

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC 013.206/2008-8

Apensos: TC 028.392/2009-6

TC 020.474/2010-5

Natureza: Embargos de Declaração.

Unidade: Município de Matriz de Camaragibe/AL.

Embargante: Marcos Paulo do Nascimento (CPF 650.763.384-49).

Advogados: Fábio Henrique Cavalcante Gomes (OAB/AL 4801) e outros.

SUMÁRIO: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONHECIMENTO. INEXISTÊNCIA DAS OMISSÕES E OBSCURIDADES APONTADAS. TENTATIVA DE REDISCUSSÃO DO MÉRITO. NÃO PROVIMENTO. CIÊNCIA.

Embargos de declaração não se prestam à rediscussão de questões de mérito já devidamente apreciadas pelo acórdão embargado.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de embargos de declaração opostos por Marcos Paulo do Nascimento contra o acórdão 2.085/2012–Plenário, que negou provimento a pedidos de reexame impetrados pelo ora embargante e por outros recorrentes em face do acórdão 3.389/2010–Plenário.

2. O julgado originário, em razão de irregularidades em processos licitatórios e contratações financiadas com recursos do Programa Nacional de Alimentação Escolar – Pnae, no período de 2002 a 2006, entre outras medidas, aplicou multa no valor de R\$ 20.000,00 ao embargante e o inabilitou para exercício de cargo em comissão ou função de confiança na Administração Pública Federal por cinco anos.

3. As razões expostas nos embargos são as seguintes (peça 48):

“DA TEMPESTIVIDADE

A presente irresignação mostra-se tempestiva tendo em vista que o Recorrente foi notificado para tomar conhecimento da decisão objugada em 23 de agosto de 2012, logo, o transcurso do prazo de 10 (dez) dias previsto no parágrafo 1º do art. 34 da Lei no 8443/92 só findará no dia 02 de setembro, que por ser domingo, prorroga-se para o dia 03 de setembro do corrente.

DO CABIMENTO

Conspícua Ministra, Egrégio Tribunal, estabelece o normativo contido do artigo 34 da Lei no 8443/92 que caberá embargos de declaração para corrigir contrariedade, omissão ou contradição, *verbis*:

Art. 34. Cabem embargos de declaração para corrigir obscuridade, omissão ou contradição da decisão recorrida.

Restará demonstrado de forma cabal, ao longo da manifestação de irresignação que v. decisão plenária carece de aclaramento nos seus fundamentos, sendo pois o manejo do recurso na modalidade de embargos de declaração o meio adequado para sanar dúvidas, omissões e contradições na decisão guerreada, na esteira do dispositivo suso referido.

DOS EFEITOS

A instrumental recursal delineada na Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União não deixa dúvida quanto aos tipos e formas dos procedimentos recursais, estipulando a possibilidade de interposição de recurso de reconsideração e de revisão no prazo de 15 dias, e o de embargos de declaração em no prazo de 10 (dez) dias.

Estabelece o rito previsto no parágrafo 2º do artigo 34 da Lei no 8443/62 que o recurso na forma de embargos Ed declaração possui efeitos próprios, a saber: (i) suspender os efeitos da decisão e (ii) interromper a contagem de prazo recursal para interposição doutro remédio, consoante prescreve o dispositivo elencado:

Art. 34.

§ 2º Os embargos de declaração suspendem os prazos para cumprimento da decisão embargada e para interposição dos recursos previstos nos incisos I e III do art. 32 desta Lei.

Enfileirado a tais fundamentos, pugna inicial o recorrente, que o presente recurso seja recebido, reconhecendo-se seus efeitos suspensivos para o cumprimento da decisão e a interposição de recurso.

AS RAZÕES RECURSAIS

O brilhante pronunciamento de V. Exa na condução de v. aresto ora impugnado foi lastreado nos seguintes fundamentos, a se destacar:

Os servidores responsabilizados por sua atuação enquanto membros das comissões de licitação argumentaram, em síntese, que: i) as fraudes apontadas nos certames são de responsabilidade unicamente das empresas licitantes; ii) a definição da modalidade licitatória pautava-se no orçamento disponível e era embasada em parecer da Procuradoria do Município; e iii) não houve dano ao erário e nem conduta que pudesse ser tipificada naquelas previstas como crime na Lei 8.666/1993.

Considero que as manifestações dos recorrentes não trouxeram elementos diversos daqueles já analisados neste feito e penso que as irregularidades apontadas, notadamente graves, estão sobejamente demonstradas. O apontado fracionamento da licitação, com consequente desvio da modalidade licitatória exigível, é falha evidente e deveria ter sido anotada pela comissão licitatória. Ainda mais diante da realização de diversos certames na modalidade convite para contratação do mesmo objeto.

Ademais, a própria natureza das irregularidades assinaladas esvazia os argumentos dos recorrentes quanto à responsabilidade exclusiva das empresas licitantes. O fracionamento da licitação para burlar a realização de modalidade que possibilita mais ampla competitividade deixa clara a responsabilidade dos membros da comissão licitatória e, em face da amplitude e gravidade dos procedimentos, também dos ex-chefes do executivo municipal.

A homologação do processo licitatório não pode ser entendida como ato simplesmente formal e isento da necessidade de verificar a regularidade dos atos precedentes, como querem fazer crer os recorrentes, sob pena de se corromper o instituto. Representa a aprovação final de todo o procedimento de licitação, devendo ser precedida do exame, pela autoridade competente, dos atos que o integraram.

Ademais, as condutas dos recorrentes, omissivas ou comissivas, contribuíram decisivamente para a ocorrência das irregularidades indicadas e resultaram em inconteste dano ao Erário e a terceiros, pois reduziram a amplitude possível das licitações realizadas e afrontaram os princípios licitatórios mais básicos.

Nesse cenário, acrescento que dois pontos deixam transparecer a gravidade das irregularidades em exame. O primeiro é que os recursos mal geridos financiavam a aquisição de merenda escolar para um município do interior do Estado de Alagoas, de onde se depreendem as consequências dos atos danosos. O segundo é que as contratações mediante uso da modalidade convite, invariavelmente, tiveram como consequência o direcionamento do objeto a empresas com sócios em comum, inexistentes ou com ramo de atividade incompatível com o fornecimento de merenda escolar.

O cotejo da fundamentação do julgado por si só, data máxima vênia, demonstra a necessidade de esclarecimento, visto que o arresto não traz elementos conclusivos quanto a existência de dano a fazenda pública, revestindo-se o dano em exercício de presunção, desacompanhado de elemento tático, configurando, portanto, omissão que precisa de reparo, pois a conduta descrita na análise exige o para a demonstração da espécie descrita, ou seja, dolosa, consuma-se com o efetivo desvio dos recursos públicos, o que não está demonstrado na decisão objurgada.

Para que não pare duvidas, a análise da prestação de contas apreciada pela equipe técnica do FNDE no período em investigação foi plenamente aprovada, conforme se colhe do sítio do Fundo na internet (www.fnde.gov.br), comprovando-se a omissão que precisa ser aclarada, pois não se encontra demarcado qual o dano ou malferimento causado pelo recorrente à coisa pública.

Há que se falar ainda em contradição à luz da inexistência de dano ao erário público demonstrado na decisão, com o cotejo dos fundamentos que culminaram pela condenação dos demais recorrentes que desempenhavam mister na Comissão de Licitação do município de Matriz de Camaragibe.

Explica-se.

Ora, o ato formal apontado como danoso foi perpetrado nas hostis da Comissão de Licitação, como assentado na decisão, e navega em contradição com seus próprios fundamentos, pois não pode imputar ao Recorrente conduta plenamente identificada como autoria de terceiros, ou seja, o ato dolo que gera prejuízo é objetivo e tem que ser cabalmente comprovado com base na prova dos autos, não se admitindo a hipótese presumida, ou seja, a contradição é patente e merece esclarecimento.

Buscando fundamento em contencioso judicial, espelha orientação basilar julgada oriundo do Superior Tribunal de Justiça, que em seus fundamentos afasta a presunção de dolo, exigindo a demonstração de conduta típica de malversação na modalidade de migração do recurso público para o patrimônio do administrador, e mais, para configurar presença do Prefeito em fraude de processo licitatório tem que estar presente o elemento subjetivo, fato que é afastado com a leitura da primeira parte do acórdão guerreado,

Neste sentido observe-se:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11 DA LEI N.8.429/92. CONTRATAÇÃO IRREGULAR PARA O FORNECIMENTO DE ÁGUA POR MEIO DE CAMINHÕES PIPA. SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU ABSOLUTÓRIA QUE CONSIGNA A INEXISTÊNCIA DE PROVAS ACERCA DE PARTICIPAÇÃO DO EX-PREFEITO NAS ILICITUDES DE PERMEARAM O CERTAME. CONDENAÇÃO IMPOSTA PELO TRIBUNAL A QUO EM RAZÃO DA EFETIVAÇÃO DOS PAGAMENTOS PELOS SERVIÇOS DEFEITUOSOS E DA NÃO TOMADA DE PROVIDÊNCIAS PARA O RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. AUSÊNCIA DE Juízo QUANTO AO EVENTUAL AGIR DOLOSO DO EX-GESTOR MUNICIPAL NÃO OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 62 E 63 DA LEI N. 4.320/64. CONDUTA CULPOSA.

1. O STJ ostenta entendimento uníssono segundo o qual, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10. Precedentes: AgRg no AREsp20.747/SP, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 23/11/2011; REsp 1.130.198/RR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 15/12/2010; EREsp 479.812/SP, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 27/9/2010; REsp1.149.427/SC, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe9/9/2010; e EREsp 875.163/RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 30/6/2010.

2. Na presente hipótese, o recorrente não observou os arts. 62 e 63 da Lei n. 4.320/64, o que evidencia ter sido culposa a sua conduta, porque não tomou as devidas precauções, como v. g., atestar a adequada prestação do serviço contratado, antes de ter ordenado o pagamento. Esse entendimento é conseqüência lógica dos fundamentos da sentença do Juízo de primeiro grau e do acórdão recorrido, os quais consignaram, respectivamente, a ausência de provas concernentes à

participação do gestor municipal na fraude ao processo licitatório e o ordenamento de despesa ilegal que legitimou a prestação do serviço de forma defeituosa, sendo certo que, quanto a este último ato, o acórdão guerreado não sindicou sobre a eventual autuação dolosa do recorrente, ou seja, não houve subsunção do ato reputado improbo ao tipo previsto no art. 11 da 8.492/92. Deveras, o acórdão recorrido entendeu por bem condenar o recorrente pela conduta em si, de ordenar o pagamento de despesa irregular, o que evidencia a conduta culposa do agente, já que não agiu de forma cautelosa e diligente.

3. O outra conduta reputada improba, qual seja, de não tomar medidas capazes de fazer retornar aos cofres públicos os valores indevidamente pagos, também paira na esfera dos atos culposos, porque, se os pagamentos eram efetivados em razão da aparente execução regular dos serviços, não se podia esperar que o gestor tomasse medidas para reaver essas quantias despendidas, além de a Corte de origem, frise-se, não ter sindicado sobre a eventual atuação dolosa do recorrente.

4. É assente no âmbito do STJ que a Lei de Improbidade Administrativa e os severos gravames que dela decorrem visam punir o administrador desonesto, e não aquele inábil. Por isso é que a conduta culposa não pode ser punida pela infringência ao art. 11 do aludido diploma. Precedentes: AgRg no AREsp 21.662/SP, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe15/2/2012; REsp 734.984/SP, Relator Ministro José Delgado, Relator para acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 16/6/2008; e REsp 213.994/MG, Relator Ministro Garcia viera, Primeira Turma, DJ 27/9/1999.

5. Agravo regimental não provido.

DOS PEDIDOS

Por tudo exposto, vem o Recorrente requerer:

- a) o recebimento dos presentes embargos de declaração no efeito suspensivo;
- b) Conhecimento e provimento do presente recurso para sanar omissões e contradições do Acórdão nº 2085/2012, afastando decréscimo objugada qualquer presunção de prática de ato ilícito nos procedimentos de aquisição de produtos do programa nacional de alimentação escolar -PNAE, perpetrado pelo recorrente e o reconhecimento da inexistência de dano comprovado na execução do convênio, ou reconhecer a conduta como no máximo culposa, para em seus efeitos, aplicando o princípio da proporcionalidade, afastar a punição de pecuniária e a proibição de exercer cargo ou função comissionada na administração federal por 5 (cinco anos)."

É o relatório.