

GRUPO II – CLASSE I – Segunda Câmara

TC 019.532/2011-3 [Apenso: TC 021.133/2003-3]

Natureza: Embargos de declaração (em Recurso de Reconsideração).

Unidade: Município de Novo Horizonte do Oeste/RO.

Embargantes: Edvan Alves Miranda (132.333.944-20) e Varley Gonçalves Ferreira (277.040.922-00).

Responsáveis: Construtora Conedi Ltda. (63.767.487/0001-52); Edvan Alves Miranda (132.333.944-20); Fidelcino Benedito da Silva (161.706.442-49); Genailzo Alves Chalegra (378.514.201-30); Nadelson de Carvalho (281.121.059-87); Prefeitura Municipal de Novo Horizonte do Oeste/RO (63.762.009/0001-50); e Varley Gonçalves Ferreira (277.040.922-00).

Interessado: Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE (00.378.257/0001-81).

Representação legal: Paula Daiane Rocha Passareli (3979/OAB-RO) e outros, representando Edvan Alves Miranda; e Eduardo Belmont Furno (5539/OAB-RO), representando Varley Gonçalves Ferreira.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO. ILEGALIDADES E SUPERFATURAMENTO NA EXECUÇÃO DO OBJETO. EXCLUSÃO DO MUNICÍPIO DA RELAÇÃO PROCESSUAL. REVELIA DE DOIS RESPONSÁVEIS. REJEIÇÃO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA DOS DEMAIS. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO E MULTA. RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. ARGUMENTOS CAPAZES DE ALTERAR O MÉRITO DA DELIBERAÇÃO RECORRIDA. PROVIMENTO PARCIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGAÇÕES DE OMISSÃO E OBSCURIDADE. PRIMEIROS ACLARATÓRIOS OPOSTOS POR PARTE QUE NÃO INTERPÔS RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. PRECLUSÃO LÓGICA. INEXISTÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. CONHECIMENTO E REJEIÇÃO DOS SEGUNDOS DECLARATÓRIOS.

1. É possível, em homenagem aos princípios do contraditório, da ampla defesa, do formalismo moderado e da verdade real, relevar, em caráter excepcional, o não atendimento do prazo decencial para conhecimento dos embargos de declaração.

2. Por encerrar uma preclusão lógica de não recorribilidade, não se conhece de embargos de declaração opostos por parte que não recorreu da deliberação de mérito objeto dos aclaratórios, visto faltar-lhe interesse recursal.

3. Os embargos de declaração são, em regra, recurso integrativo, objetivando extirpar da decisão embargada eventuais vícios de obscuridade, contradição ou omissão decorrentes do próprio julgado e que prejudicam a sua perfeita compreensão, e não aqueles que bem entenda o embargante, muito menos no caso de o órgão

jugador adotar entendimento diverso do preferido pela parte, segundo seus próprios critérios de justiça e de acordo com sua particular interpretação das leis e da jurisprudência.

4. Remédio processual de estreitos limites, os embargos de declaração não podem ser utilizados como meio transversal para impugnar o mérito da deliberação embargada, restando que omissões, contradições ou obscuridades, quando inexistentes, tornam inviável a revisão do julgado.

5. Estando a deliberação fundamentada em elementos essenciais do processo, não está o relator obrigado a rebater todos os argumentos expendidos pelas partes, tampouco a transcrever em seu voto pareceres constantes nos autos, sendo-lhe permitido abster-se de abordar questões que não influem para a formação de sua convicção.

6. Não há omissão apta ao acolhimento de embargos de declaração quando a matéria é enfrentada na instrução da unidade técnica que consta do relatório e integra as razões de decidir da deliberação embargada, bem assim, na hipótese de haver aspectos divergentes entre o encaminhamento por ela proposto e o que foi compreendido pelo julgador, terem tais questões sido objeto de considerações específicas.

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos em peças autônomas por Varley Gonçalves Ferreira e Edvan Alves Miranda, respectivamente Prefeito de Novo Horizonte do Oeste/RO nos exercícios de 1993 a 1996, e ex-Diretora do Departamento de Educação e Cultura do referido Município, em face do Acórdão 8.017/2016-TCU-2ª Câmara, por meio do qual esta Corte conheceu dos recursos de reconsideração interpostos pelo primeiro embargante e por Genailzo Alves Chalegra contra o Acórdão 2.652/2015, do mesmo Colegiado, e, no mérito, deu provimento parcial ao apelo aviado por aquele responsável, e provimento integral ao interposto por este último, estendendo, os seus efeitos aos Srs. Fidelcino Benedito da Silva e Nadelson de Carvalho.

2. O aresto condenatório original resultou de tomada de contas especial instaurada pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) em razão da ocorrência de ilegalidades e da prática de superfaturamento na execução do Convênio 748/1996, celebrado com o Município de Novo Horizonte do Oeste/RO, visando expandir a rede física municipal para melhoria das condições ambientais das unidades de ensino. Este Tribunal concluiu por julgar irregulares as contas dos responsáveis ora embargantes, os Srs. Genailzo Alves Chalegra, Nadelson de Carvalho e Fidelcino Benedito da Silva, os condenou em débito solidário com a Construtora Conedi Ltda. e aplicou a todos multas individuais fundadas no art. 57 da Lei Orgânica do TCU. Nos termos do art. 69, inciso I, do Regimento Interno desta Casa (RITCU), reproduzo a parte dispositiva da deliberação embargada:

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos em que se aprecia, nesta fase processual, Recurso de Reconsideração interposto por Varley Gonçalves Ferreira e Genailzo Alves Chalegra contra o Acórdão 2.652/2015 – TCU – 2ª Câmara.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão de 2ª Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. com fundamento nos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992, conhecer dos presentes recursos para, no mérito:

- 9.1.1. dar provimento parcial ao recurso interposto por Varley Gonçalves Ferreira (277.040.922-00);
- 9.1.2. dar provimento ao recurso interposto por Genailzo Alves Chalegra (378.514.201-30), estendo os seus efeitos a Fidelcino Benedito da Silva (161.706.442-49) e Nadelson de Carvalho (281.121.059-87);
- 9.2. em consequência aos subitens 9.1.1 e 9.1.2:
- 9.2.1. excluir os subitens 9.7 e 9.8 do Acórdão 2.652/2015 – TCU – 2ª Câmara, e dar a redação que se segue aos subitens 9.3, 9.4 e 9.5 do referido aresto:
- “9.3. acolher as alegações de defesa de Genailzo Alves Chalegra, Fidelcino Benedito da Silva e Nadelson de Carvalho, e rejeitar as de Edvan Alves Miranda e Varley Gonçalves Ferreira;
- 9.4. julgar irregulares as contas da Construtora Conedi Ltda., de Edvan Alves Miranda e de Varley Gonçalves Ferreira;
- 9.5. condenar solidariamente a Construtora Conedi Ltda. e os Srs. Edvan Alves Miranda e Varley Gonçalves Ferreira ao recolhimento ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação dos valores a seguir especificados, atualizados monetariamente e acrescidos de juros de mora das datas indicadas até a data do pagamento:

VALOR ORIGINAL (R\$)	DATA DA OCORRÊNCIA
24.644,73	15/5/1996
59.022,72	15/5/1996
35.206,76	13/6/1996
23.446,62	7/10/1996

”

9.3. dar ciência desta deliberação, acompanhada do relatório e do voto que a fundamentam, aos recorrentes, aos Srs. Fidelcino Benedito da Silva e Nadelson de Carvalho, ao procurador-chefe da Procuradoria da República no Estado de Rondônia, ao Ministério Público do Estado de Rondônia e ao Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE/RO).

3. Nos presentes declaratórios (peças 184 e 185), os embargantes alegam existir omissões e contradições na condenação levada a efeito pelo Tribunal. Pontuo, a seguir, os argumentos esgrimidos individualmente pelos embargantes:

3.1. Sr. Varley Gonçalves Ferreira:

3.1.1. o acórdão embargado em nada teria se manifestado quanto aos pedidos apresentados pelo recorrente, em especial porque os documentos juntados aos autos comprovariam que o convênio foi cumprido em sua integralidade, tanto isso que foi aprovado e posteriormente reaberto, não tendo havido por parte do Tribunal pronunciamento nesse sentido;

3.1.2. teria havido a construção das escolas conforme previsto no convênio, fato supostamente comprovado pela aprovação da prestação de contas pelo órgão fiscalizador, bem assim pelo parecer técnico emitido nos autos, o que comprovaria a correta aplicação dos recursos sem prejuízo à municipalidade, dano não comprovado no processo;

3.1.3. restaria impossível a condenação do embargante, por ter ele construído mais escolas que as previstas no convênio, razão porque a devolução dos valores e a multa aplicada seriam totalmente indevidas, merecendo reforma a decisão adotada pelo Tribunal;

3.1.4. como aliás teria sido demonstrado no relatório elaborado por esta Corte, o convênio teria tido a sua prestação de contas aprovada, o que demonstraria sua regularidade e a injustificada condenação do embargante por não existir qualquer dano ou prejuízo ao erário;

3.1.5. o relatório de fls. 182 dos autos teria deixado claro inexistir prejuízo ou má gestão dos recursos públicos, visto ter dele constado parecer técnico de vistoria *in loco* realizada nas obras dando

conta de que, embora das quatro escolas previstas para a construção, uma não teria sido executada, a municipalidade teria construído outras sete em terrenos devidamente legalizados e de propriedade do município, concluindo não ter vislumbrado má aplicação nos recursos recebidos, eis que utilizados em prol da comunidade;

3.1.6. o parecer emitido pelo Ministério Público de Contas [ao que parece, junto ao Tribunal de Contas do Estado de Rondônia – TCE/RO] teria concluído pela inexistência de superfaturamento nas aquisições, razão porque, embora irregulares os atos da comissão de licitação, não haveria prejuízo à execução do convênio;

3.1.7. não constaria dos autos que o embargante teria agido com dolo, má-fé ou culpa, posto que o seu procedimento de construir mais escolas com os recursos do convênio não constituiria conduta reprovável, passível de lhe obrigar a devolver os valores ou sofrer multa;

3.1.8. eventuais erros de procedimento não poderiam levar à condenação do embargante, visto ter havido a devida aplicação dos recursos recebidos;

3.1.9. apesar de ter alegado a inexistência de dano, a relatora teria deixado de se manifestar a respeito, configurando omissão;

3.1.10. exsurgiria contradição no julgado na medida em que, tendo sido o convênio aprovado pelo concedente, portanto atendido às especificações nele contidas e restando claro não ter havido qualquer pagamento indevido, bem assim a obra realizada em quantitativo maior de escolas, servindo a toda a coletividade, não poderia o mesmo órgão que aprova as contas posteriormente reprovar e condenar o ora embargante;

3.1.11. nesse contexto, a devolução de valores implicaria a Administração enriquecer sem causa;

3.1.12. sendo discordante o acórdão [embargado] e as provas colacionadas aos autos, merece ser revisto o julgado, visto inexistir possibilidade de responsabilização e condenação por ato que o embargante não cometeu;

3.1.13. o embargante e outra responsável teriam buscado junto ao TCE [de Rondônia] cópia do processo, tendo sido informado que os autos não foram encontrados, implicando dificuldade maior à sua defesa;

3.1.14. haveria a necessidade de se verificar, na aplicação da norma, o princípio da proporcionalidade, evitando imputação de responsabilidade desarrazoada que não guarde relação com a gravidade e a lesividade do ato praticado, observando-se, assim, o grau de dolo ou culpa com que se houve o agente na execução orçamentária e as efetivas consequências do seu ato;

3.1.15. ausente dolo ou má-fé nos atos impugnados, não se destaca a presença de dano ao erário ou de enriquecimento ilícito, bem assim qualquer infração à moralidade administrativa, não se podendo, à luz das regras de Direito Público, punir condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa;

3.1.16. ausente a má-fé do gestor, o ato administrativo irregular não se configuraria como ímprobo, somente se caracterizando a conduta antijurídica caso fira os princípios constitucionais da Administração Pública, aliados à má-fé;

3.1.17. cita, em abono à suas teses, passagens dos juristas Miguel Reale e José Augusto Aguiar, bem assim a doutrina anglo-americana da ponderação dos interesses em conflito (*balance of convenience*) e a doutrina alemã do princípio da proporcionalidade e, ainda, julgado do egrégio Superior Tribunal de Justiça (STJ), este versando ação civil pública por improbidade administrativa

supostamente versando sobre tema similar ao caso em exame dos autos, em que, não ocorrendo dano ao erário, a medida cabível seria a improcedência do ressarcimento; e

3.1.18. ao final, requer “a audiência para oitiva do embargante”, visando comprovar o cumprimento do convênio e a aplicação correta dos recursos recebidos, e, no mérito, alternativamente: a) o acolhimento das suas justificativas, o reconhecimento da inaplicabilidade de qualquer sanção, bem assim o arquivamento do feito, isentando o embargante de qualquer sanção; e b) caso não acolhidos os embargos, que na hipótese de condenação a multa aplicada o seja em seu mínimo legal, observando assim os princípios da proporcionalidade e razoabilidade “em razão das parcas condições econômicas do embargante, considerando “a relevância da falta e o grau de culpa ou dolo do embargante”.

3.2. Sra. Edvan Alves Miranda:

3.2.1. em que pese a condenação da embargante tenha se fundado na má-elaboração da planilha de orçamento do projeto básico, à época de tal ocorrência a embargante era diretora do departamento de educação (vinculado ao gabinete do Prefeito), cargo de livre nomeação e exoneração e ocupado apenas por alguns meses, cujas atribuições estariam encartadas na Lei 02/1993, do Município de Novo Horizonte/RO, e consistiriam apenas de obrigações educacionais de ordem técnica no mencionado departamento;

3.2.2. a nenhum tempo elaborou orçamento ou praticou ato de gestão, tendo sua atuação “limitada pela lei municipal e por hierarquia administrativa cumpria ordens superiores”, sendo que o diploma legal em comento não outorgava qualquer autonomia à embargante, reproduzindo dispositivos da referida lei;

3.2.3. para que esta Corte firmasse a responsabilidade da embargante, seria necessário antes poder fazê-lo, o que não ocorreria na espécie, visto que a embargante, ocupando o mero cargo administrativo de diretora, não podia ordenar despesa ou manejar recursos, atos de competência exclusiva do prefeito de Novo Horizonte/RO e da Secretaria de Fazenda, conforme se depreenderia da “lei anexa”;

3.2.4. assim, exsurgiria a primeira contradição das razões de decidir do acórdão condenatório, visto que, se não caberia à embargante ordenar despesas ou gerir recursos, não poderia ser condenada solidariamente a ressarcir o erário;

3.2.5. a embargante reconhece que, “enquanto diretora do departamento de educação no ano de 1996, de fato, subscreveu uma planilha (tão somente) com a cotação de materiais para a realização da obra projetada por outra equipe”, embora, “à época da execução das obras, (...) já não pertencia à diretoria do departamento de educação, tanto o é que outra pessoa assinou a prestação de contas ao FNDE, ofício anexo”;

3.2.6. “segundo consta nos autos, no relatório do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, a planilha do projeto básico era de difícil inteligência porque estava expresso em *Vb* [Visual Basic] o que impedia a compreensão do conteúdo da planilha”;

3.2.7. nada obstante, o fato de a planilha elaborada em 1994 “estar fora dos padrões atuais de elaboração de projetos (depois da maturação do próprio sistema de controle da administração pública)”, isso não implicaria em “presunção de dolo para superfaturamento”, posto que, não sendo a embargante gestora de recursos, sua responsabilidade, considerada a hierarquia administrativa, somente poderia ser apurada mediante culpa ou dolo, o que não se evidenciaria nos autos;

3.2.8. a responsabilidade atribuída à embargante seria abusiva porque sequer existiria previsão legal a atribuir responsabilidade a agente público por elaboração de planilha, “ainda que irregular”;

3.2.9. tal responsabilização seria absolutamente presumida, 20 anos após a ocorrência dos fatos, o que não poderia ocorrer, visto a embargante não ser, à época, gestora, e ocupar cargo hierarquicamente submetido aos estritos comandos legais, tendo, ainda, do relatório da auditoria que teria deflagrado a TCE, em nenhum momento se concluído que a embargante teria participado ou contribuído para o resultado apurado;

3.2.10. seria contraditório este Tribunal “adotar como única prova para responsabilizar a embargante documentos que sequer citam seu nome e que já foram incinerados, obstruindo a possibilidade de exercer o contraditório e a ampla defesa”;

3.2.11. seria “de notória experiência” caber à comissão de licitação verificar os preços de mercado e suas práticas, a fim de admitir o processo licitatório, visto que um dos princípios da licitação seria o de perseguir a economicidade (art. 3º, da Lei 8.666/93) e o dever da comissão seria o de verificar se o projeto básico atende os requisitos do art. 5º da lei 8.666/93;

3.2.12. sendo a comissão de licitação responsável por publicar edital de licitação, e tendo ela admitido o uso de planilha considerada ininteligível, foi a mesma excluída do polo passivo da TCE, mais ainda uma diretora do departamento de educação que teria cometido mera irregularidade na elaboração da planilha, reproduzindo, em reforço aos seus argumentos, disposições da Lei de Licitações, em especial as do art. 7º;

3.2.13. a exclusão do polo passivo de toda a comissão licitação, responsável pela elaboração de edital, no caso em descumprimento à sua função (cf. arts. 3º e 7º da Lei 8.666/93), mantendo-se nele a embargante, implicaria em outra contradição, visto que a elaboração de planilha seria “mera irregularidade, punível tão somente com multa civil”, multa essa que estaria prescrita);

3.2.14. teria havido ilegalidade por suposto superfaturamento da obra, não teria sido a planilha que possibilitou tal ocorrência, “e sim o procedimento licitatório”, ao não terem sido cumpridas as obrigações legais pela comissão de licitação;

3.2.15. tal assunto já teria sido objeto de discussão neste Tribunal, que compreende a impossibilidade de atribuir responsabilidade a subscritor de planilha irregular, conforme julgamento inscrito em acórdão [não citado pela embargante], razão porque a embargante, “sendo tão somente diretora de departamento, sem autonomia funcional qualquer, [e] assinou planilha meramente irregular, deve ser excluída do polo, excluindo a condição de responsável solidária imposta no v. acórdão”;

3.2.16. considerando ter a embargante sido nomeada diretora de educação em janeiro de 1996, e nessa função cometido a única irregularidade de assinar uma planilha supostamente ininteligível para os padrões atuais; que o TCE/RO, 10 anos depois, teria presumido ser a obra superfaturada, sem ter comprovado os fatos, que não foram submetidos ao contraditório e à ampla defesa; não haver prejuízo ao erário por pagamento superfaturado, porque a embargante nunca teria gerido recursos e a planilha padeceria tão somente de irregularidades; assim sendo, dada a “ausência de previsão legal de responsabilização solidária da demandante, que nunca foi gestora da educação daquele município, mas ainda que tivesse sido, não caberia atualmente qualquer aplicação de penalidade porque tal estaria fulminada pela prescrição”; a prescrição estaria comprovada pela prova inserida no projeto do FNDE, com oposição de assinatura em 05/1996, e o presente procedimento somente foi instaurado em 2011; não foi interrompida a prescrição, já que “a auditoria do MP e do TCE/RO em momento algum citam a responsabilização da diretora do departamento de educação; como o fundamento do acórdão condenatório discute e afirma que a prescrição ocorre na forma do art. 205 do Código Civil, e posteriormente, “sem fundamento legal, adota o posicionamento de imprescritibilidade aos atos danosos”, “resta reconhecer a contradição do julgado e excluir a responsabilização da embargante e à ela declarar prescrita qualquer pretensão punitiva”;

3.2.17. o acórdão, por não aceitar a tese do cerceamento de defesa, incide em outra contradição, visto que: i) o TCE/RO teria promovido auditoria, autuada sob o nº 2.203/1997, conforme denúncia recebida pelo Ministério Público de Rondônia e, ao final, entendido pela ocorrência de irregularidades na execução do convênio, praticadas exclusivamente pelo prefeito de Novo Horizonte/RO, sem ter concluído que a responsabilidade fosse da embargante, a qual já não fazia parte do departamento de educação; ii) a medição feita pelo TCE/RO das obras realizadas, comparando-as ao preço de mercado, concluindo pelo superfaturamento, tratar-se-ia de prova imprescindível para se delimitar a responsabilidade dos arrolados na TCE, especialmente dos não gestores, como é o caso da embargante, todavia os referidos autos não mais existem, razão da impossibilidade de se impor qualquer responsabilidade, objetiva ou subjetiva, à embargante, o que violaria o princípio do devido processo legal; e iii) a TCE teria sido “instaurada mais de 24 anos da ocorrência do único fato que a embargante participou: assinatura da planilha, cuja eventual multa já estaria prescrita”; e

3.2.18. ao encerrar, a embargante requer o acolhimento dos declaratórios para reconhecer a “inexistência da qualidade de gestora da embargante, e assim, dando efeitos infringentes, reconhecer a impossibilidade de responsabilizar objetivamente a embargante sem a devida previsão legal”, determinando-se “a exclusão da embargante do polo passivo da presente tomada de contas” e, ainda, se declare “a prescrição de eventual penalidade aplicável à demandante [embargante] pela mera irregularidade no preenchimento da planilha”.

É o relatório.