

GRUPO II– CLASSE I – 2ª Câmara

TC 026.884/2010-0

Processos apensos: TC 020.117/2016-7, TC 015.063/2015-1, TC 005.136/2011-3, TC 016.597/2008-2, TC 012.409/2014-6.

Natureza: Embargos de Declaração (em Recurso de Reconsideração de Tomada de Contas Especial).

Entidades: Caixa Econômica Federal, Prefeitura Municipal de Cuiabá – MT e Secretaria Executiva do Ministério das Cidades.

Responsáveis: Adilson Moreira da Silva (CPF 112.275.918-53); Andelson Gil do Amaral (CPF 087.353.178-76); Conspavi Construção e Participação Ltda. - ME (CNPJ 36.946.218/0001-80); Cécila Marília Pires Nassarden (CPF 292.795.851-34); Fernando Augusto Vieira de Figueiredo (CPF 830.583.201-59); Gervásio Madal de Assis (CPF 109.491.271-91); José Antonio Rosa (CPF 178.248.421-34); Orozimbo José Alves Guerra Neto (CPF 108.302.941-04); Quidauguro Marino Santos da Fonseca (CPF 086.183.051-20); Ryta de Cassia Pereira Duarte (CPF 537.774.331-87); Wania Cristina Nunes da Conceição (CPF 468.992.351-53).

Interessados: Ministério Público Federal (CNPJ 03.636.198/0001-92) e Prefeituras Municipais do Estado de Mato Grosso (139 Municípios).

Recorrentes: Orozimbo José Alves Guerra Neto (CPF 108.302.941-04), José Antônio Rosa (CPF 178.248.421-34) e Fernando Augusto Vieira de Figueiredo (CPF 830.583.201-59).

Representação legal: Fernando Augusto Vieira de Figueiredo (OAB/MT 7627-A), em causa própria; Robélia da Silva Menezes (23.212/OAB-MT), representando Orozimbo José Alves Guerra Neto; Ryta de Cassia Pereira Duarte e Wania Cristina Nunes, Flávio José Pereira (OAB/MT 3.574) e outros, representando Andelson Gil do Amaral; José Antônio Rosa (OAB-MT 5493), em causa própria, e Guilherme Lopes Mair (32261/OAB-DF) e outros, representando Caixa Econômica Federal.

Interessado em sustentação oral: não há.

SUMÁRIO: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. IRREGULARIDADES NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E NA EXECUÇÃO DAS OBRAS DA ESTAÇÃO DE TRATAMENTO DE ÁGUA (ETA) TIJUCAL (CONCORRÊNCIA 3/2005; CONTRATO 16/2005). CONVERSÃO DE PROCESSO DE REPRESENTAÇÃO. CITAÇÃO. AUDIÊNCIA. IRREGULARIDADE DAS CONTAS. DÉBITO. MULTA. RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. ELEMENTOS INCAPAZES DE MODIFICAR O JUÍZO FORMADO. NÃO PROVIMENTO. CONHECIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NÃO PROVIMENTO EM RELAÇÃO A UM DOS EMBARGANTES. SOBRESTAMENTO DA TRAMITAÇÃO DA TCE EM RELAÇÃO AOS DOIS OUTROS EM CUMPRIMENTO À DECISÃO JUDICIAL. PARCELAMENTO AUTORIZADO.

COMUNICAÇÕES. MONITORAMENTO DO ANDAMENTO
DA AÇÃO JUDICIAL. CIÊNCIA AOS RECORRENTES.

RELATÓRIO

Trata-se de Embargos de Declaração opostos pelos Srs. Fernando Augusto Vieira de Figueiredo (Peça 182), Orozimbo José Alves Guerra Neto (Peça 187) e José Antonio Rosa (Peça 188), contra o Acórdão 7.181/2018-TCU-2ª Câmara, que conheceu dos Recursos de Reconsideração interpostos pelos responsáveis para, no mérito, negar-lhes provimento (Peça 137).

2. A deliberação recorrida condenou, solidariamente, esses responsáveis a recolherem, ao Tesouro Nacional, as quantias de R\$ 1.023.198,48, em 19/3/2008, R\$ 1.385.052,45, em 9/9/2008, e R\$ 1.222.204,73, em 13/10/2009, aplicando-lhes, ainda, multas individuais no valor de R\$ 500.000,00, com fundamento no art. 57 da Lei 8.443/1992.

3. Transcrevo, a seguir, em apertada síntese, os argumentos apresentados pelos embargantes:

I - Sr. Fernando Augusto Vieira de Figueiredo

4. Após defender o cabimento e o preenchimento dos requisitos para admissibilidade dos Embargos de Declaração, o recorrente argui a existência de omissões e contradições na deliberação embargada e requer que o recurso seja conhecido com efeito infringente para afastar a responsabilidade que lhe é imputada no presente processo, ante os seguintes argumentos, em apertada síntese:

a) falta clareza na redação da decisão e a deliberação é contraditória em seus próprios fundamentos, pois ora aponta a existência de um dado embasamento em determinado sentido, ora aponta o mesmo fundamento como causa de conclusão divergente e, especialmente, quando deixa de considerar matéria fática ou de direito amplamente debatida nos autos;

b) assinala omissão no julgado quanto à competência do TCU para aplicar sanções aos pareceristas jurídicos, quando afirma que a matéria se encontra assentada na jurisprudência desta Corte e no Supremo Tribunal Federal (STF), sem, contudo, mencionar a inviolabilidade constitucional do livre exercício das profissões, nem mesmo ingerência na competência da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB);

c) alega que o relator traz no seu Voto, como fundamento para imputar responsabilidade ao parecerista, decisão do STF, mas não faz no Voto a identificação do aresto citado. Nesse aspecto, a omissão restaria patente, pois, nos termos da Constituição Federal, em seu artigo 93, inciso IX, toda decisão deve ser fundamentada;

d) apresenta ementa de julgamento do STF, que traz exatamente o inverso da posição apontada como omissa por falta de fundamento (MS 24.073/DF);

e) alega haver contradição no Voto no que diz respeito ao argumento de que, no âmbito do STF, há entendimento de que, quando um parecer opinativo é homologado, este subsiste como ato de aprovação e não parecer. Por seu turno, o próprio Acórdão recorrido afirma que o embargante se tornou responsável solidário ao elaborar o parecer jurídico, enquanto que o Sr. José Antonio Rosa se tornou co-responsável ao anuir com aludido parecer. Ou seja, no seu entender, o que estaria passível de responsabilização não seria o parecer em si, e sim o ato. Nesse aspecto, haveria contradição quanto à responsabilidade, logo, necessário o esclarecimento da contradição apontada, pois, nessa circunstância, haveria impossibilidade de responsabilização do peticionário, uma vez que seu ato de elaborar parecer deixa de subsistir, na medida em que foi aprovado pelo Procurador Geral;

f) conforme expressamente afirmado pelo Voto condutor do Acórdão, a situação referente a parecer jurídico já foi enfrentada em julgamento, no caso o MS 24631-65DF, perante o STF, que se manifestou, de forma unânime, no sentido de que, quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo. Quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa, com parecer favorável ou

contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer e, quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídico deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir;

g) no caso de que se cuida nos autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte do ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao Erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato;

h) é lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alegada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao Erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa;

i) o relator fundamenta que na presente TCE a conduta dos recorrentes contribuiu de forma decisiva para a aplicação irregular dos recursos públicos federais confiados à municipalidade, os quais ainda não foram restituídos, o que torna a conduta reprovável, não sendo, portanto, reconhecida sua boa-fé. Aqui, o Voto se funda expressamente na inexistência de boa-fé do embargante. Ou seja, a condenação em débito dos recorrentes não decorreu da comprovação de qualquer ato contaminado de má-fé. Alega que, por esse aspecto, a deliberação se mostra contraditória quanto aos fundamentos apontados;

j) a inexistência de má-fé afasta a responsabilidade do advogado parecerista, conforme vasto acervo jurisprudencial, já colacionado aos autos. Ainda que o parecer jurídico não seja vinculante (art. 38, II, da Lei 8666/1992), sua aceitação pela autoridade não caracteriza, **de per si**, ato ilegal ou ímprobo, que somente se configura demonstrada a má-fé, o dolo, ou conluio entre parecerista e ordenador de despesas. O dolo ou a má-fé são premissas do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador.

5. Ao final, requer o acolhimento dos seus argumentos para sanar os vícios apontados, e que os Embargos de Declaração sejam acolhidos, com efeito infringente, afastando a responsabilização do recorrente, bem como a multa aplicada.

II - Sr. Orozimbo José Alves Guerra Neto

6. Após defender o cabimento e o preenchimento dos requisitos para admissibilidade dos Embargos de Declaração, o recorrente argui a existência de contradições e requer o recebimento e provimento do recurso com efeitos infringentes, por ser a decisão recorrida contraditória, ante os seguintes argumentos, em apertada síntese:

a) contesta o entendimento do relator de que a dosimetria da pena de multa é razoável a todos os condenados pelo débito apurado, pois corresponde a menos de 6,12% do valor máximo que poderia ser aplicado, em razão do montante do débito atualizado, além de se inserir perfeitamente na margem discricionária legal. Ocorre que a sanção aplicada e ratificada no Acórdão recorrido é igual para todos os servidores participantes, não havendo nenhuma dosimetria para a atuação de cada um, conforme permite os incisos do artigo 268 do Regimento Interno desta Corte. Assim, alega haver uma clara contradição na decisão proferida que manteve a sanção aplicada ao embargante na mesma proporção que os demais servidores públicos;

b) o § 2º do art. 268 do Regimento Interno traz a possibilidade da diminuição, de ofício, da multa aplicada quando for provada a sua inadequação, o que seria recomendado no seu caso, pois ocupou o cargo de Diretor de Obras à época dos fatos e, como tal, desenvolveu seus trabalhos com base em documentos trazidos pelos setores competentes, o que seria dizer: "assinava o que lhe traziam", pois existia a confiança em cada profissional designado para atuar em suas áreas e, no caso, toda a parte técnica era minuciosamente acompanhada por profissionais da Sanecap, sendo a Secretaria Municipal de Infraestrutura mera coadjuvante no processo, não havendo como o embargante discordar

de todos fatos e fundamentos trazidos pelos profissionais experientes que atuavam no setor exclusivo de fornecimento e abastecimento de água;

c) a multa imposta ao embargante foi a mesma atribuída aos demais agentes públicos condenados, em montante que equivalente a mais de 500 salários mínimos. Alega que é engenheiro civil, funcionário público municipal e que na época dos fatos ocupava o cargo de Diretor de Obras, não sendo o responsável direto pela elaboração da documentação técnica. Assim, a aplicação da referida multa se mostra desproporcional, restando clara a omissão em relação à dosimetria, considerando as atribuições de cada agente;

d) a aplicação da multa é capaz de inviabilizar não só a profissão do embargante, mas, sim, toda sua vida econômica e financeira, bem como de sua família, pois o valor apontado se mostra absurdamente desarrazoado e desproporcional, configurando enriquecimento ilícito ou mesmo, no caso dos autos, a própria inviabilização do sustento do recorrente e da sua família;

e) o valor da multa é excessivo e gerará, por certo, o enriquecimento ilícito do autor, no caso da União, uma vez que apenas como multa foi aplicado a todos os condenados um valor global de R\$ 2.500.000,00, quantia esta que representa cerca de 70% do valor do Termo Aditivo objeto do parecer do recorrente;

f) mesmo que não se possa reconhecer a boa-fé, isso não enseja afirmar que o gestor agiu de má-fé;

g) em seu voto, o relator afirma tratar-se de recursos federais repassados ao Município. Ocorre que no Relatório do Acórdão 7.249/2016 foi asseverado que não foi provado se tratar de recursos municipais. E ainda nas folhas 54 do processo principal da Tomada de Contas em questão, o AFCE afirmou o contrário, que a Prefeitura alocou por conta própria os valores referentes ao realinhamento, sem que fossem incluídos e pagos mediante o Contrato de Repasse 1186.327-52/2005. Nesse aspecto, seria clara a contradição na decisão proferida pela Corte, bem como seria devidamente reconhecida a fonte de recursos municipal, o que afastaria a jurisdição deste Tribunal;

h) ao condenar todos os envolvidos à devolução de recursos na elaboração do aditivo, o TCU estaria promovendo verdadeiro enriquecimento ilícito da União, pois, já que não houve recursos federais investidos na obra, tal situação configura claro abuso por parte da União e enriquecimento ilícito desta, em detrimento de um aditivo feito de forma lícita e respeitando as peculiaridades exigidas em lei e o aumento imprevisível nos custos da obra.

7. Assim, alega, em conclusão, que, no caso dos autos, por se tratar de verbas municipais, expressamente confessadas no Acórdão recorrido, o TCU o carece de competência para fiscalização de tais verbas, restando totalmente contraditória a decisão proferida no Acórdão embargado. Portanto, alega que não pode ser incluído no rol de responsabilização por eventual dano ao Erário federal, por se tratar estritamente de recursos municipais, devendo os Embargos serem acolhidos para excluir o embargante do rol de responsáveis.

III - Sr. José Antonio Rosa

8. Defende o cabimento e o preenchimento dos requisitos para admissibilidade dos Embargos de Declaração e argui a existência de omissões e contradições na deliberação embargada, e do necessário esclarecimento das mesmas, o que, via de consequência, resultará na improcedência da presente demanda contra o advogado parecerista, ante os seguintes argumentos, em apertada síntese:

a) arguiu que relator prolatou no Voto condutor da deliberação embargada que a conduta dos agentes públicos contribuiu para a aplicação irregular dos recursos públicos federais. Sendo assim, não reconheceu a boa-fé. O Voto se fundamenta expressamente na inexistência de boa-fé do embargante, ou seja, a condenação em débito dos recorrentes não decorreu da comprovação de qualquer ato contaminado de má-fé, mas uma vez, ora se aponta o não reconhecimento de boa-fé, ora se afirma que, em momento algum destes autos, existe menção à má-fé. Questiona, portanto, se é possível coexistir, em um mesmo ato, a ausência de boa-fé e a não comprovação de ato contaminado de má-fé. Nesse aspecto, afirma haver contradição quanto aos fundamentos apontados;

b) há clara contradição na decisão proferida pela Corte, ante o reconhecimento da fonte de recursos como sendo Municipal;

c) ressalta a sua boa-fé, uma vez que o aditivo foi exarado dentro dos preceitos que regem a Lei 8.666/93, não tendo como se falar em responsabilidade do embargante, pois patente a comprovação da ocorrência, à época, de fato superveniente que consistia na forte alta nos preços dos insumos utilizados na obra;

d) alega que a contradição e a omissão arguidas decorrem da falta de clareza da redação da deliberação, pois ora aponta a existência de um dado fundamento em determinado sentido, ora aponta o mesmo fundamento como causa de conclusão divergente e, especialmente, quando deixa de considerar matéria fática ou de direito amplamente debatida nos autos;

e) alega ter arguido em sua defesa vários tópicos e, nas razões do Voto condutor, tais argumentos são empregados para concordar com a tese do recorrente e, na sequência, as mesmas razões são usadas para imputar-lhe responsabilidade. Refere-se à tese sobre a competência do TCU para aplicar sanções aos pareceristas jurídicos. O relator, ao utilizar como paradigma matéria assentada na jurisprudência desta Corte e no Supremo Tribunal Federal (STF), deixou de ressaltar a inviolabilidade constitucional do livre exercício das profissões, ou mesmo a ingerência na competência da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a alumiar este entendimento;

f) a decisão embargada mostra-se omissa, na medida em que se funda em decisão da Corte Suprema, sem ao menos citá-la, quando na verdade a Corte Suprema possui decisão em sentido diametralmente oposto, como transcreve, devendo essa omissão ser sanada, uma vez que há ausência de fundamento legal, o que é causa de nulidade absoluta da decisão;

g) há contradição quanto aos argumentos lançados para imputar responsabilidade ao embargante;

h) a deliberação também se mostra contraditória no que tange ao argumento referente à desproporcionalidade na dosimetria da multa, uma vez que o relator alega que a dosimetria da pena está razoável a todos os condenados pelo débito apurado, que a dosimetria aplicada se mostra bastante razoável e proporcional à gravidade apontada, além de se inserir perfeitamente na margem discricionária legalmente conferida a esta Casa para a realização efetiva do controle externo no âmbito da administração pública federal. Afirma que as condutas dos arrolados foram distintas, no entanto, a sanção aplicada foi igual para todos. Assim, haveria clara contradição na decisão proferida que manteve a sanção aplicada ao embargante na mesma proporção da que foi atribuída aos demais servidores públicos;

i) o art. 268 do Regimento Interno traz a possibilidade da diminuição da multa aplicada ou torná-la sem efeito quando for provada a sua inadequação. Assim, considerando que a multa aplicada equivale a mais de 500 salários mínimos, para cada agente das áreas técnicas, caso a multa venha a ser mantida, o seu valor excessivo gerará, por certo, o enriquecimento ilícito do autor, no caso da União, visto que, apenas como multa, foi aplicado a todos os condenados um valor global de R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais), montante que representa cerca de 70% do valor do Termo Aditivo objeto do parecer do recorrente;

j) ressalta que o embargante é advogado e atuou como parecerista. Assim, como já arrazoadado, apenas anuiu parecer construído em fatos reais e não em suposições, qual seja, o atestado pelo corpo técnico da Secretaria Municipal de InfraEstrutura, da necessidade de realinhamento econômico financeiro, bem como o parecer emitido pela CEF. Registra, ainda, que a função do parecerista é emitir sua opinião com base nas informações contidas nos autos, não sendo ele que efetua a aprovação da planilha, mas, sim, dois engenheiros da Prefeitura Municipal de Cuiabá, sendo um deles o Diretor de Obras da Secretaria Municipal de InfraEstrutura de Cuiabá-MT, ambos com larga experiência em obras e, portanto, aptos a realizar tal tarefa, sendo a aplicação de tal multa desproporcional;

k) assegura que a aplicação da multa é capaz de inviabilizar não só a profissão do embargante, mas, sim, toda a sua vida econômica financeira e de sua família, pois o valor apontado se mostra absurdamente desarrazoado e desproporcional;

l) defende que os recursos utilizados são municipais, portanto não poderia o embargante ser incluído no rol de responsabilização por eventual dano ao Erário federal;

m) no que tange à responsabilização do advogado parecerista, assegura que, quando não há dolo, a regra é pela não responsabilização, conforme jurisprudência do STJ e outros tribunais federais que transcreve.

9. Ante os fundamentos apresentados, requer o acolhimento dos embargos para sanar os vícios apontados, e assim atribuir o efeito infringente a decisão, afastando a responsabilização do recorrente, bem como afastando multa aplicada, conforme julgados do TCU, STF e STJ, e TRF1, citados ao longo da peça recursal.

IV- Novos elementos de defesa

10. Registro que foram acostados aos autos novos elementos de defesa, pelos Srs. Fernando Augusto Vieira de Figueiredo (Peça 201) e José Antônio Rosa (Peça 202), nos quais informam que, após a lavratura do Acórdão nos autos da presente TCE, os peticionários tiveram as duas ações contra eles pelo Ministério Público Federal (MPF) fundadas exclusivamente na deliberação que ainda se encontra pendente do julgamento de Embargos de Declaração, com pedido de efeitos infringentes por este Tribunal.

11. Alegam que a Ação Civil Pública 1001235- 88.2017.4.01.3600, em trâmite na 3ª Vara da Justiça Federal da Seção de Mato Grosso, bem como a Ação Penal em trâmite na 5ª Vara da Justiça Federal Seção de Mato Grosso, sob o n.º 0013475-29.2017.4.01.3600, sequer foram recebidas (doc. 01), por reconhecer que a conduta dos réus Fernando Augusto Vieira de Figueiredo e José Antônio Rosa não se enquadra no conceito de improbidade, o que obsta o prosseguimento da ação em relação aos demandados.

12. Assim, asseguram que a juntada das decisões corrobora os argumentos já lançados pela defesa, quanto à impossibilidade de responsabilização dos peticionários, em razão dos fatos apurados neste processo, ante os argumentos já demonstrados ao longo do presente feito (impossibilidade de responsabilização do Advogado Parecerista, face ausência de dolo ou má-fé/culpa), mesmos argumentos constantes na decisão que rejeita a ação civil pública e a ação penal.

13. Ante essa informação, requerem a juntada das decisões que rejeitam ambas as ações propostas em desfavor do peticionário, bem como que sejam julgados totalmente procedentes os Embargos de Declaração com efeitos Infringentes.

14. Quanto à inexistência de crimes supostamente praticados pelos peticionários, transcrevem a decisão que rejeitou a ACP 1001235- 88.2017.4.01.3600 já citada, bem como a informação de que, no dia 26/2/2019, foi julgado pelo Tribunal Regional Federal da 1.ª Região, de forma unânime, o mérito do HC 9 1010067- 3, cujo acórdão anexam, que entendeu pela ausência de justa causa para o trâmite da Ação Penal ajuizada, em razão da atipicidade da conduta dos autores.

É o Relatório