

TC 015.716/2007-2

Natureza: Embargos de Declaração

Unidade: Prefeitura Municipal de Palmital - PR

Recorrentes: Iguaçu Poços Artesianos (CNPJ 77.878.908/0001-27) e Clério Benildo Back (CPF 142.137.539-72)

Advogados: Bruno Luís Marques Hapner (OAB/PR 27.111), Paulo Roberto Marques Hapner (OAB/PR 23.333) e Amanda Andrade Soares da Silva (OAB/DF 33.327), representando Iguaçu Poços Artesianos, procurações às peças 5, v. 1, fl. 242, e 19, anexo 3, fl. 85.

Sumário: Tomada de Contas Especial. Convênio. Inkra. Inexecução do objeto pactuado. Fraude à licitação. Contas irregulares, débito e multa. Inabilitação para cargo em comissão ou função de confiança. Inidoneidade de empresa licitante. Recurso de Reconsideração. Negativa de provimento. Embargos de Declaração. Ausência de omissões, obscuridades e/ou contradições. Encaminhamento de proposta pelo não provimento dos Embargos de Declaração.

Trata-se de Embargos de Declaração opostos pela empresa Iguaçu Poços Artesianos (CNPJ 77.878.908/0001-27) e pelo Sr. Clério Benildo Back (CPF 142.137.539-72), contra o Acórdão 1.053/2011- TCU – Plenário (peça 11, v. 2, fls. 499-500), que manteve o Acórdão 574/2010 – TCU - Plenário (peça 10, v. 2, fls. 450-451), mediante o qual o Tribunal julgou as presentes contas irregulares, em decorrência da não comprovação da regular aplicação dos recursos públicos federais repassados ao Município de Palmital - PR.

HISTÓRICO

2. Cuidam os autos de tomada de contas especial instaurada pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Inkra em decorrência do não cumprimento do objeto do Convênio CRT/PR 19.000/2003, celebrado com o Município de Palmital/PR, objetivando a implantação de dois poços artesianos e rede de distribuição naquela municipalidade (peça 1, v. p., fls. 4-14).

3. O referido acordo vigeu de 18/12/2003 a 12/1/2005, sendo transferida à conveniente, para a execução do objeto pactuado, a importância de R\$ 50.000,00, que foi liberada por meio da Ordem Bancária n. 2836, de 22/12/2003 (peça 3, v. p., fl. 125).

4. Constatada, por fiscalização *in loco* (peça 1, v. p., fls. 16-19), a inexecução do objeto pactuado, o Inkra adotou as medidas administrativas para o ressarcimento do débito, que resultaram infrutíferas, ensejando a instauração da presente TCE.

5. No âmbito do TCU, a Secex/PR realizou o chamamento dos responsáveis ao processo, mediante as seguintes audiências e citações, em respeito ao contraditório e à ampla defesa:

a) Citação do Sr. Clério Benildo Back (peça 5, v. 1, fls. 210-211, AR à peça 6, v. 1, fl. 256), pela ocorrência:

execução parcial do objeto do Convênio CRT/PR 19.000/2003, SIAFI n. 487324, firmado entre o

Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra e a Prefeitura Municipal de Palmital/PR, em 16/12/2003, em razão da não conclusão da construção de 2 (dois) poços artesianos, localizados nos Projetos de Assentamento Nova Aliança e Barra Grande, no Município de Palmital/PR, previstas na licitação modalidade Convite n. 10/2004, de 6/3/2004, bem como pela não devolução aos cofres federais do saldo dos recursos não aplicados no objeto e dos valores obtidos com a aplicação financeira;

b) citação da empresa Iguaçu Poços Artesianos Ltda., em solidariedade com o Sr. Clério Benildo Back (peça 5, v. 1, fls. 202-203 e 210-211, ARs às peças 5, v. 1, fl. 207 e 6, v. 1, fl. 256), pela ocorrência:

não conclusão da construção de 2 (dois) poços artesianos, os quais ficaram impossibilitados de utilização para os fins desejados, sendo localizados nos Projetos de Assentamento Nova Aliança e Barra Grande, no Município de Palmital/PR, previstas no Convênio CRT/PR 19.000/2003, SIAFI n. 487324, firmado entre o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra e a Prefeitura Municipal de Palmital/PR, em 16/12/2003 e na licitação modalidade Convite n. 10/2004, de 6/3/2004;

c) audiência dos Srs. José Sehnem e Clério Benildo Back (peça 5, v. 1, fls. 205 e 212, ARs às peças 5, v. 1, fl. 206 e 6, v. 1, fl. 257), pela ocorrência:

homologação da licitação na modalidade Convite - Edital n. 10/2004, com preços não compatíveis com aqueles previamente elaborados pela prefeitura, para a perfuração de poços nos Assentamentos Barra Grande e Nova Aliança, localizados no Município de Palmital/PR, consignados na Planilha de Preços e no Cronograma Físico Financeiro, de que trata o Convênio CRT/PR 19.000/2003, SIAFI n. 487324, firmado entre o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra e a Prefeitura Municipal de Palmital/PR, em 16/12/2003.

6. Os responsáveis apresentaram defesa, porém não foram consideradas hábeis para elidir as citadas irregularidades. Dando-se prosseguimento ao processo, o Tribunal julgou irregulares as presentes contas. Por conseguinte, condenou em débito o Sr. Clério Benildo Back, ex-prefeito, e a empresa Iguaçu Poços Artesianos, aplicando-lhes multas, sanção também imposta ao Sr. José Sehnem, ex-presidente da Comissão de Licitações.

7. Ainda foi declarada a inidoneidade da empresa Iguaçu Poços Artesianos para participar, por cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal, como também foram inabilitados os Srs. Clério Benildo Back e José Sehnem para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança na Administração Pública Federal.

8. Inconformados com a decisão, a empresa Iguaçu Poços Artesianos Ltda. e os Srs. Clério Benildo Back e José Sehnem interpuseram Recursos de Reconsideração (peças 18-21, anexos 3-5). Ao apreciar o feito, o TCU prolatou o Acórdão 1.053/2011- TCU – Plenário (peça 11, v. 2, fls. 499-500), conhecendo dos recursos, para, no mérito, negar-lhes provimento, mantendo-se o teor do acórdão recorrido.

9. Ainda inconformados, a empresa Iguaçu Poços Artesianos o Sr. Clério Benildo Back novamente comparecem aos autos, opondo Embargos de Declaração, formulados nas peças 22 e 23 (anexos 6 e 7), que agora são analisados.

ADMISSIBILIDADE

10. Reiteram-se os exames preliminares de admissibilidade (peça 22, anexo 6, fls. 12-14 e peça 23, anexo 7, fls. 8-9), que concluíram, respectivamente, pelo conhecimento dos embargos de declaração opostos pela empresa Iguaçu Poços Artesianos Ltda. (peça 22, anexo 6), suspendendo-se os efeitos do acórdão recorrido, eis que preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie, e pelo não conhecimento dos embargos de declaração opostos pelo Sr. Clério Benildo Back (peça 23, anexo 7), por ser intempestivo.

11. Ressalta-se que o Exmo. Ministro-Relator Raimundo Carreiro determinou a instrução dos embargos de declaração opostos pela empresa Iguaçu Poços Artesianos Ltda, mediante despacho à peça 22, anexo 6, fl. 15.

MÉRITO

Síntese dos Argumentos da Iguaçu Poços Artesianos Ltda. (peça 22, anexo 6, fls.1-11)

12. A empresa embargante sustenta que há contradições no Acórdão 1.053/2011- TCU – Plenário, apresentando as alegações a seguir.

13. O Acórdão investivado, afirmando haver indícios de fraude perpetrados pela Iguaçu Poços, condenou-a por eventual conluio com as autoridades responsáveis pela elaboração do edital licitatório (item 45, da decisão).

14. Condenou-a, também indiciariamente, pela não conclusão das obras, bem como por ter retirado os equipamentos que, segundo a decisão, ocorreu por conta própria, o que teria causado danos ao erário (item 43, da decisão).

15. Respeitosamente, aqui residem as contradições que, se enfrentadas por este colegiado, certamente conduzirão à modificação do julgado, com a absolvição da Iguaçu Poços.

16. Quanto à eventual participação de Iguaçu Poços na confecção do edital licitatório, este Tribunal não se houve com o costumeiro acerto, eis que a elaboração editalícia é ato privativo dos entes públicos, razão pela qual a embargante não pode, por mera suposição (presunção não provada), ser responsabilizada.

17. Evidente, portanto, que a embargante não deu causa às ilegalidades apontadas pela decisão recorrida, não sendo possível sua responsabilização por atos praticados, exclusivamente, pela administração pública, através de seus agentes à época.

18. Não olvidem Vossas Excelências que na seara do direito público impera o princípio da pessoalidade da sanção, não havendo se falar, no caso, em responsabilidade objetiva, ou responsabilidade por fato de terceiro.

19. No mesmo sentido, o artigo 48 do Código de Processo Civil, estabelece que os litisconsortes devem ser considerados como litigantes distintos em suas relações com a parte adversa.

20. Ora, no presente caso, a decisão recorrida responsabilizou a ora embargante por atos cuja responsabilidade somente pode ser imposta em face da administração pública, em afronta não só ao artigo 48, do CPC, bem como em afronta ao princípio da pessoalidade da sanção, o qual impera no âmbito do direito administrativo.

21. Por outro lado, a decisão deixou de responsabilizar o agente a quem se impunha maior zelo na condução da licitação e, justamente, o agente público responsável pelo ato que entende ilegal, Sr. Luiz Cezar Viana Pereira, assessor jurídico. Ou seja, absolveu o agente público que elaborou o edital que se diz lesivo, e condenou o particular que se propôs a participar da concorrência e realizou integralmente a obra.

22. Sob outro giro, os artigos 86 e 87 da Lei 8.666/1993, preveem que a contratada, no caso Iguaçu Poços, somente pode ser responsabilizada em caso de inexecução, total ou parcial, do contrato.

23. Ocorre que, no presente caso, restou comprovada a execução total através da ata notarial juntada aos autos.

24. Entretanto, ao analisar o citado documento, a decisão incorreu em graves contradições, ao consignar:

60. Ademais, a recorrente não apresenta qualquer elemento que prove a devolução e instalação dos equipamentos, à época dos fatos. Não há termo de recebimento dos respectivos materiais nem de

conclusão dos serviços.

61. Tampouco a Ata notarial apresentada (fl. 37, anexo 3) aproveita ao recorrente, pois apenas constata fatos atuais, que em 5/5/2010 existiam poços artesanais nas localidades que seriam beneficiadas pelo convênio em análise. Mas a Ata não demonstra que a empresa Poços Iguaçu devolvera os referidos equipamentos subtraídos dos poços, nem que essa empresa concluíra os serviços contratados pela municipalidade.

62. Dessa forma, ainda que restasse demonstrado que os poços artesanais encontram-se atualmente em perfeito funcionamento, não há como assegurar que a Iguaçu Poços, efetivamente, concluiu essas obras.

25. Ora, a decisão parte, novamente, de premissa equivocada, porquanto o princípio geral de direito é que a má-fé deve ser comprovada, enquanto a boa-fé é que se presume.

26. Neste sentido, não há dúvidas da contradição da decisão com os fatos provados no processo, quais sejam: (i) Iguaçu Poços concluiu os serviços para os quais foi contratada e: (ii) restituiu/instalou os materiais que estavam sob sua guarda a pedido da prefeitura de Palmital, tanto que o poço artesiano encontra-se em perfeito funcionamento.

27. A propósito, as robustas e incontestáveis atas notariais — instrumento público confeccionado por Tabelião absolutamente idôneo — comprovam que os poços estão em perfeito funcionamento e proporcionando benefício à localidade.

28. Aliás, se não fora Iguaçu Poços quem concluíra os serviços e restituíra os materiais, quem teria sido?

29. A indicação de tal agente (oculto até então) seria essencial para afastar a boa-fé que recai sobre a empresa que, repita-se, comprovou documentalmente estes fatos, não podendo estes fatos (devolução e instalação comprovados documentalmente) ser afastados por presunção.

30. Esses os pontos que devem ser aclarados por Vossas Excelências que, se devida e juridicamente enfrentados, levarão à modificação do julgado.

31. Com essas considerações, a embargante pugna pelo conhecimento e provimento do recurso, para lhe emprestar efeitos infringentes, no sentido de reconhecer a licitude de conduta da embargante, e de afastar, por conseguinte, sua condenação.

Análise

32. Os argumentos carreados pela empresa embargante não merecem acolhida, pois não subsistem as suscitadas contradições no Acórdão 1.053/2011- TCU – Plenário. Ademais, não se vislumbra nessa deliberação recorrida nenhuma obscuridade, omissão ou contradição que dê ensejo a sua correção, motivo pelo qual se prescinde de esclarecimentos ou interpretações adicionais para completar seu sentido e compreensão.

33. O embargado Acórdão 1.053/2011- TCU – Plenário, ao negar provimento ao recurso de reconsideração interposto pela empresa Iguaçu Poços Artesianos Ltda, agora embargante, expôs claramente os fundamentos que levaram o Tribunal a manter as condenações impostas a essa empresa pelo Acórdão 574/2010 – TCU – Plenário, consoante se levanta do Voto condutor daquela deliberação, no trecho abaixo transcrito (peça 11, v. 2, fls. 496-497):

10. Primeiro, porque a Constituição da República é clara e taxativa, em seu art. 71, inciso II, em estabelecer que **competem ao Tribunal de Contas da União julgar** as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e **as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público**;

11. Segundo, porque a Lei nº 8.443/1992, seguindo a mesma linha teleológica, dispõe, em seu art. 16, §2º, alínea "b", que **nas hipóteses de irregularidade de contas em virtude de dano ao Erário**

decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico, e/ou desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, o Tribunal fixará a responsabilidade solidária do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado.

12. Terceiro, porque **a condenação solidária da ora Recorrente se deu justamente porque foi comprovado nos autos que muito embora ela tenha recebido o montante de R\$ 49.952,00 para a execução dos serviços em comento, retirou equipamentos da obra por conta própria, o que concorreu para a ocorrência do dano apurado.**

13. Não demonstrado, portanto, que o serviço fora correta e integralmente executado, inviável, sob pena de violação ao princípio que veda o enriquecimento sem causa, eximir a responsabilidade da referida sociedade empresária.

14. (...) Ademais, como também já destacado, **a responsabilização solidária em questão não se deu pela ausência de entrega de materiais ou não perfuração dos poços, mas sim por ter a Recorrente concorrido para a não realização do objeto do convênio, na medida em que retirou, manu militari, por entender que o Município lhe devia outros valores além do que já havia sido pago, os equipamentos que permitiriam o funcionamento correto dos poços e, via de consequência, o atendimento da população.**

15. Na medida em que não se justifica a retirada dos equipamentos, mesmo porque a Recorrente recebeu a devida contraprestação pelos mesmos, imperioso que seja mantida sua responsabilização. (grifos acrescidos)

34. Como se verifica na fundamentação acima colocada, não há que se falar em condenação baseada em responsabilidade objetiva ou por fato de terceiro. O débito imputado à embargante, solidariamente ao Sr. Clério Benildo Back, ex-Prefeito de Palmital, decorre de sua conduta ilegítima que concorreu para o dano ao erário, qual seja, a retirada à força de equipamentos que permitiriam o funcionamento dos poços artesianos contratados, pelos quais recebera a devida contraprestação.

35. Ademais, restou consignado no Voto que, ainda que se pudesse admitir que os poços estão em pleno funcionamento, tal fato, por si só, não prova que este pretenso funcionamento decorre da correta aplicação dos recursos em análise (peça 11, v. 2, fl. 497, item 18).

36. Isto porque não há como comprovar, apenas com base em inspeções atuais, tal como pretendido pela ata notarial apresentada pela empresa, que os vertentes recursos conveniados foram, de fato, os financiadores da suposta conclusão dos poços artesianos, nem há como afirmar que a empresa Iguaçu Poços teria concluído as respectivas obras. É possível, só para exemplificar, que convênios posteriores sejam fontes de recursos para a alegada conclusão dos poços artesianos.

37. Frise-se que não cabe ao TCU apontar o nome de suposto agente que teria concluído as obras, nem cabe ao TCU provar que a Iguaçu Poços não restituíra os equipamentos retirados e que não concluíra as obras pelas quais foi remunerada, haja vista a inversão de ônus probatório em matéria de direito financeiro, incidindo sobre o gestor e, por extensão, sobre os responsáveis solidários, o ônus de provar a aplicação regular dos recursos públicos repassados.

38. Por força do que dispõe o art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, bem assim o art. 93 do Decreto-Lei 200/1967 c/c o art. 66 do Decreto 93.872/1986, resta claro que tal comprovação compete ao gestor e demais responsáveis pelos recursos.

39. Tal entendimento, confirmado pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança (MS 20.335/DF, de 12/10/1982 da Relatoria do Ministro Moreira Alves), é também consolidado nesta Corte de Contas, conforme se verifica nos Acórdãos 4.869/2010 – TCU - 1ª Câmara, 2.665/2009 – TCU - Plenário, 5.798/2009 – TCU – 1ª Câmara, 5.858/2009 – TCU – 2ª Câmara, 903/2007 – TCU – 1ª Câmara e 1.656/2006 – TCU - Plenário.

40. Desse modo, o responsável deve fornecer todas as provas da regular aplicação dos recursos sob sua responsabilidade, em conformidade com os normativos vigentes e reiterada jurisprudência do TCU.

41. Importa também observar que restou comprovada nos autos a ocorrência de fraude à licitação, mediante conluio entre a empresa embargante e servidores municipais (peça 19, anexo 3, fls. 62-63, itens 45-47), fato este também consignado no Voto condutor do acórdão recorrido (peça 11, v. 2, fl. 498, item 25).

42. Não obstante a participação na citada fraude, ressalta-se que a empresa embargante não foi condenada em multa em face dessa atuação inidônea, mas em razão do débito a ela imputado, com base no art. 57 da Lei 8.443/1992, conforme se verifica no subitem 9.3 do Acórdão 574/2010 – TCU – Plenário.

43. Por fim, registra-se que o assessor Jurídico Luiz Cezar Viana Pereira não foi responsabilizado por não ter participação nas irregularidades apontadas, pois apenas se manifestou acerca da legalidade dos procedimentos, que aparentavam o cumprimento das disposições da Lei de Licitações, conforme consignado no Relatório do Acórdão recorrido (peça 10, v. 2, fl. 490, item 63).

44. A propósito, não cabe em embargos de declaração rediscutir matéria já apreciada. Isto porque os embargos de declaração têm por finalidade corrigir obscuridade, omissão ou contradição em deliberações do Tribunal. Seu objetivo não é o de proporcionar novo julgamento da questão posta nos autos, mas, tão somente, o de esclarecer, interpretar ou completar o pronunciamento anteriormente emitido, em benefício de sua compreensão ou inteireza. Nesse sentido, tem sido a jurisprudência de longa data deste Tribunal (Acórdãos 1.907/2008-2ª Câmara, 786/2008-1ª Câmara, 463/2007-Plenário, 92/2004-Plenário, 328/2004-Plenário, 451/2004-1ª Câmara, 1.120/2004-1ª Câmara, 37/2001-Plenário, 211/2000-Plenário, 20/1999-Plenário, 155/1997-Plenário, dentre outros).

45. Ante o exposto, tendo em vista a ausência das alegadas contradições no Acórdão 1.053/2011- TCU – Plenário, entende-se que os presentes embargos de declaração não devem ser providos.

PROPOSTA

46. Diante do exposto, com fundamento no art. 32, inciso II, e art. 34 da Lei n. 8.443/1992, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

- a) não conhecer dos Embargos de Declaração opostos pelo Sr. Clério Benildo Back (CPF 142.137.539-72), contra o Acórdão 1.053/2011- TCU – Plenário, por ser intempestivo, nos termos propostos por esta Unidade Técnica à peça 23, anexo 7, fls. 8-9;
- b) conhecer dos Embargos de Declaração opostos pela empresa Iguaçu Poços Artesianos (CNPJ 77.878.908/0001-27), contra o Acórdão 1.053/2011- TCU – Plenário para, no mérito, negar-lhe provimento;
- c) dar ciência aos recorrentes e demais interessados do acórdão que for prolatado, bem como do relatório e voto que o fundamentarem.

SERUR/1ª Diretoria, 18 de outubro de 2011.

(assinado eletronicamente)
Luiz Carlos Meneses
Auditor Federal de Controle Externo
Matrícula 8129-9