceres tivessem apontados os vícios das minutas dos editais dos Pregões 32/2008 e 34/2009 e do 2º Termo Aditivo do Contrato 3/2009, poderiam ter alterado os atos posteriores e seus resultados. Se devidamente alertados, os gestores poderiam ter corrigido os problemas existentes e, assim, evitado o dano ao erário. Se não o fizessem, responderiam sozinhos pelas consequências de seus atos e a responsabilidade do Consultor Jurídico estaria, nesse caso, afastada.

Conforme consignado na seção anterior deste Voto, não há falar em prescrição da pretensão punitiva e de ressarcimento do débito atribuído ao Antônio de Jesus da Rocha Freitas Junior, a despeito do entendimento do Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE 636.886, Tema de Repercussão Geral 899.

V

Leandro Balestrin, ao mesmo tempo que reconhece o fato de suas condenações terem como fundamento o art. 12, § 1º, do Decreto 9.830/2019 (que regulamentou a LINDB), aponta suposta omissão decorrente da não especificação do ponto em que suas condutas se amoldam ao “tipo legal”.

Não existem tais omissões em relação às irregularidades que justificaram as multas aplicadas ao embargante, tal qual se verifica nos seguintes trechos do voto que balizou o acórdão embargado:

a) restrições ao caráter competitivo dos Pregões Presenciais 32/2008 e 34/2009

(...) Leandro Balestrin, ex-diretor da Dilic, e José Claudenor Vermohlen, ex-subsecretário de Planejamento de Aquicultura e Pesca, aprovaram os termos de referência dos editais dos Pregões Presenciais 32/2008 e 34/2009, contendo especificações excessivas do objeto licitado;

...

No que tange às propostas de multa, entendo, mais uma vez, que as irregularidades perpetradas, podem ser caracterizadas como erro grosseiro, nos termos do art. 12, § 1º, do Decreto 9.830/2019, na medida em que, com o objetivo de dar ares de legalidade à contração da Intech Boating, os responsáveis incorreram em grave inobservância do dever de cuidado nos respectivos atos que restringiram a competitividade das licitações realizadas pelo MPA.

b) ausência de pesquisa de preços no Pregão Presencial 34/2009

Acolho as conclusões da SecexAmbiental de que restou injustificada a irregularidade atribuída aos responsáveis Alberto Frega, Antônio Chrisostomo de Sousa, Dirceu Silva Lopes, Leandro Balestrin, Wilson José da Silva e Antônio de Jesus da Rocha Freitas Jr, relativa à ausência de pesquisa de preços para realização do Pregão Presencial 34/2009.

A diferença de preços entre o valor estimado (R\$ 45.443.216,23) e o valor contratado (R\$ 24.138.500,00, evidencia a forma, no mínimo, descuidada com a qual os responsáveis desempenharam o dever de, com fulcro no art. 15, §1º, da Lei 8.666/1993, realizar “ampla pesquisa de mercado”. Os demais gestores do MPA, que aprovaram a metodologia, também incorreram em graves falhas de supervisão da conduta de seus subordinados.

A irregularidade só não trouxe graves prejuízos ao Erário em razão de outra empresa ter participado da fase de lances, o que obrigou a Intech Boating a diminuir consideravelmente seu lance inicial, que era de R\$ 1.631.827,20, e chegou a R\$ 1.049.500,00, por embarcação.

Não fosse a inesperada competição, o contrato teria sido firmado no valor de R\$ 37.532.025,60, aproximadamente 55% superior ao efetivamente avençado.

c) realização de pagamentos antecipados

A instrução da SecexAmbiental também não acolhe as razões de justificativas relacionadas ao fato de que, na execução dos Contratos 3/2009 e 5/2010, ocorreram pagamentos antecipados à empresa Intech Boating.

Consoante demonstrado pela equipe de auditoria, “os pagamentos antecipados no Contrato 3/2009 atingiram a cifra de R\$ 2.767.609,25. No Contrato 5/2010, alcançaram R\$ 5.077.481,00.”

(...) Reputo grave a realização de pagamentos antecipados pela administração, notadamente em razão da obrigação de serem precedidos de atestos falsos e por colocarem em risco o patrimônio público, na medida em que, como se verifica em inúmeros processos que tramitam nesta Corte de Contas, é comum as empresas, em razão da antecipação dos pagamentos, deixarem de executar as devidas contraprestações.

No que se refere aos débitos imputados ao embargante, também não há omissão em relação à caracterização de suas condutas e da forma como contribuíram para a consecução dos débitos apurados, conforme descritos nos subitens 100 a 103 (superfaturamento do Contrato 3/2009) e 164 (superfaturamento do 2º Termo Aditivo ao Contrato 3/2009) da instrução transcrita no Relatório, devidamente incorporados ao meu voto.

Mais uma vez, ressalto a improcedência das alegações que dizem respeito à prescrição das sanções e dos débitos imputados aos embargantes.

Cabe, por fim, a rejeição dos embargos de declaração opostos por Leandro Balestrin.

Com essas considerações, voto por que o Tribunal acolha a minuta de acórdão que submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 28 de abril de 2021.

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Relator