

GRUPO II - CLASSE I - Plenário

TC 007.822/2005-4

Natureza: Embargos de Declaração (em Tomada de Contas Especial)

Entidade: Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (FUFMS)

Responsáveis: Biológica Produtos Equipamentos Laboratório Ltda (00.679.444/0001-03); Manoel Catarino Paes Pero (051.554.601-15); Marilene Rodrigues Chang (290.226.811-49); Paulo Cesar de Lorenzo (192.486.526-20); Rildo Leite Ribeiro (368.663.771-53)

Advogado constituído nos autos: Gustavo Cortês de Lima (OAB/DF nº 10.969)

SUMÁRIO: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONHECIMENTO. REJEIÇÃO.

Relatório

Adoto como relatório, com os ajustes de forma pertinentes, os embargos de declaração, com pedido de efeitos modificativos, opostos conjuntamente por Marilene Rodrigues Chang, Paulo Cesar de Lorenzo e Rildo Leite Ribeiro (peça 59), bem como os embargos de declaração, com pedido de efeitos modificativos, opostos por Manoel Catarino Paes Pero (peça 50):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITOS MODIFICATIVOS OPOSTOS POR MARILENE RODRIGUES CHANG, PAULO CESAR DE LORENZO E RILDO LEITE RIBEIRO

"I - Síntese dos Fatos

Versam os autos acerca da análise de possíveis irregularidades ocorridas no âmbito das tomadas de preços 409/1997 e 409/1998 da Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (FUFMS) e cuja vencedora foi a empresa Biológica - Produtos e Equipamentos de Laboratório Ltda.

As irregularidades identificadas pela Corte foram as seguintes, consoante se divisa da instrução dos autos:

'(...)

3. As irregularidades consistiram no atesto das notas fiscais de recebimento dos itens nelas constantes pelos servidores da FUFMS, quando, na realidade, a empresa Biológica - Produtos e Equipamentos de Laboratório Ltda. não entregou as mercadorias.

4. Também constatou-se a conversão dos valores referentes ao material não entregue em carta de crédito junto a empresa fornecedora, Cel-Lab-Comércio e Equipamentos Laboratório Ltda., representada pelo seu diretor Ivo Martins da Silva. A chefia da Seção de Análises Clínicas do Núcleo de Hospital Universitário (NHU) realizava esse procedimento sem o conhecimento da administração superior, Direção Administrativa do NHU. (...)'.

Chamados a apresentar justificativas para as mencionadas irregularidades, os servidores ora Embargantes apresentaram fartos argumentos demonstrando, não obstante a falha formal, a inocorrência de má-fé, dolo e, o mais importante, a intenção de resguardar o interesse público sem ocasionar qualquer prejuízo para a Universidade.

As razões de justificativas foram rejeitadas, conforme excertos do Acórdão embargado, que se destaca:

(...)

9.2. rejeitar as alegações de defesa apresentadas pela sra. Marilene Rodrigues Chang e pelos srs. Paulo César de Lorenzo, Rildo Leite Ribeiro e Manoel Catarino Paes Però;

9.3. julgar irregulares as contas do sr. Manoel Catarino Paes Però, reitor da Fundação Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (FUFMS), da sra. Marilene Rodrigues Chang, ex-chefe da Seção de Análises Clínicas do Núcleo do Hospital Universitário da FUFMS, do sr. Paulo César de Lorenzo, ex-chefe da Seção de Análises Clínicas do Núcleo do Hospital Universitário da FUFMS, do Sr. Rildo Leite Ribeiro, então servidor da Seção de Análises Clínicas do Núcleo do Hospital - Universitário da FUFMS, e da empresa Biológica - Produtos e Equipamentos de Laboratório Ltda., com base no art. 16, III, 'c', da Lei 8.443/1992 c/c art. 209, III, do RI/TCU;

9.4. condenar solidariamente a sra. Marilene Rodrigues Chang e a empresa Biológica - Produtos e Equipamentos de Laboratório Ltda. ao pagamento das quantias abaixo especificadas, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora calculados a partir das V respectivas datas até a do efetivo recolhimento, fixando o prazo de 15 (. (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal (art. 214, III, 'a', do RI/TCU), o recolhimento das quantias aos cofres do Tesouro Nacional, na forma da legislação em vigor, conforme valores e datas abaixo discriminados:

(...)

9.5. condenar solidariamente o sr. Paulo César de Lorenzo, o sr. Rildo Leite Ribeiro e a empresa Biológica - Produtos e Equipamentos de Laboratório Ltda. ao pagamento das quantias abaixo especificadas, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora calculados a partir das respectivas datas até a do efetivo recolhimento, fixando o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal (art. 214, III, 'a', do RI/TCU), o recolhimento das quantias aos cofres do Tesouro Nacional, na forma da legislação em vigor, conforme valores e datas abaixo discriminados:

(...)

9.6. aplicar a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, individualmente, à sra. Marilene Rodrigues Chang, ao sr. Paulo César de Lorenzo, ao sr. Rildo Leite Ribeiro e à empresa Biológica - Produtos e Equipamentos de Laboratório Ltda., no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), fixando o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do presente acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

(...)

9.8. autorizar o parcelamento das dívidas em até 24 parcelas mensais e consecutivas, caso solicitado, nos termos do art. 26 da Lei nº 8.443/1992, c/c art. 217 do Regimento Interno, fixando o vencimento da primeira parcela em quinze dias, a contar do recebimento da notificação, e o das demais a cada trinta dias;

9.9. determinar:

9.9.1. à Secex-MS que notifique o Ministério da Educação sobre o não pagamento das dívidas, caso a sra. Marilene Rodrigues Chang e os srs. Manoel Catarino Paes Però, Paulo César de Lorenzo, Rildo Leite Ribeiro não comprovem perante o Tribunal o recolhimento no prazo estipulado;

9.9.2. ao Ministério da Educação que, cientificado da notificação mencionada no item 9.9.1, promova o desconto das dívidas na remuneração da sra. Marilene Rodrigues Chang e dos

srs. Manoel Catarino Paes Peró, Paulo César de Lorenzo, Rildo Leite Ribeiro (art. 28, I, da Lei nº 8.443/1992 c/c o art. 46 da Lei nº 8.112/1990);

9.10. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, II, da Lei nº 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

9.11. dar ciência desta deliberação aos responsáveis, à Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (FUFMS) e ao Ministério da Educação;

9.12. apensar o presente processo às contas da Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (FUFMS), relativas ao exercício de 2001(TC 009.882/2002-7).'

Ocorre que, conforme se verá em seguida, a referida decisão veicula algumas omissões e contradições que precisam ser aclaradas ou sanadas, para melhor enfrentamento, inclusive recursal, do vertente julgado administrativo. É o que se passa a demonstrar.

II - Esclarecimentos Iniciais

A defesa do então Reitor da Universidade Federal nos presentes autos traz à baila a informação de que os Embargantes concordaram após prévio parecer da Procuradoria-Geral da Universidade em arcar com o ressarcimento à Instituição, acaso a empresa beneficiária dos recursos públicos não proceda à devolução dos valores que recebeu pelas mercadorias não entregues. Nesse sentido o item 37 da Instrução assevera:

'37. Alegação: Aduz que, mesmo que a empresa Cel-Lab e o Sr. Ivo Martins da Silva não cumpram o compromisso de quitar a dívida da empresa Biológica, prevalece o parecer nº 521-A do Procurador-Geral da FUFMS, para que os responsáveis Marilene Rodrigues Chang, Paulo César de Lorenzo e Rildo Leite Ribeiro, paguem os prejuízos que causaram aos cofres públicos, constante de fls. 211/212 do processo UFMS nº 23.104.006612/99-93, com o qual concordou e dessa forma decidiu esta autoridade, o que foi aceito pelos servidores, concordando plenamente com tal ressarcimento, tanto que sequer recorreram e, por isso, poderiam também ser acionados e certamente seriam, o que não mais é necessário, em razão da instauração da TCE, que poderá redundar em posterior determinação de pagamento.' (g.n).

Ora, os Embargantes negam peremptoriamente que tenham aderido a tal proposta ou que tenham assumido qualquer compromisso em arcar com o referido débito diante de uma eventual inadimplência do verdadeiro devedor, ou seja, a empresa beneficiária dos Recursos.

Na verdade, eles sequer foram ouvidos por ocasião da produção do referido parecer e quiçá tiveram conhecimento de seu teor e, nessa perspectiva, da possibilidade de se insurgirem mediante Recurso, de modo que não foi observado o contraditório e ampla defesa, razão pela qual não há qualquer vinculação dos Embargantes a essa decisão judicial adotada na seara da Universidade.

Verifica-se, então, que a citada decisão administrativa referenciada pelo ex-Reitor da Universidade ofende claramente o disposto no inciso LV, do art. 5º da Constituição Federal, bem como os comandos descritos nas Leis nº 8443/92 e 9.784/99.

(...)

Como dito, no Estado democrático de direito, impossível chancelar decisões sem garantia dos princípios da ampla defesa e do contraditório. A Lei 9.784/99 também é expressa, em seu artigo 2º, parágrafo único, no sentido de que devem ser assegurados, nos processos administrativos, "direitos a comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que resultar de sanções e nas situações de litígio".

Assim, os Embargantes repudiam a assertiva inscrita na Defesa do ex-Reitor da Universidade e afirmam que nenhuma vinculação jurídica lhes pode ser atribuída em face da referida decisão (Adesão à proposta de ressarcimento à Universidade), haja vista que não tiveram a oportunidade de exercício de defesa na seara do referido procedimento administrativo.

III - Ilegalidade/Afastamento da determinação constante do item 9.9.2 do Acórdão Embargado

Os Embargantes têm a firme convicção de que as multas que lhes foram aplicadas serão revistas. Entretanto, caso isso não ocorra - o que se admite apenas para debater - entendem que a Corte deverá rever a legalidade da determinação contida no item 9.9.2 do Acórdão.

Com efeito, afirma-se que é ilegal a determinação constante do referido item, no sentido de que a Universidade Federal do Mato Grosso proceda ao desconto integral ou parcelado dos valores nos vencimentos ou proventos dos Embargantes.

É claro, a mais não poder, que a hipótese não se enquadra naquelas abarcadas pelo art. 46 da Lei 8.112/90, haja vista não terem as referidas penas impostas pelo Tribunal de Contas da União, natureza jurídica de reposição ou indenização ao erário, além de exigir, para sua efetiva cobrança, o devido processo legal, via cobrança judicial.

Ora, a admissão da possibilidade : de desconto diretamente nos proventos ou vencimentos dos Embargantes corresponde a possibilidade de se admitir a penhora de tais verbas que têm natureza alimentar e, por isso mesmo, são excepcionadas pelo Código de Processo Civil, quando afirma em seu art. 649, verbis:

(...)

Nessa perspectiva, a referida determinação objeto desse item em especial, assim como as demais, deverá ser reformada, mesmo porque, com o presente Recurso, espera-se que a Corte acate as razões de justificativas já apresentadas, considerando regulares as gestões dos Embargantes; ainda que reverbere algumas ressalvas, recomendações ou orientações, como de praxe.

IV - Litispendência - Existência de processo judicial e administrativo versando sobre o mesmo fato - contradição do Acórdão embargado.

Com efeito, colhe-se do item 8 da instrução do vertente processo, a seguinte informação:

'8. Conforme portaria nº 78, de 16 de fevereiro de 2001, foi aplicada pena de suspensão a esses servidores, penalidades convertidas em multa (fls. 205/207, v.p.). Em 14 de junho de 2005, portanto mais de quatro anos depois de finalizado o PAD e após o oferecimento da presente denúncia perante este Tribunal, a Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (FUFMS) ajuizou ação monitória em desfavor de Ivo Martins da Silva e Cel-Lab-Comércio e Equipamentos Laboratório Ltda., alegando ser credora de R\$ 105.688,38, em valores de 6/6/2001, crédito relativo a não entrega ao hospital de cartões para realização de exames de cultura bacteriológicas.' (g.n).

No mesmo sentido, verifica-se nos itens 37 e 38 do voto do eminente Ministro Relator a seguinte informação:

37. Somente quatro anos depois de finalizado o PAD e após o oferecimento da presente denúncia perante este Tribunal, a Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (FUFMS) ajuizou ação monitória em desfavor de Cel-Lab-Comércio e Equipamentos Laboratório Ltda. e de seu representante Ivo Martins da Silva.

38. Essa ação monitória foi julgada procedente, para reconhecer como título executivo judicial o termo firmado pelo representante da empresa Cel-Lab, no valor de R\$ 176.688,63, na data de 6/6/2001. Contudo, contra essa sentença foi interposta apelação, encontrando-se o processo no Tribunal Regional Federal da 3ª Região desde 24/11/2008 (processo nº 0004412-21.2005.4.03.6000).

Ora, os ressarcimentos que se pretendem imputar aos Embargantes já são objeto de cobrança judicial movida pela Universidade Federal do Mato Grosso do Sul - FUFMS em face do verdadeiro devedor e único responsável pela reposição de recursos à instituição Federal de Ensino, ou seja, a empresa Cel-Lab Comércio e Equipamentos Ltda.

Em outras palavras, além da ocorrência da figura da Litispendência (duas ações versando sobre o mesmo objeto, causa de pedir etc), há uma verdadeira relação de prejudicialidade da presente Ação Administrativa em trâmite nesse Tribunal de Contas da União, na medida em que o ressarcimento do erário já está em fase de adiantada cobrança judicial.

Na verdade, a manutenção da cobrança administrativa e a eventual constrição do patrimônio dos embargantes levarão a um enriquecimento indevido da Administração (Universidade Federal), na medida em que estaria sendo creditada através da empresa devedora e, concomitantemente, pelos Embargantes.

Ora, na medida em que a Administração Pública (Universidade Federal do Mato Grosso do Sul) fez a opção pela cobrança judicial em face da empresa devedora, ocorreu a renúncia da via administrativa em face dos servidores públicos, que sequer foram arrolados no feito judicial como litisconsortes passivos.

De mais a mais, a manutenção da decisão administrativa, como configurada, diante da impossibilidade dos Embargantes suportarem o pagamento dos valores apurados - conforme se verá em seguida, levará à necessidade da União ingressar com uma Ação Judicial de cobrança, ou seja, exatamente o instrumento judicial já manejado pela Universidade.

Assim, ate mesmo em função do princípio da economia processual da instrumentalidade das formas, o procedimento administrativo em curso deve ser extinto, haja vista que o ressarcimento ao erário já é objeto, como dito, de adiantada cobrança judicial.

Requerem os Embargantes, nessa quadra, o esclarecimento da apontada contradição do Acórdão embargado, a fim de que se declare, em consequência, a prejudicialidade e o arquivamento da presente Tomada de Contas, diante da já existência de processo judicial visando obter o ressarcimento dos mencionados prejuízos experimentados pelo Poder Público.

V - Nulidade do Acórdão em face da duplicidade de penas pecuniárias imposta aos Embargados pela prática do mesmo fato - Ocorrência do BIS IN IDEM - Vedação - Omissão

A instrução levada a cabo pelos Analistas da Corte destaca de forma bastante acertada que os Embargantes já foram penalizados com a pena de multa imposta após regular Sindicância Administrativa realizada no âmbito interno da Universidade. Nesse sentido o item 8 da instrução informa:

'8. Conforme portaria nº 78, de 16 de fevereiro de 2001, foi aplicada pena de suspensão a esses servidores, , penalidades convertidas em multa (fls. 205/207, v.p.) Em 14 de junho de 2005, portanto mais de quatro anos depois de finalizado o PAD e V após o oferecimento da presente denúncia perante este Tribunal, a Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (FUFMS) ajuizou ação monitória em desfavor de Ivo Martins da Silva e Cel-Lab-Comércio e Equipamentos Laboratório Ltda, alegando ser credora de R\$ 105.688,38, em valores de 6/6/2001, crédito relativo a não entrega ao hospital de cartões para realização de exames de cultura bacteriológicas.' (g.n).

Reforçando esse entendimento, Os Analistas asseveram nos itens 44 e 60 da instrução:

'44. Análise: Análise: Evidentemente o ordenamento jurídico vigente não permite o bis-in-idem em matéria de penalidades, mas a apenação dos servidores não ira, de forma alguma, afastar a obrigação dos mesmos em ressarcir o erário pelos prejuízos causados. Portanto, afastada deverá ser a aplicação de multa no âmbito desta Corte de Contas, remanescendo, porém, a obrigação de recompor o erário, lesado pelas condutas irregulares dos servidores, fato que não se constitui em pena'. (g.n).

'60. Os servidores Marilene Rodrigues Chang, Paulo César de Lorenzo e Rildo Leite Ribeiro já foram punidos em procedimento administrativo-disciplinar levado a termo pelo FUFMS, não podendo, desta forma, serem novamente apenados com multa no âmbito desta Corte de Contas'. (g.n.)

Ora, a punição pecuniária dos Embargantes nestes autos tem como supedâneo as mesmas supostas irregularidades apuradas e já apenadas com multa pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, o que demonstra a ocorrência da dupla penalidade administrativa expressamente vedada pelo ordenamento jurídico pátrio.

Identifica-se, nessa realidade, um verdadeiro bis in idem expressamente vedado pelos cânones constitucionais. Com efeito, a Constituição da República e a legislação pátria estabelecem que não se pode punir duplamente os Embargantes pelo mesmo fato, sob pena de se tornar ilegal e abusiva a reprimenda.

(...)

Desse modo, tem-se configurado a incidência do bis in idem vedado pela Constituição da República, haja vista que a mesma pena (multa) e com o mesmo desiderato, também foi aplicada aos mesmos Embargantes pela Universidade Federal do Mato Grosso do Sul nos autos da mencionada Sindicância Administrativa.

Requer-se o enfrentamento da presente Omissão e o afastamento, como de direito, da pena de multa aplicada individualmente a cada um dos Embargantes.

VI - Da necessidade de observância do princípio da segurança jurídica - Impossibilidade de Pagamento do valor apurado pela Corte - Impossibilidade de Liquidação das contas - Omissão

Como se extrai da realidade dos autos, os Embargantes estão sendo penalizados por condutas ocorridas há mais de 14 anos, sendo que diante das penas administrativas que já haviam sofrido e em face da Ação Judicial já proposta contra a empresa devedora, havia total tranquilidade de que não seriam mais chamados, diante do princípio da segurança jurídica, a responder por tais fatos.

Nesse momento, contudo, o r. Acórdão embargado joga por terra a segurança jurídica com que operavam os Embargantes até esse momento, circunstâncias que, além de desarrazoadas, leva a uma inexpugnável realidade, consistente na impossibilidade financeira de arcar com dívidas de tamanha magnitude, diante principalmente dos parcos vencimentos que auferem, ainda que se opte, se fosse o caso, pelo parcelamento em até 24 meses. (Comprovantes de rendimentos em anexo).

Ora, o direito de a Administração invalidar ou modificar atos administrativos não é eterno, nem tampouco arbitrário, na medida em que a invalidação cede passo diante de situações jurídicas já consolidadas em decorrência da boa-fé e do decurso do tempo em atenção ao princípio da segurança e estabilidade das relações jurídicas.

(...)

Como já haviam sido punidos e a Universidade já havia ingressado com a Ação Judicial respectiva em face da empresa devedora, os Embargantes entendiam ter satisfeito suas obrigações, não compreendendo ser mais possível a Administração apreciar ou reapreciar essa realidade para impor-lhes responsabilidades que devem ser suportadas exclusivamente pela empresa beneficiária dos recursos.

De mais a mais, exsurge a total incapacidade financeira dos servidores Embargantes de arcarem com os valores da condenação, mesmo que se lhes faculte, num segundo momento, a ação regressiva correspondente contra a empresa devedora.

O que se afirma é que a realidade dos autos demonstra uma situação de verdadeira impossibilidade de liquidação de tais contas, de modo que o procedimento administrativo em curso (Tomada de Conas), também por esse motivo, deve ser arquivado, seja em função dos Embargantes já terem sido punidos com a pena de multa, seja em função da já propositura de ação judicial visando o ressarcimento ao erário. E o que se requer.

VII - Possibilidade de Atribuir-se efeitos Infringentes aos Embargos Declaratórios.

Doutrina e jurisprudência, inclusive no campo administrativo, são uníssonas em admitir, nas hipóteses em que os embargos manejados demonstram de forma sobranceira, as equívocos constantes da decisão e que, se não existentes, importariam na mudança de direção do *decisum*, a expressa possibilidade de concessão de efeitos infringentes aos embargos de declaração propostos, em face das omissões, contradições e obscuridade da decisão e/ou Acórdão.

É o caso destes autos. (...)

VIII - Do Pedido.

Face ao exposto, requerem os Embargantes o recebimento e final acolhimento dos presentes Embargos de Declaração para, aclarando e integrando as omissões existentes no Acórdão embargado, reformar o Acórdão 3.298/2011 e, conseqüentemente cancelar a multa imposta aos Embargantes, bem como arquivar o feito, em face da decisão de ressarcimento ao erário, haja vista a já existência de propositura de Ação Judicial visando atingir o mesmo objetivo.

Não acolhido o pedido supra, o que se admite apenas para fins de raciocínio, requer-se a suspensão da execução da decisão objeto do Acórdão embargado - ressarcimento ao erário, até o final julgamento da Ação Judicial (Ação Monitória) referenciada nos autos.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITOS MODIFICATIVOS OPOSTOS POR MANOEL CATARINO PAES PERO

1- Breve Histórico dos fatos

Versam os presentes autos acerca de Tomada de Contas especial instaurada por força do Acórdão 2312/2005-TCU-Plenário, relacionadas a irregularidades detectadas em Tomadas de Preço 409/1997 e 409/98, vencidas pela empresa Biológica- Produtos e Equipamentos de Laboratório Ltda, a qual não teria entregue os produtos adquiridos - kits reagentes laboratoriais para testes de microbiologia, adaptáveis a sistema automatizado de leitura de testes de identificação de bactérias, a ser posto em comodato pela empresa vencedora no certame - e parte deles foram atestados como recebidos pelos servidores do NHU/UFMS.

Primeiramente, convém aduzir que o ora embargante foi nomeado em 27/10/2000 (DOU 208-E, 6.- feira - Seção 2), com mandato de 09/11/2000 a 08/11/2004, tendo tomado posse em 09/11/2000 e iniciado seu exercício em 18/11/2000, sendo que o e. Relator considerou a data de 19/10/2000 como início de sua administração, segundo o SIAFI, o que não é correto e, ainda, conforme afirmado pelo julgador, HÁ MAIS DE UM ANO o Reitor anterior havia determinado "a imediata instauração de processo administrativo com o objetivo de apurar o "quantum debeatur" da empresa contratada, a fim de buscar a cobrança aos cofres da UFMS e a imediata instauração de processo disciplinar para apuração da responsabilidade dos servidores (fl. 353)", tendo a constatação do valor da dívida e os respectivos responsáveis se efetivado naquela gestão, QUANDO NADA FOI FEITO COM RELAÇÃO A AVENTADA AUSÊNCIA DE PROVIDÊNCIAS TENDENTES A ABERTURA DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL, cujo prazo é de 180 (cento e oitenta dias, no máximo).

Ora, o embargante acabara de ingressar na UFMS e o caso já se arrastava desde 1987, com pleno conhecimento das autoridades do NHU, que é Núcleo com administração própria, descentralizada e administrativamente independente, sendo certo que tal fato é importante na mensuração da isenção de penalidade ao embargante, o que não foi observado.

Ao julgar referida Tomada de Contas, o Tribunal rejeitou as razões de justificativas do gestor e suas alegações de defesa, julgando irregulares suas contas e aplicando-lhe multa, além de determinar os recolhimentos das dívidas.

Diante do *decisum* negativo, o Embargante maneja os presentes Embargos de Declaração, apontando omissões e contradições no julgado embargado, sendo que o Tribunal não apreciou,

data vênua, com mais profundidade, os argumentos de defesa do Embargante, que demonstram claramente a indevida penalização com multa e dúvida quanto à cobranças das dívidas e que, se acolhidos, levam à modificação do Acórdão ora reembargado.

É o que se passa a demonstrar.

II - Falhas Formais - Ausência de culpa ou dolo e Boa-Fé do Gestor - Ação de terceiros.

É preciso afirmar inicialmente que os achados do Tribunal, que substanciam a manutenção das penalidades pecuniárias ao Embargante diz respeito à existência de meras falhas formais, decorrentes das intercorrências administrativas diárias enfrentadas no âmbito das Instituições Federais de Ensino Superior - IFES.

Em outras palavras, não se apurou nos presentes autos nenhuma irregularidade grave, quiçá média, cometida pelo ora embargante, de modo que se identificou apenas as dificuldades habituais de administração de uma Universidade, onde as falhas apontadas, ainda que com todo o planejamento rotineiro que se faz, não poderiam ser evitadas.

Pode-se até mesmo afirmar que na essência, não era exigível conduta diversa do Embargante, que sempre agiu na compreensão de que atendia ao interesse público e não infligia a Lei ou a jurisprudência do Tribunal.

Ora, num procedimento administrativo onde se deve proceder à investigação da verdade real e onde, por um lado se lida com a vida das pessoas e por outro com a defesa da res publica, existe o compromisso social (e com a própria consciência) de se sopesar a agressão à legalidade dentro da realidade dos fatos, visando à necessária proporcionalidade entre o bem supostamente agredido e a punição suscitada. O Estado, em sua defesa tem o direito e o dever de buscar a reparação e a correção das falhas, mas não tem o direito à vingança.

O administrador público, especialmente aquele cômico de seus deveres sociais, sabe que seu dever precípua é com a defesa da sociedade que e o bem publico maior. A norma existe para ordenar e balizar as ações dos administradores, sendo, portanto um meio para alcançar um fim, que é o bem público.

Desse modo, o dilema enfrentando pelo Embargante em face das situações jurídicas objeto dos achados, principalmente a impossibilidade de acompanhamento de TODAS AS AÇÕES DETERMINADAS AOS SEUS SUBORDINADOS, se enquadra perfeitamente na realidade já conhecida pela Corte de inexigibilidade de conduta diversa, que Jamais poderia levar à punição do Embargante A QUALQUER TÍTULO.

Importante, também, acrescer que a "apuração de valores e sua efetiva cobrança" não é ato exclusivo do Reitor. O procedimento tem início no setor próprio, no caso a Pró-Reitoria de Administração, órgão específico e com experiência para tratar do assunto, que instrui os autos até final recebimento, cabendo à autoridade máxima a determinação das providências necessárias, o que ocorreu, devendo ser cientificada do desfecho PARA DELIBERAR SOBRE NOVO PROCEDIMENTO, o que não ocorreu em tempo hábil, em nada contribuindo o embargante que deteminou TODAS AS PROVIDÊNCIAS.

Assim, a autoridade decidiu com base no analisado anteriormente pelos servidores subalternos, não se podendo puni-la com pena de multa, muito menos com a solidariedade, em razão de ato que não praticou, sendo esse o entendimento desse e. Tribunal, conforme se transcreve:

NÃO SE PODE, TAMPOUCO, PRETENDER QUE TODAS AS INFORMAÇÕES DE SUBALTERNOS SEJAM CHECADAS POR SEUS SUPERIORES, SOB O RISCO DE INVIABILIZAR-SE A ADMINISTRAÇÃO. ALIÁS, SE ASSIM O FOSSE, NÃO SERIAM NECESSÁRIOS OS SERVIDORES SUBALTERNOS. BASTARIAM OS CHEFES [...]" (ACÓRDÃO 65/1997-TCU-PLENÁRIO).

EM SENTIDO IDÊNTICO E COM RELAÇÃO AO PRÓPRIO EMBARGANTE, assim se manifestou a Controladoria-Geral da União, através da Secretaria Federal de Controle Interno, no Relatório de Auditoria Anual de Contas 208452, referente ao exercício de 2007:

"Verificamos também que o Rol de responsáveis da Unidade constante no Sistema de Administração Financeira do Governo Federal - SIAFI, apesar de apresentar as naturezas de responsabilidades obrigatórias impostas pelo artigo 12 da Instrução Normativa TCU 47/2004, demonstra uma excessiva centralização das responsabilidades na pessoa do dirigente máximo - Reitor, Considerando a dimensão e complexidade da gestão da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul seria aconselhável que a instituição se dividisse em unidades administrativas, com atribuições e responsabilidades específicas e que o seu "Rol de Responsáveis", no mínimo, os titulares e substitutos dessas unidades administrativas[...]

Vê-se que, sabiamente, o Órgão controlador também entende que diante da dimensão e complexidade da gestão administrativa da UFMS, torna-se excessiva a responsabilização por todos os atos dos seus dirigidos, o que evidencia ser injusta a penalização do gestor por não ter sido informado da ausência ou demora nas providências por ele determinadas.

A doutrina pátria e a novel jurisprudência entendem que apesar do regramento normativo buscar abarcar o maior universo possível de situações fáticas de agressão à norma e às respectivas situações de exclusão, tanto de ilicitude quanto de culpabilidade, é impossível que esta previsão possa enfeixar todos os contextos fáticos.

Mais do que esclarecedor, irretorquível é o ensinamento deixado pelo Mestre Gaston Jeze, citado por Cretella Júnior em sua obra "Cânones do Direito Administrativo", quando alerta para o perigo do abuso dos raciocínios puramente lógicos e legalista-burocráticos:

"[...] quando a aplicação lógica da máxima jurídica conduz a consequências socialmente perniciosas, isso é frequentemente a melhor prova de que a máxima foi invocada de maneira abusiva [...] Trata-se/ antes de tudo/ de encontrar soluções práticas para problema social, conciliando/ do modo mais adequado possível interesses opostos. A solução jurídica deve ser valorada na medida em que contribui para a manutenção da paz social. Uma teoria jurídica é apreciada/antes de mais nada pelas consequências sociais [...]"

Ora, para a responsabilização do servidor público no desenvolvimento de suas atividades é exigível a comprovação da culpa. Os elementos formadores da culpa são a imputabilidade, a consciência da ilicitude do ato e a inexigibilidade de ação ou omissão diversa. Se na análise factual, ou seja, da realidade contextual dos fatos estiver o administrador inserido em um contexto constituído por circunstâncias anormais - exatamente a realidade vivenciada pela universidade - que influem decisivamente na tomada de decisão, não deixando a possibilidade de ação como normalmente o faria, a conclusão é de que a ele não se poderia impor outra conduta. É justamente em razão dessas hipóteses se fazerem presentes no mundo dos fatos que se sustenta a possibilidade de exclusão de culpabilidade do Embargante, que não tinha como saber do não cumprimento de suas determinações.

"Caso não seja comprovada a convivência entre a autoridade administrativa que constatou a irregularidade e o agente causador do dano, a responsabilidade da autoridade se esgota com a adoção de providências que visem à reparação do prejuízo" (Decisão 255/93-PI).

Aliás, o próprio Tribunal de Contas da União corroborou para que a Tomada de Contas Especial não fosse instaurada.

Vê-se que, conforme consta no Acórdão, à época vigia a IN TCU nº 13/96, a qual previa no § 3.º do art. 1º, o seguinte:

§ 3º Na hipótese do descumprimento do disposto no parágrafo anterior, o Tribunal, ao tomar conhecimento da omissão, determinará à autoridade administrativa competente a instauração da tomada de contas especial, fixando prazo para cumprimento da decisão.

Depois de ter tomado conhecimento dos fatos, nenhuma providência adotou o e. TCU no sentido de determinar à autoridade administrativa a instauração da TCE, muito menos fixando-lhe prazo para tanto.

Não significa, porém, que tal descumprimento da norma legal tenha se dado com intenção deliberada de não cumprir o regramento normativo, tratando-se apenas uma omissão ocasionada pela excessiva quantidade de processos a serem analisados e providências a serem determinadas, tal qual ocorreu com o ora Embargante, que não tinha possibilidade alguma de conhecer todos os atos em execução na UFMS.

Não podendo o administrador agir conforme a norma, por razões alheias a sua vontade, a reprovabilidade de sua conduta desaparece. A inexigibilidade de conduta diversa é tida como um dos elementos da culpabilidade, quando o comportamento diferente não pode ser reclamado, inexistindo um dos elementos necessários à configuração da culpa.

Surge daí que não raras vezes em situações específicas que o administrador se verá no dilema de ou aplicar o texto da lei, e provocar dano maior à coletividade ou decidir pelo bem comum interpretando restritiva e factualmente a lei como ensina Hely Lopes Meirelles (...)

No caso em análise verifica-se que o Embargante agiu sob a compreensão de que estavam cumprindo suas ordens e atendendo a legislação vigente e, sobretudo, ao interesse público da Universidade.

Quando existem elementos comprobatórios nos autos de que a realidade fática não podia exigir que se agisse de modo diverso é imperativo que se adote a interpretação de estado de necessidade social, a inexigibilidade de conduta diversa como excludente de culpabilidade visto que entendimento contrário seria desproporcional, injusto e desumano.

Aliás, outro não tem sido o entendimento dessa Corte em situações como as descritas acima, verbis:

(...)

Entender o contrário seria impor rigor excessivo e punir de forma injusta o Administrador, ora Embargante. Nesse entendimento e amparado nas provas dos autos que apontam para a realidade fática explicitada, configura-se de inescusável necessidade para a justa parametrização dentro da razoabilidade da pedagogia da sanção - sob a égide do Princípio da Proporcionalidade - balizar a proporção entre o bem agredido e a necessidade de punição ao pretense agressor, pois a justiça não visa vingança, mas reparação. Pertinente ressaltar e lembrar os ensinamentos de Cesare Beccaria em sua obra 'Dos Delitos e Das Penas', quando diz: (...)

O Reitor da Universidade está inteiramente preso ao enunciado do texto legal, inclusive exerce Poder Hierárquico ao distribuir e escalonar as funções da Instituição, delegando e descentralizando as decisões, notadamente aquelas administrativas relacionadas ao dia a dia da Instituição.

Desse modo, os achados descritos nos autos estão fora do âmbito de conhecimento e deliberação do gestor máximo da Universidade de modo que sua responsabilidade, se fosse o caso, não pode ser apurada neste feito.

A propósito, traz-se à baila os seguintes precedentes do Tribunal de Contas da União, no sentido de que a responsabilização dos dirigentes não pode ser genérica, impondo-se a demonstração efetiva e objetiva de que agiram ou omitiram-se na prática de ato ou dever de ofício, o que evidentemente não é o caso retratado nestes autos:

(...)

Como se observa, diante da complexidade e da gama de atribuições que detinha o ex-Reitor ora Embargante, não se pode imputar-lhe a responsabilidade pelas ocorrências delineadas pelo Tribunal de Contas, haja vista que a teor da legislação vigente e dos normativos internos,

referidas tarefas e decisões foram delegadas a outras pessoas na seara administrativa da Universidade.

Tem-se, dessa forma, plenamente demonstrada a ausência de qualquer responsabilidade dolosa ou com má-fé do Embargante, passível de apenação e, como consequência, a omissão do Acórdão embargado nos pontos já apontados, principalmente porque não analisa esses aspectos da realidade dos autos.

Requer-se, portanto, que o Tribunal aprecie a realidade dos autos, em sede desses Embargos, levando em consideração a inexigibilidade de conduta do Embargante e, principalmente, a ausência de culpa ou má-fé do mencionado ex-gestor, excluindo-se a multa aplicada.

II.1 - DA RESPONSABILIZAÇÃO DO EX-REITOR MANOEL CATARDIO PAES PELA MULTA E PELAS DEMAIS DÍVIDAS.

Também é contraditório, obscuro e omissivo o Acórdão quanto à aplicação de multa e à determinação de pagamento das "dívidas", não obstante haver deliberação pela isenção de responsabilidade do ex-Reitor em referência. Com efeito, não pode ser ele penalizado - e ainda com a penalidade maior - pelo simples fato de ser Reitor.

Na Proposta de Deliberação do i. Ministro Relator constou o seguinte:

[...] 27. Preliminantemente, esclareço que o objetivo do presente processo é a obtenção de ressarcimento do dano causado aos cofres da União [...]

[...]

36. Consoante parecer 521-A do procurador geral da FUFMS, datado de 17/11/2000, apesar de haver compromisso escrito firmado pela empresa Cel-Lab assumindo a responsabilidade pelas mercadorias não entregues, o pagamento do valor devido ainda não havia sido realizado e essa empresa mostrava-se relutante em efetuar-lo. Diante disso, propôs, alternativamente, que débito fosse distribuído entre os servidores faltosos. Em 16/2/2011, Manoel Catarino Paes, reitor à época, acolheu esse parecer e determinou as providências necessárias ao seu cumprimento (fls. 205/206, V. 01).

Quanto ao ora embargante, assim se manifestou o Tribunal:

9.2. rejeitar as alegações de defesa apresentadas pela sra. Marilene Rodrigues Chang e pelos srs. Paulo César de Lorenzo, Rildo Leite Ribeiro e Manoel Catarino Paes Peró;

9.3. julgar irregulares as contas do sr. Manoel Catarino Paes Peró, reitor da Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (FUFMS), [...]

9.7. aplicar a multa prevista no art. 58, II, da Lei 8.443/1992, ao sr. Manoel Catarino Paes Peró, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), fixando o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprove, perante o Tribunal, o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do presente acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor; [...]

9.9. determinar:

9.9.1. à Secex-MS que notifique ao Ministério da Educação sobre o não pagamento das dívidas, caso a sra. Marilene Rodrigues Chang e os srs. Manoel Catarino Paes Peró, Paulo César de Lorenzo, Rildo Leite Ribeiro não comprovem perante o Tribunal o recolhimento no prazo estipulado;

9.9.2. ao Ministério da Educação que, cientificado da notificação mencionada no item 9.9.1, promova o desconto das dívidas na remuneração da sra. Marilene Rodrigues Chang e dos srs. Manoel Catarino Paes Peró, Paulo César de Lorenzo, Rildo Leite Ribeiro (art. 28, I, da Lei nº 8.443/1992 c/c o art. 46 da Lei nº 8.112/1990);

Ora, o artigo 46 da Lei n 8.112/90 trata de reposições e indenizações ao erário, sendo que REPOSIÇÃO, segundo Júlio Cezar Lima Brandão - Comentários ao Estatuto do Servidor Público Federal Atualizado (Lei 8.112/90), p.111, é "[...] a devolução ao erário de parcela da remuneração ou provento percebido indevidamente a maior" e INDENIZAÇÃO, "[...] por sua vez, consiste na reparação pecuniária decorrente da prática de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulta em prejuízo ao erário ou a terceiros."

Assim, não se tratando de multa, resta clara a necessidade de se aclarar a determinação, já que se confunde com o ressarcimento a que foram condenados os servidores envolvidos no caso do atesto das notas fiscais, do qual restou excluído o ora embargante, devendo ser revisto nesse ponto o acórdão embargado.

Por outro lado, tendo o ex-Reitor e ora embargante ingressado na condição de gestor quando todos os procedimentos sobre o levantamento dos valores já haviam sido realizados, não tendo qualquer participação direta quanto à demora nas providências, sendo expressa a dificuldade em se encontrar o endereço das empresas envolvidas, tendo sido por isso, nestes autos, declarada revel a principal devedora, deve ser excluída a multa aplicada, já que, conforme tem sabiamente decidido esse Tribunal, nesse tocante a atuação dessa Corte deve ser pedagógica e não punitiva, o que se amolda perfeitamente à situação do ora embargante, conforme já se decidiu em processo envolvendo o próprio Núcleo de Hospital Universitário/UFMS:

(...)

III - Ofensa ao principio da razoabilidade na aplicação da pena de multa.

Afirma-se, por outro lado, que o valor da multa aplicada - que se espera seja desconstituída com o presente recurso de embargos - não se pautou por um juízo de ponderação e razoabilidade. Com efeito, em nenhum momento dos autos se tem qualquer alegação de auferimento de benefícios pessoais, ma-fé ou culpa do Embargante. de modo que a aplicação da multa em montante bastante superior ao mínimo estabelecido na legislação de regência se mostra flagrantemente incompatível com a realidade do processo.

Na verdade, em situações da espécie, quando se tem meras irregularidades formais - o que se admite apenas para argumentar - o Tribunal tem reiteradamente, quando rejeita as justificativas iniciais ou recursais, aplicado multas em patamares mínimos, nunca superior a R\$ 2.000,00 (dois mil reais), o que também, ressalte-se, não é e nem será a realidade deste feito.

Restou patente a ausência de participação do embargante, conforme constatado pelo próprio Ministro Relator em sua proposta de Deliberação:

"45. Não obstante a falha do gestor na demora em adotar medidas com vistas ao ressarcimento ao erário, ele não teve nenhum envolvimento direto na irregularidade ocorrida e apurada durante a administração anterior [...]"

Assim, a multa aplicada viola os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, hoje de larga aplicação na administração pública e nas decisões administrativas. Com efeito, o princípio da proporcionalidade quer significar que o Estado, representado na atuação de seus agentes públicos não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução dos seus objetivos.

A violação à proporcionalidade ocorre quando a Administração Pública, tendo dois valores legítimos a sopesar, prioriza um em detrimento ou sacrifício exagerado do outro. O erro está em realizar o sacrifício excessivo de um direito na aplicação de outro.

A razão de ser deste princípio é justamente criar mecanismos para que estes direitos, igualmente fundamentais, possam co-existir, sem que um seja eliminado para que o outro possa ser implementado, ou seja, o Administrador Público está obrigado a sacrificar o mínimo para preservar o máximo dos direitos, compatibilizando-os, sempre.

Neste sentido, o princípio da proporcionalidade exige ponderação e racionalidade prudente do administrador na interpretação e aplicação da legislação, razão pela qual, no caso em análise, não se pode admitir a possibilidade de apenação exagerada daquele cujas falhas (que se admite apenas para fins de raciocínio) sequer estão demonstradas nos autos.

A razoabilidade não possui nada de extravagante, não é um empecilho para o desempenho da função estatal nem dificulta o alcance do interesse coletivo pelos agentes públicas, mas tão-somente um princípio básico e elementar que exige coerência, moderação e bom senso por parte dos executores da vontade do Estado.

A utilização de critérios aceitáveis e a adoção de medidas adequadas em função das circunstâncias é o mínimo que se espera dos órgãos administrativos, legislativos e jurisdicionais. Em outras palavras, a coerência de atitudes e a proporcionalidade entre meios e fins constituem os componentes por excelência do princípio da razoabilidade, que funciona como limite ao exercício da discricionariedade do administrador, do legislador e do juiz.

Portanto, o princípio que proíbe o excesso deve pautar todos os atos do poder público em suas diversas manifestações, não sendo privativo de determinado órgão constitucional nem exclusivo do Direito Administrativo.

A Administração, no uso da discricionariedade, deverá sempre obedecer a critérios aceitáveis na prática de seus atos. A respeito dessa liberalidade do administrador público, assim expressa o prof. Celso Antônio:

(...)

Ou seja, se um ato for praticado sem a devida prudência e sensatez necessárias ao administrador, aquele será perfeitamente invalidável, visto ser eivado de nulidade. Assim a pena de multa deve ser totalmente revista, haja vista a inexistência nos autos de quaisquer elementos de provas que possam validar quaisquer responsabilidades do Embargante.

Por outro lado, na mesma proposição, tomou-se contraditória a assertiva do i. Relator, quando concluiu:

"45. [...]"

Assim, a condenação ao recolhimento do débito seria medida extremamente gravosa pela conduta, melhor ser-lhe aplicada multa prevista no art. 58 da Lei 8.443/1992."

Sendo contraditória a conclusão acatada pela Corte para decidir, o Acórdão embargado também se tornou ao aplicar a multa ao Embargante, por também ser "medida extremamente gravosa", o que pode e deve ser corrigido através destes Embargos.

IV - DA POSSIBILIDADE DE ATRIBUIR-SE EFEITOS INFRINGENTES AO JULGADO

Doutrina e jurisprudência, inclusive no campo administrativo, são uníssonas em admitir, nas hipóteses em que os embargos manejados demonstram de forma sobranceira os equívocos que substanciam a decisão e que, se não existentes, importariam na mudança de direção do decísum, a expressa possibilidade de concessão de efeitos infringentes aos embargos de declaração propostos, em face das omissões, contradições e obscuridade da decisão e/ou Acórdão.

Os embargos podem, excepcionalmente, ter efeitos infringentes quando houver uma mudança no próprio mérito do que foi decidido no acórdão anterior, conforme excerto do Voto do Ministro Valmir Campelo, no Acórdão 2239/2006-Plenário:

(...)

A existência das contradições e omissões identificadas, se anteriormente sopesadas levariam, como de fato levam, à mudança de posicionamento em face dos fatos submetidos ao conhecimento da Corte de Contas e ao reconhecimento da regularidade da atuação do Embargante no caso.

A propósito, mesmo em se tratando de Embargos em decisão sujeita a Recurso, é evidente a possibilidade de assim proceder em face do princípio da economicidade processual. Todo processo tem um custo para o erário o qual será tanto mais mitigado quanto menor for o tempo de tramitação.

Assim, devem ser atribuídos efeitos infringentes aos presentes Embargos, modificando-se o decism, que além de ser aclarado, sem conter obscuridades, omissões ou contradições, deverá isentar de qualquer penalidade o ora Embargante, por ser medida de correta aplicação do Direito e realização de Justiça.

v - DOS REQUERIMENTOS

Face ao exposto, requer-se sejam conhecidos e providos os presentes embargos, para aclarar o Acórdão invectivado e reformar a posição firmada por esse Tribunal de Contas, para considerar isento de penalidade o ex-reitor, ora embargante, julgando regulares ou regulares com ressalvas as contas referentes aos presentes autos, afastando-se a multa a ele aplicada, bem como qualquer outra condenação pecuniária.

Requer-se, ainda, a juntada desta petição e dos documentos que a acompanham, quais sejam:

- cópia da publicação da nomeação do embargante como reitor;
- cópia do ato de posse do embargante como Reitor e Termo de entrada em exercício;
- cópia parcial do Relatório de Auditoria 208452
- cópia do Regimento do Núcleo de Hospital Universitário/UFMS"

É o relatório.